JUS CIVILE

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



2-2020

marzo-aprile

IUSTITIAM COLIMUS

G. Giappichelli Editore

ISSN 2281-3918/2421-2563

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

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

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

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

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

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

JUS CIVILE



INDICE

pag.

Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia 236

Articoli e Saggi

Fideiussioni *omnibus* conformi allo schema ABI [*]
di *Giovanni Stella* 247

Lottizzazioni, convenzioni e confische in prospettiva civilistica. La tutela di paesaggi e proprietà tra ordinamento nazionale e giurisprudenza convenzionale *
di *Rocco Alessio Albanese* 299

An overview of the Private Enforcement of Competition Law in Italy *
di *Enrico Camilleri* 351

Dato personale, dato anonimo e crisi del modello normativo dell'identità *
di *Claudia Irti* 379

Internet e tutela dei dati personali: il consenso ai *cookie* *
di *Giuseppe Marino* 398

Il diritto alla protezione dei dati personali quale limite alla successione *mortis causa* nel patrimonio digitale *
di *Anna Anita Mollo* 430

Obblighi d'informazione e responsabilità aquiliana *
di *Salvatore Monticelli* 455

[*] Contributo sottoposto a revisione.

JUS CIVILE



pag.

Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19 *
di *Emanuele Tuccari* 465

Giurisprudenza

L'accertamento dello *status* del figlio procreato *post mortem*
Cass. civ., Sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000 (sent.) *
di *Angela Pagliaro* 515

JUS CIVILE



ASSOCIAZIONE CIVILISTI ITALIANI

Il Presidente

ASSOCIAZIONE CIVILISTI ITALIANI

UNA RIFLESSIONE ED UNA PROPOSTA PER LA MIGLIORE TUTELA DEI SOGGETTI PREGIUDICATI DAGLI EFFETTI DELLA PANDEMIA

SOMMARIO*: 1. L'emergenza e i suoi riflessi sui rapporti con i privati. – 2. La responsabilità sanitaria. – 3. La casistica dei rapporti contrattuali. – 4. L'esigenza di una normativa "speciale" di rinegoziazione nella prospettiva di una futura riforma della disciplina generale. – 5. Una proposta di iniziativa legislativa per l'emergenza.*

1. La drammatica emergenza sanitaria determinata dalla diffusione pandemica del "Coronavirus" ha inciso profondamente anche sui rapporti giuridici con i privati. Due sembrano i settori maggiormente toccati.

Da un lato la relazione di cura: l'epidemia ha determinato un ricorso di proporzioni inusitate all'opera dei sanitari nelle strutture dedicate, costretti ad operare in condizioni eccezionali ed impreviste. Anche prescindendo da ogni giudizio sull'adeguatezza, è un fatto che da taluni si cerca di affermare una speciale responsabilità dei sanitari e delle strutture per quei casi in cui lo sforzo terapeutico non ha dato i risultati sperati. Si impone quindi una riflessione sulle regole di governo della responsabilità civile applicate alla particolare fattispecie.

Dall'altro le relazioni contrattuali: il generale rallentamento dell'economia e soprattutto i provvedimenti governativi di riduzione e poi di blocco di molte attività commerciali hanno reso urgente l'esigenza, già da tempo avvertita, di riflettere sul modo in cui l'ordinamento può (e dovrebbe) reagire alle conseguenze delle sopravvenienze pregiudizievoli sulla funzionalità dei contratti fra privati.

L'associazione *Civilisti Italiani* intende contribuire grazie alla specifica competenza dei suoi soci alla ricerca di una soluzione adeguata per l'uno e l'altro tipo di problemi.



Essi tuttavia non si presentano allo stesso modo. È noto infatti che per quanto concerne la responsabilità sanitaria il Governo ha già allo studio uno specifico intervento normativo nell'ambito della legislazione dell'emergenza, e la riflessione sul punto deve perciò muovere da questo dato di partenza per contribuire, se del caso, affinché la norma in discussione governi nel modo migliore la materia che ne è oggetto. Per quanto concerne invece i rapporti contrattuali allo stato non si ha che una intensa fioritura di studi scientifici, di diverso segno ed ispirazione, e l'auspicio che la legislazione dell'emergenza non lasci senza risposta le esigenze delle categorie interessate.

2. In tema di responsabilità sanitaria sembra all'associazione scrivente che le norme vigenti siano adeguate a regolare i conflitti che possono insorgere. Se mai, potrebbe essere opportuno completarne il disegno come segue.

In questa materia è doveroso distinguere in rapporto alla diversa natura della attività esercitata: l'attività professionale del medico, l'attività sanitaria della struttura, l'attività amministrativa e gestionale del funzionario. Valgono infatti per esse criteri di imputazione differenti. Ciò premesso sembra a questa associazione che la normativa del codice civile, integrata dalla legge n. 24/2017, prevedendo un regime binario rispetti l'esigenza di differenziazione anche nel quadro dell'emergenza e preveda norme ad essa adeguate. Lo 'scudo generalizzato' da alcuni invocato non sembra condivisibile e genererebbe problemi di costituzionalità, per la primazia del diritto costituzionale alla salute.

Per i medici viene infatti in gioco una responsabilità professionale inquadrabile nella disciplina dell'art. 2043 c.c. secondo il criterio della colpa, da valutare però alla luce dell'art. 2236 c.c., nel cui concetto di 'speciale difficoltà' ben rientra la carenza di linee guida validate da precedenti esperienze cliniche, con l'effetto di limitare la responsabilità ai casi di dolo o colpa grave. Una regola generale che si impone in ambito civilistico e penalistico, e che potrebbe ben coniugarsi con un ritorno all'art. 3 della legge n. 189/2012, che limita al dolo e colpa grave la responsabilità del sanitario che si sia attenuto a linee guida e buone pratiche convalidate dalla comunità scientifica, e confina nella colpa lieve tanto l'imperizia quanto la negligenza.

Per i Presidi Sanitari pubblici che abbiano reagito inadeguatamente si profila invece una responsabilità di tipo organizzativo o gestionale da inquadrare nell'ambito dell'art. 2118 c.c. facendo capo come criterio di imputazione al rischio. Particolare rilievo assume l'ipotesi che l'infezione da Sars-Cov-2 per inadempienze organizzative sia stata contratta in ospedale, o che pur preesistendo non sia stata diagnosticata ovvero curata con i mezzi che sarebbero stati necessari.



Qui al ricorso alle norme che già regolano la responsabilità delle ASL sembra alla scrivente associazione opportuno aggiungere solo l'esclusione della legittimazione passiva del medico nella controversia promossa dal paziente nei confronti suoi e della struttura, conformemente alle regole dell'art. 9, 5° comma, della legge n. 24/2017, e secondo un criterio come noto adottato anche per la responsabilità civile dei magistrati.

3. Più complesso appare il discorso da fare sui rapporti contrattuali incisi dalla crisi economica scatenata dalla pandemia, e dai pur giusti provvedimenti restrittivi adottati per contenerla. Il tema è quindi quello delle sopravvenienze e dei loro rimedi. Sembra a questa associazione che esso vada affrontato muovendo da due presupposti.

Il primo, in diritto, è la constatazione che l'attuale legislazione da un lato non possiede già gli speciali rimedi, *conservativi* e non estintivi, che le particolari circostanze attuali richiedono, e dall'altro non valorizza alcuni istituti, largamente diffusi nell'esperienza di altri Paesi, che si rivelerebbero utili anche al di là della congiuntura attuale. Di qui lo stimolo a considerare oggi l'opportunità di un intervento normativo immediato, avendo però in mente – per il futuro – un'integrazione in tal senso della disciplina delle sopravvenienze.

Il secondo, in fatto, è la consapevolezza che nel comune problema che i rapporti contrattuali stanno patendo per il rallentamento o il blocco degli scambi, le situazioni dei debitori come dei creditori possono essere caso per caso diverse, ed occorre che un intervento legislativo come sempre contemperi esigenze contrapposte, e poi che sia funzionale oggi al rilancio e a regime all'efficienza dell'economia, e quindi che abbia come *ratio* di sistema la salvaguardia della sopravvivenza degli operatori economici pregiudicati dalla crisi. Soluzioni dei singoli conflitti in termini meramente sospensivi o estintivi, che possono *prima facie* sembrare utili, possono risultare in singoli casi ingiuste e nel quadro macroeconomico controproducenti.

In questa chiave vengono qui offerte prima delle considerazioni di inquadramento dei problemi da affrontare, e poi un concreto suggerimento sull'iniziativa legislativa speciale che alla scrivente associazione appare più idonea a risolverli.

La messa a fuoco dei problemi deve muovere da una ricognizione della casistica.

3.1. Una sorta di prima e approssimativa casistica – del resto, agevolmente immaginabile, con riferimento alle diverse tipologie di impegni contrattuali assunti (valga per tutti l'esempio dell'acquisto di "pacchetti turistici", delle prenotazioni alberghiere garantite da caparra, sino alle penali da ritardo nella consegna o nell'esecuzione di prestazioni d'opera e così via) – è desumibile dall'intervento legislativo avvenuto con il d.l. 17 marzo 2020 n. 18, ossia il "decreto-legge recante misure di potenziamento del servizio sani-



tario nazionale e di sostegno economico alle famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19". Sono presenti disposizioni sul "*rimborso dei contratti di soggiorno e risoluzione di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura*" (art. 88, che richiama la disposizione in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, di cui all'art. 1463 c.c.) e disposizioni in materia di "*ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici*" (art. 91, con una disposizione, integrativa del precedente d.l. 23 febbraio 2020, convertito nella legge 13/2020, secondo la quale "*il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato, ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*"; ma si veda anche l'art. 28 d.l. 2 marzo 2020, n. 9, ai sensi del quale ricorre la sopravvenuta impossibilità *ex* art. 1463 c.c. "*in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo nelle acque interne o terrestre*", conclusi in determinate condizioni).

Con queste disposizioni il legislatore dell'emergenza è tempestivamente intervenuto sulla disciplina generale in materia di responsabilità del debitore per inadempimento delle obbligazioni, in relazione all'esclusione della responsabilità per quelle prestazioni che trovino *diretto* ostacolo nel *factum principis*. È indubbio infatti che alcune prestazioni siano divenute impossibili – quelle di fare o di dare, prevalentemente –, in tutto o anche soltanto in parte (art. 1464 c.c.), alla luce delle restrizioni e dei divieti (ma si dovrebbero aggiungere anche le 'raccomandazioni' impartite dal governo e dalle autorità locali, politiche e sanitarie), se non altro in termini di temporaneità (art. 1256, 2° comma c.c.).

3.2. Un'ulteriore casistica concerne quelle prestazioni, di per sé non inibite dalla normativa emergenziale ma certamente rese più difficoltose dalla situazione corrente, che potranno rivelarsi più onerose, ma forse non 'eccessivamente' nel senso dell'art. 1467 c.c., per ragioni varie legate al rallentamento degli scambi e delle forniture, alle variazioni indotte dall'emergenza sanitaria nei costi, anche a livello di scambi internazionali.

Come noto, la disposizione citata rende rilevante la sopravvenuta onerosità 'eccessiva' (solitamente intesa dalla giurisprudenza con rigore) ma non anche forme di sopravvenuta onerosità 'significativa' (pur considerate rilevanti in alcuni tipi contrattuali, come l'appalto), che tuttavia molto possono nuocere al calcolo economico ed alla fluidità degli scambi.

La categoria generale delle sopravvenienze comprende, evidentemente, entrambe le situazioni e le relative qualificazioni giuridiche, ma la disciplina a tutela del contraente che viene a trovarsi in condizioni di difficoltà, anche soltanto temporaneamente (come



deve ritenersi e, soprattutto, auspicarsi nel particolare frangente), benché diversa nelle due condizioni, approda ad uno stesso risultato, non favorevole alla conservazione del contratto e quindi alla prosecuzione degli scambi. Entrambe le figure, emblematicamente rappresentative della rilevanza giuridica delle sopravvenienze nel diritto dei contratti (in generale), figurano infatti come ipotesi di risoluzione del contratto, anche se soltanto l'impossibilità comporta (prima ancora di incidere sul contratto) l'estinzione dell'obbligazione *ex* art. 1256 c.c. (costituendo la risoluzione la conseguenza dell'effetto estintivo dell'obbligazione nei contratti a prestazioni corrispettive).

3.3. Infine, per una terza casistica vanno considerate le prestazioni di per sé non divenute formalmente impossibili, e neppure formalmente più onerose, ma certamente incise di riflesso dal *factum principis*, o anche dal rallentamento generale dell'economia dovuto all'emergenza. È il caso del pagamento dei corrispettivi di locazioni, forniture, servizi e quant'altro, cui le imprese continuano ad essere tenute, quand'anche la loro attività rientri tra quelle temporaneamente inibite dalle misure di contenimento, nonostante il fatto che dette imprese non possano al momento fruirne utilmente ed appieno, e scontando la difficoltà derivante dall'interruzione dei flussi di cassa. Allo stato è molto dubbio che la difficoltà sia riconducibile (come pure in dottrina qualcuno ha cercato di sostenere) nell'alveo di fattispecie di impossibilità o onerosità, stante il fatto che si tratta di obbligazioni pecuniarie, e che il loro valore, non solo nominale, è invariato. Ma la crisi dell'impresa che quella difficoltà può innescare, e comunque il rischio di estinzione – per inadempimento dei corrispettivi – dei relativi contratti, richiamano la ricerca di rimedi appropriati.

È opinione della scrivente associazione che le prime due casistiche possano trovare soluzione nella normativa vigente; mentre la terza richieda un intervento *ad hoc* della legislazione dell'emergenza.

4. Il risalente approccio legislativo (imperniato sulla rilevanza delle sole sopravvenienze costituenti impossibilità o eccessiva onerosità, e sul loro effetto estintivo) può ancora apparire logico nella prospettiva della teoria del contratto. Se tuttavia le questioni e i conflitti che l'emergenza (e le misure di contenimento) vengono osservati nella diversa prospettiva delle vicende del rapporto contrattuale, e quindi della conservazione degli scambi, tale soluzione legislativa non è di particolare ausilio, sicché appare opportuna una riflessione ulteriore, per comprendere se e come si possa ulteriormente sviluppare una normativa che:



– in via generale consenta di conservare utilmente i rapporti di scambio anche a fronte di sopravvenienze che li pregiudicano, conservando la ragione di scambio pattuita ma adattandola alla mutata situazione;

– in via particolare, 'emergenziale', contribuisca alla soluzione dei conflitti tra privati che, allo stato dell'arte e nella dinamica dei rapporti commerciali che fanno capo normalmente alla logica dei contratti a prestazioni corrispettive, stanno affliggendo in particolare le imprese.

La particolare "straordinarietà" e "imprevedibilità" degli eventi, che hanno determinato l'altrettanto inimmaginabile normativa recante restrizioni e divieti, incidenti direttamente sulle diverse attività economiche (commerciali e professionali), induce perciò a interrogarsi sull'adeguatezza dell'apparato di regole disposte dal diritto dei contratti per rispondere alle sopravvenienze. Chi si interroghi appunto sull'adeguatezza di quell'apparato nota subito lo spazio quasi inesistente dedicato al 'rimedio' incentrato sulla "modificazione" delle condizioni contrattuali. L'attuale normativa è intesa a tutelare l'interesse della sola parte non colpita dalle sopravvenienze, e offre solo a questa la possibilità di "evitare la risoluzione", preservando così il vincolo contrattuale, mediante l'equa modificazione. Sicché, se la parte colpita intendesse invece percorrere la via, alternativa alla risoluzione del contratto, della conservazione del vincolo sinallagmatico, grazie alla modificazione delle condizioni, dovrebbe confidare, di fatto, soltanto sulla ragionevolezza e disponibilità della controparte ad intraprendere spontaneamente la via della rinegoziazione. Diversamente è regolata solo l'ipotesi dell'impossibilità parziale, di cui all'art. 1464 c.c., in cui il legislatore attribuisce alla parte non impossibilitata il "diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta", come ovvia risposta dell'ordinamento a un'elementare esigenza di coerenza, in ragione del carattere sinallagmatico del rapporto contrattuale. Risposte *ad hoc* sono poi date dal legislatore, sempre nel codice civile, alle sopravvenienze nella disciplina dei "singoli contratti"

L'emergenza venutasi a determinare mette in luce la necessità di una seria riflessione 'di sistema' sugli strumenti che un ordinamento evoluto dovrebbe porre a disposizione delle parti, e in subordine del giudice, affinché i conflitti d'interesse suscitati dalle sopravvenienze possano essere gestiti anche in una logica non estintiva del contratto (s'intende, non soltanto nel nostro codice). Una logica declinabile in termini diversi (e in un certo senso fungibili) come 'adeguamento', 'correzione', ovvero più semplicemente (con l'espressione invalsa nella tradizione civilistica) come *reductio ad aequitatem*. Indipendentemente dai *nomina juris*, l'istituto su cui riflettere sembra allora essere, con evidenza, quello della rinegoziazione.

JUS CIVILE



Negli ultimi vent'anni, com'è noto, il tema della rinegoziazione (e quello contiguo, ma certamente più problematico, dell'obbligo di rinegoziare) è stato affrontato da numerosi studiosi, in vario modo e con diverse (anche, a volte, antitetiche) conclusioni. Sembra giunto il momento di riconsiderarlo. Sia – subito – per reagire alle specifiche difficoltà prodotte dall'emergenza. Sia – ma ovviamente in prospettiva – per arricchire il sistema di uno strumento più affinato di governo dei rapporti economici.

Ai fini dell'integrazione in prospettiva del sistema appare opportuno considerare la prevista riforma del codice civile sul punto specifico, preannunciata dalla recente "delega al Governo per la revisione del codice civile" (DDL Senato 1151), coerente con le considerazioni rapidamente svolte, dal momento che vi si prevede il "*diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti*". L'associazione *Civilisti Italiani* auspica che il disegno di legge citato compia il suo iter e consenta di adottare un decreto legislativo delegato che inserisca dopo l'art. 1468 c.c. un nuovo articolo, 1468-*bis*, che consenta alla parte pregiudicata di chiedere la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali.

In proposito varrà giovarsi di esperienze di ri-codificazione della disciplina del "contratto in generale" che, in tempi recenti, hanno interessato altri ordinamenti; in particolare, si tratta di quello francese (con il nuovo art. 1195 *Code civil*, ove si dispone che la parte onerata "*peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant*") e quello argentino (con la nuova disciplina non soltanto delle sopravvenienze in senso tradizionale, ma anche dell'oggetto del contratto, quando si tratti di un rapporto a lungo termine, ove si prevede che la parte in difficoltà abbia la "*oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos*"). Nonché, ovviamente, dei numerosi studi italiani e stranieri sul tema.

La messa a punto appartiene al futuro. Ma una sintesi degli studi e delle esperienze ora richiamati fa ritenere congrua l'idea di tradurre l'obbligo di rinegoziare secondo buona fede nel potere-dovere delle parti di formulare proposte e controproposte di adeguamento fondate su ragioni giustificate, e di sanzionare l'inerzia nella trattativa ovvero il rifiuto ingiustificato di condizioni eque con la possibilità per il contraente che possa dimostrare di averne derivato danno di chiederne il risarcimento. Non sembra invece opportuno (ma il punto è controverso) affidare al giudice il potere di determinare le nuove condizioni contrattuali, sia per l'eccessiva compressione che ciò determinerebbe dell'autonomia privata e della libertà di iniziativa economica garantita dalla Costituzione (art.



41), sia per le ragioni per cui la migliore dottrina, ed in specie quella di indirizzo giuseconomico, perentoriamente esclude l'idoneità del giudice a 'fare il contratto'

Su questi temi l'associazione dei Civilisti Italiani sta già da tempo lavorando e conta di riprendere il lavoro, accompagnando con il proprio apporto tecnico e scientifico l'opera del legislatore occupato dal menzionato disegno di legge delega.

5. Va da sé però che quanto suggerito per l'evoluzione del sistema nel paragrafo precedente non appartenga a questa stagione. Vale solo ad indicare le linee generali cui ad avviso dell'associazione *Civilisti Italiani* deve conformarsi, per coerenza di indirizzo, la legislazione dell'emergenza concernente analoghe problematiche.

Ai fini, invece, dei rimedi specifici all'emergenza appare opportuno considerare le casistiche individuate nel § 2 per chiedersi se l'attuale ordinamento offra i rimedi adeguati. Sotto questo punto di vista la risposta ad avviso dell'associazione *Civilisti Italiani* si diversifica.

Per quanto concerne le situazioni di impossibilità, soprattutto temporanea, della prima casistica individuata, e le situazioni di sopravvenuta onerosità della seconda casistica, in mancanza al momento dell'istituto della rinegoziazione e delle condizioni istituzionali per introdurlo, il problema investe potenzialmente tutte le obbligazioni contrattuali, e il rimedio potrà essere trovato in una interpretazione attenta delle disposizioni vigenti. Le parti, del resto, ben possono procedere spontaneamente alla rinegoziazione ove ne ravvisino l'opportunità soprattutto in una prospettiva di lungo periodo.

Per quanto concerne invece la terza casistica, essa investe specificamente l'attività di impresa e professionale, può metterne in pericolo non solo la normale redditività ma la stessa sopravvivenza, soprattutto quanto agli imprenditori e professionisti di minori dimensioni, e i principi di solidarietà e buona fede hanno bisogno di tradursi in *regole specifiche che non solo ispirino ma concretamente guidino, in base ad un sistema di incentivi e disincentivi, l'agire delle parti, rendendo la rinegoziazione del debito la soluzione non solo più equa, ma la più conveniente*.

Va dunque considerata, *nella luce del diritto della crisi d'impresa più che nella luce del diritto dei contratti*, l'opportunità di offrire alle imprese e ai professionisti la cui stessa sopravvivenza è messa in forse dal rallentamento dell'economia ed in particolare dalle misure di contenimento, uno strumento *ad hoc.*

Per quest'ultima casistica sembrano agli scriventi particolarmente istruttive le misure prese dalla Germania con l'introduzione del § 240 EGBGB. Esso prevede nel 1° comma per consumatori e micro-imprese una moratoria *ex lege* (*Leistungsverweigerungsrecht*) dei pagamenti per i rapporti contrattuali di durata conclusi prima dell'8 marzo 2020, ove



i debitori non possano pagare senza mettere a rischio la loro base economica. Ma il diritto di rifiutare la prestazione non sussiste se le medesime condizioni di pericolo per il sostentamento della famiglia o dell'economia dell'impresa si riscontrano anche per il creditore. Per esercitare il *Leistungsverweigerungsrecht* occorre espressamente sollevare l'eccezione. Con l'esercizio dell'eccezione viene meno l'azionabilità della pretesa. Sono escluse mora e risoluzione per inadempimento. Questa moratoria non vale per contratti di affitto o locazione, contratti di mutuo e contratti di lavoro. Per essi però il 2° comma prevede che il locatore non possa risolvere il contratto con il conduttore per il mancato pagamento dei canoni di affitto di aprile, maggio e giugno. Il debito per l'ammontare dei canoni rimane comunque esigibile e sui canoni maturano interessi di mora. Vi è altresì divieto di sfratto. Non è invece prevista una riduzione del canone.

In questa chiave pare agli scriventi che nella confezione della disposizione dell'emergenza vadano utilmente impiegati dati normativi già presenti nell'ordinamento.

Va allora anzitutto considerata la possibilità di recepire subito almeno un aspetto della normativa contenuta nella Direttiva UE n. 1023/2019 sulle crisi d'impresa, ed in particolare l'istituto noto come "quadro di ristrutturazione preventiva", per offrire alle piccole imprese ai lavoratori autonomi e ai professionisti in crisi economica e/o di liquidità appunto un quadro in cui governare in dialogo con le controparti le temporanee difficoltà, *nella temporanea sospensione delle azioni a tutela del credito* (cfr. art. 5).

Sempre in questa chiave, potrebbe essere recuperata una nozione divenuta normativa con la promulgazione del d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 ("Codice della crisi d'impresa") ma attualmente non applicabile a causa del rinvio dell'entrata in vigore. *Le difficoltà derivanti dall'interruzione dei flussi di cassa investono infatti essenzialmente quelli che il Codice della crisi d'impresa definisce "imprenditori minori"*, *la cui attività sia stata inibita dalle misure di contenimento*; cui i lavoratori autonomi e i professionisti sono assimilabili almeno negli stessi limiti di attivo patrimoniale, ricavi e debiti. In questi casi, la tutela della sopravvivenza dell'impresa vuole, alla luce del principio costituzionale di solidarietà, e dunque *quando dall'altra parte non stiano esigenze altrettanto pressanti (non si tratti, cioè, di privati cittadini o di altre imprese minori per cui i crediti in discussione concorrono alla sussistenza e non solo al profitto)*, l'adozione secondo buona fede di correttivi concordati. La disposizione di diritto speciale servirebbe appunto a consentire a quei piccoli operatori economici di rinegoziare le proprie obbligazioni nelle forme più opportune.

Vanno infine prevenuti opposti opportunismi: quali, da un lato l'indiscriminato inadempimento di chi potrebbe invece fronteggiare regolarmente le proprie obbligazioni e fruisce di servizi e prestazioni; dall'altro la sorda, egoistica renitenza dei creditori. Soli-



darietà e buona fede sono la regola ma possono non essere la prassi. Ma è possibile attraverso incentivi e disincentivi far divenire il comportamento più giusto anche il più conveniente. La normativa già esistente (la legge n. 231/2002 sui ritardi ingiustificati nelle transazioni commerciali, la direttiva UE n. 1023/2019 cit., con i suoi effetti sospensivi delle azioni creditorie, il principio della risarcibilità del danno applicato al rifiuto di negoziare o accettare condizioni eque) offre gli accorgimenti utili sia a prevenire abusi del richiedente, sia a eludere opportunismi della controparte.

Su queste basi l'associazione *Civilisti Italiani* intende sensibilizzare il Governo a considerare l'opportunità di adottare con i provvedimenti del caso le disposizioni che seguono:

«*1.* Gli imprenditori minori di cui all'art. 2, lett. d) del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, i lavoratori autonomi di cui all'art. 1 della legge 22 maggio 2017, n. 81 e i professionisti iscritti ad albi che per effetto delle misure di contenimento adottate ai sensi del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13 e del decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla l….maggio 2020, n. ... hanno subito una interruzione dei normali flussi di cassa possono, relativamente alle obbligazioni contrattuali preesistenti verso imprenditori non minori in scadenza tra la data di entrata in vigore delle predette misure e il termine di sessanta giorni successivi alla loro cessazione, chiedere al creditore di rinegoziarne l'ammontare e il termine di adempimento.

2. La richiesta di rinegoziazione deve contenere l'attestazione documentata dell'interruzione dei normali flussi di cassa, una indicazione motivata e documentata delle ragioni della rinegoziazione ed una definita proposta di ripianamento totale o parziale. Se la richiesta di rinegoziazione non contiene l'indicazione motivata delle ragioni della rinegoziazione ed una definita proposta di ripianamento ovvero non risulta giustificata da una interruzione dei normali flussi di cassa causata dalla sospensione legale dell'attività esercitata, sono dovuti al creditore dalla data di scadenza anche gli interessi moratori previsti dall'art. 5 del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231.

3. Il creditore deve esprimersi sulla proposta nel termine di trenta giorni dalla ricezione e qualora non accetti la proposta, deve motivare le ragioni che ostano all'accettazione e formulare una controproposta. Il debitore può entro dieci giorni dalla comunicazione della risposta riformulare la propria proposta in relazione alle motivate ragioni opposte-gli. In caso di ingiustificato rifiuto di condizioni eque, la parte che dimostri di averne derivato danno ha diritto al risarcimento nella misura dell'art. 1223 c.c.

4. Dal momento in cui riceve la richiesta di rinegoziazione e fino a sessanta giorni dopo la cessazione delle misure di contenimento applicabili al debitore, il creditore non



può proporre in giudizio azioni a tutela del suo credito o domande di risoluzione del contratto. Le azioni già proposte sono improcedibili fino all'esaurimento dello stesso termine. Gli effetti della mora sono sospesi con decorrenza dalla data di adozione delle misure di contenimento di cui al comma 1 e il creditore non è legittimato a sollevare le eccezioni di cui agli art. 1460 e 1461 c.c.

5. Se decorsi sessanta giorni dalla revoca delle misure di contenimento di cui al comma 1, il creditore conviene in giudizio i soggetti di cui al comma 1 con azioni di condanna all'adempimento delle obbligazioni contrattuali, di condanna al risarcimento dei danni cagionati dall'inadempimento, di risoluzione del contratto o di riduzione della propria controprestazione, l'adempimento integrale da parte del convenuto dei debiti scaduti e il pagamento delle spese del giudizio liquidate dal giudice entro la data della prima udienza ha effetto pienamente liberatorio.

6. L'imprenditore minore o il lavoratore autonomo o il professionista convenuto in giudizio per l'inadempimento o il ritardo delle obbligazioni previste nel 1° comma può unilateralmente attivare il procedimento di negoziazione assistita regolato dalla legge 10 novembre 2014, n. 162. L'esperimento della negoziazione assistita costituisce condizione di procedibilità della domanda».

Si confida che il suggerimento sopra illustrato possa essere utilmente considerato dal Governo della Repubblica nel quadro della legislazione d'emergenza necessaria a fronteggiare le gravi ricadute economiche dell'epidemia in corso.

Il Presidente
Aurelio Gentili

JUS CIVILE



GIOVANNI STELLA

Professore ordinario di diritto privato – Università di Pavia

FIDEIUSSIONI *OMNIBUS* CONFORMI ALLO SCHEMA ABI*

SOMMARIO: *1. Il problema delle fideiussioni omnibus conformi al modello ABI. – 2. Le clausole dello schema di fideiussione omnibus dichiarate lesive della concorrenza dall'Autorità Garante e la giustificazione del provvedimento. – 3. L'ordinanza di Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810. – 4. La questione se la nullità (parziale) dell'intesa ABI "a monte" comporti la nullità delle clausole corrispondenti dei contratti di fideiussione "a valle". – 5.* Segue*. La tesi della nullità delle clausole (dichiarate lesive della concorrenza) nei contratti di fideiussione "a valle". – 6.* Segue*. Obiezioni all'orientamento sulla nullità e la tesi del rimedio risarcitorio. – 7. La questione dell'uniformità di applicazione delle clausole dichiarate lesive della concorrenza. – 8. Le conseguenze dell'eventuale nullità delle clausole dichiarate lesive della concorrenza: l'ipotesi della nullità solo parziale. – 9. La nullità delle singole clausole e l'integrazione legale del contratto* ex *art. 1419, comma 2, c.c. – 10.* Segue*. Il problema dell'estensione della nullità delle singole clausole all'intero contratto di fideiussione* ex *art. 1419, comma 1, c.c. – 11. Il diritto del fideiussore al risarcimento del danno.*

1. – Oggetto del presente scritto è il problema delle fideiussioni *omnibus* predisposte unilateralmente dalle banche in senso conforme a uno schema di "*Condizioni generali di contratto per fideiussioni bancarie*", redatto dall'ABI (Associazione Bancaria Italiana) nel lontano 2002 [1].

La questione nasce dal fatto che nel 2005 la Banca d'Italia, all'epoca in qualità di Autorità Garante della concorrenza tra istituti creditizi, aveva stabilito che alcune clausole di quello schema ABI (sulle quali v. *infra*), in quanto applicate in modo uniforme dalle

---

* L'autore è componente del Collegio ABF di Milano. La posizione espressa in questo contributo ha carattere personale e non è in alcun modo riferibile al Collegio.

Il presente scritto ha preso spunto da una relazione svolta il 18 novembre 2019, presso l'Università Statale di Milano, al Convegno "*Il diritto bancario tra innovazioni legislative, decisioni delle Corti e orientamenti dell'Abf*".

[1] Gli schemi contrattuali predisposti dall'ABI erano denominati originariamente "*Norme uniformi bancarie*" (cosiddette NUB), successivamente sono stati denominati "*Condizioni generali relative al rapporto banca cliente*", al fine di rimarcarne la loro non vincolatività.



banche, costituivano un'intesa restrittiva della concorrenza vietata, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. a), della legge – cosiddetta "*antitrust*" – n. 287 del 10 ottobre 1990.

Dopo un lungo periodo in cui la vicenda è rimasta, per così dire, dormiente e quiescente, a seguito di una recente sentenza della Cassazione del 12 dicembre 2017 n. 29810[2] si è cominciata a diffondere fra gli operatori giuridici la tesi della nullità (parziale, se non addirittura totale) delle fideiussioni che ancora oggi riproducono le clausole del modello ABI dichiarate all'epoca illecite dall'autorità Garante (perché lesive della concorrenza): ciò in quanto tali garanzie, in relazione alle clausole in oggetto, costituirebbero attuazione dell'intesa restrittiva della concorrenza dichiarata illecita *illo tempore*. Secondo questo indirizzo, le fideiussioni conformi al suddetto schema ABI sarebbero da considerare, in base a una terminologia ormai diventata di uso comune, i negozi "a valle" di un'intesa "a monte", la cui illiceità è già stata accertata dall'Autorità competente (sia pure limitatamente ad alcune clausole) e, quindi, sarebbero travolti anch'essi dalla nullità dell'intesa "a monte".

Considerato il notevole clamore sollevato dalla suddetta sentenza della S.C., va *in limine* segnalato – nel senso di un ridimensionamento della portata della sentenza della Cassazione del dicembre 2017, ammesso e non concesso (sul punto v. *infra*) che tale sentenza abbia davvero configurato una nullità delle fideiussioni in questione – che una più recente Cassazione del settembre 2019 n. 24044[3] ha dichiarato espressamente, sia pure in modo sintetico, che le clausole riproduttive dell'intesa dichiarata illecita e inserite nelle fideiussioni non sarebbero nulle, comportando solo eventualmente il risarcimento del danno a favore del fideiussore. Sempre nella stessa sentenza si osserva che, anche a voler configurare una nullità del contratto, tale nullità sarebbe soltanto parziale (ossia relativa soltanto alle clausole dichiarate illecite dall'Autorità Garante), come del resto aveva deciso lo stesso giudice di merito. La nullità parziale, come vedremo, può – a seconda del concreto oggetto della controversia – essere rilevante a tutela del garante, ma non avrebbe comunque quegli effetti dirompenti derivanti da una declaratoria di nullità totale del contratto[4].

---

[2] Cass. civ, 12 dicembre 2017, n. 29810, *Corr. giur*., 2018, 8-9, p. 1063, nota di FEDERICO.

[3] Cass. civ., 26 settembre 2019, n. 24044, *Giur. it*., 2020, 2, 358 nota di DI MICCO.

[4] Al momento della pubblicazione del presente scritto, l'ultima sentenza della Cassazione pubblicata che si è occupata del tema delle fideiussioni *omnibus* conformi al modulo ABI, è Cass. civ., ord., 19 febbraio 2020, n. 4175, la quale si è però limitata ad enunciare il principio per cui "*La nullità della fideiussione posta a fondamento dell'azione revocatoria è rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità, ma non può essere accertata sulla base di una 'nuda' eccezione, sollevata per la prima volta con il ricorso per cassazione, basata su contestazioni in fatto in precedenza mai effettuate, a fronte della quale l'intimato sarebbe co-*



Va in ogni caso osservato – sempre in fase di premessa – che, prendendo le mosse dalla fattispecie di base cui ho accennato (clausole di una fideiussione riproduttive delle condizioni generali predisposte dall'ABI e dichiarate lesive della concorrenza), per arrivare a sostenere la nullità della fideiussione, soprattutto la nullità totale, si devono superare tutta una serie di delicati problemi giuridici che si frappongono sulla strada per arrivare a questa conclusione.

2. – È fondamentale, per il prosieguo del discorso, indicare quali sono le clausole della fideiussione "incriminate" e per quali motivi sono state dichiarate frutto di un'intesa restrittiva della concorrenza.

Lo schema ABI di "*Condizioni generali di contratto per fideiussioni bancarie*" si compone di tredici articoli, che disciplinano l'oggetto della garanzia *omnibus* (art. 1), gli obblighi del fideiussore (artt. 2, 3, 4, 6, 7, 8 e 10), gli obblighi e le facoltà della banca (artt. 5, 9, 11 e 12); infine, l'art. 13 individua le clausole ritenute non applicabili alla fideiussione prestata da un soggetto che rivesta la qualità di consumatore ai sensi dell'art. 1469-*bis*, comma 2, c.c. a favore di un soggetto che presenti la medesima qualità. Le clausole di cui si discute sono tre. Si tratta dell'art. 2 (cosiddetta clausola di reviviscenza): «*il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni pagate dal debitore e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo*» (ad esempio per fallimento del debitore)*;* dell'art. 8 (cosiddetta clausola di sopravvivenza)*: «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate»;* dell'art. 6 (cosiddetta clausola di deroga all'art. 1957 c.c.) relativa all'esonero della banca dal rispetto dei termini previsti dall'art. 1957 cod. civ. *«i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 c.c., che si intende derogato».*

Tali clausole, in generale, prevedono degli oneri per il fideiussore diversi e ulteriori ri-

---

stretto a subire il 'vulnus' delle maturate preclusioni processuali" (nella specie, un istituto di credito aveva esercitato l'azione revocatoria nei confronti di alcuni fideiussori e questi ultimi hanno eccepito, solo davanti alla S.C., la nullità della garanzia da loro prestata perché conforme allo schema contrattuale elaborato dall'ABI, di cui si discute).



spetto a quelli previsti dalla disciplina codicistica, con l'effetto di rendere più gravosa la posizione del garante e di rendere più vantaggiosa, invece, la posizione contrattuale della banca [5].

Così, la clausola che dispone, per il caso di estinzione del debito principale (ad esempio per pagamento da parte dello stesso debitore), la "reviviscenza" della garanzia ove successivamente il debito principale risorga per effetto dell'annullamento del pagamento e della restituzione di quanto incassato dalla banca, può risultare particolarmente gravosa per il garante. Si pensi all'ipotesi in cui il pagamento eseguito dal debitore a favore della banca sia oggetto di revocatoria a seguito di fallimento dello stesso: il fideiussore che a quel punto sia escusso dalla banca si troverebbe nell'impossibilità o estrema difficoltà di esercitare il regresso nei confronti del soggetto garantito ormai fallito. Inoltre, la clausola in questione può comportare la deroga all'art. 1945 c.c. in tutti i casi in cui il debitore agisca nei confronti della banca ottenendo la restituzione di quanto abbia eventualmente pagato in eccedenza rispetto al dovuto: in tal caso il fideiussore sarebbe comunque obbligato a rimborsare alla banca le somme che la stessa risulti tenuta a restituire all'originario debitore, senza poter far valere le eccezioni spettanti al debitore [6].

La clausola che estende la garanzia anche agli obblighi di restituzione del debitore derivanti dall'invalidità del rapporto principale, prevede un obbligo del garante ulteriore e diverso rispetto a quelli di garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore, e in deroga all'art. 1945 c.c. Una siffatta previsione potrebbe indurre la banca, in sede di concessione del credito, a dedicare una minore attenzione alla validità del rapporto instaurato con il debitore principale; essa, infatti, potrebbe comunque contare sulla permanenza dell'obbligazione di garanzia in capo al fideiussore *omnibus* al fine di ottenere il rimborso delle somme a qualsivoglia titolo erogate [7].

Per quanto concerne la clausola di deroga all'art. 1957 c.c., il termine di decadenza – normalmente di 6 mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale – previsto dalla norma per l'esercizio dell'azione da parte del creditore contro il debitore principale ha la funzione di non esporre il garante per un tempo troppo lungo alla possibile azione del creditore (anche per salvaguardare il suo diritto di regresso verso il debitore principale), mentre la banca creditrice, in virtù di tale deroga, disporrebbe di un termine molto più lungo (coincidente con quello della ordinaria prescrizione) per escutere la garanzia fideiussoria.

---

[5] Cfr. § 12 del Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia.

[6] Cfr. § 85 del Provvedimento n. 55.

[7] Cfr. § 86 del Provvedimento n. 55.



Si tratta ora di approfondire le ragioni per cui queste clausole sono state considerate, dall'Autorità Garante, restrittive della concorrenza.

L'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90 per la tutela della concorrenza e del mercato (cosiddetta *antitrust*) considera intese (che possono essere restrittive dalla concorrenza) gli accordi e le pratiche concordate tra imprese nonché "*le deliberazioni di associazioni di imprese*" [8].

Le condizioni generali di contratto predisposte dall'ABI relativamente alla "fideiussione bancaria", in quanto deliberazioni di un'associazione di imprese, rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 1, legge n. 287/1990 [9].

Il comma secondo dell'art. 2 della legge n. 287/1990 vieta, fra l'altro, "*le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali*…". Il terzo comma precisa che "*Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*".

Secondo l'Autorità Garante, tali clausole prevedono per il fideiussore oneri ulteriori rispetto a quelli derivanti dalla disciplina ordinaria senza un'adeguata giustificazione e in mancanza di un equilibrato contemperamento degli interessi delle parti; potrebbero quindi comportare effetti anticoncorrenziali in seguito a un'eventuale adozione generalizzata da parte delle banche, limitando in modo significativo la possibilità per le aziende associate di differenziare, sotto il profilo delle condizioni contrattuali, il prodotto offerto e ostacolando la pattuizione di migliori clausole contrattuali per il garante [10].

---

[8] V. legge 10 ottobre 1990, n. 287, *"Norme per la tutela della concorrenza e del mercato"*, art. 2 (*Intese restrittive della libertà di concorrenza*): "*1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonche' le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari. 2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, cosi da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi. 3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*".

[9] Cfr. provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia.

[10] La restrizione della concorrenza derivante da una siffatta intesa risulterebbe significativa nel mercato



Si deve sottolineare che le tre clausole dello schema ABI sono considerate lesive della concorrenza, non per il semplice fatto che siano adottate in modo generalizzato e uniforme dalla maggior parte delle banche, anche perché in tal caso dovrebbero essere considerate lesive della concorrenza indistintamente tutte le clausole dello stesso schema. Invero, anche tenendo conto del legittimo interesse delle banche a razionalizzare i rapporti giuridici di massa tramite condizioni generali di contratto, sono state considerate illegittime sotto il profilo anticoncorrenziale solo le clausole uniformi che prevedono un trattamento deteriore per il garante in modo ingiustificato e squilibrato rispetto all'assetto degli interessi delle parti, in quanto volte a scaricare sul garante oneri e conseguenze che la banca potrebbe assumere su di sé [11]. Sotto questo profilo, sempre secondo l'Autorità Garante, non sarebbe ingiustificato – nel quadro di un equo contemperamento degli interessi delle parti – l'onere per il fideiussore determinato dalla presenza nello schema ABI della clausola del pagamento "*a prima richiesta*" (cfr. art. 7 dello schema: "*il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio*"). In base a questa clausola, il fideiussore non può opporsi al pagamento immediato di quanto richiesto dalla banca, che non è tenuta a rivolgersi preventivamente al debitore principale, ma mantiene la facoltà di proporre eventuali eccezioni in un momento successivo all'avvenuto pagamento (cosiddetta clausola *solve et repete*), al fine di ottenere la restituzione di quanto eventualmente versato indebitamente alla banca (che, in quanto soggetto certamente solvibile, assicura al garante una ragionevole certezza della restituzione). Come emerso nel corso dell'istruttoria, tale clausola – consentendo al creditore di

---

rilevante, atteso l'elevato numero di banche associate all'ABI. Osserva ancora l'Autorità Garante che "*La concorrenza tra gli operatori si articola sia sulle condizioni economiche sia sui contenuti del contratto: tra i diversi fattori che incidono sulla possibilità di scelta del cliente vi sono, oltre il prezzo, le modalità negoziali con cui il servizio o il prodotto vengono resi* (§ 55 Provvedimento)… *sono da ritenersi in contrasto con le regole della concorrenza gli schemi contrattuali atti a:– fissare condizioni aventi, direttamente o indirettamente, incidenza economica, in particolare quando potenzialmente funzionali a un assetto significativamente non equilibrato degli interessi delle parti contraenti; – precludere o limitare in modo significativo la possibilità per le aziende associate di differenziare, anche sull'insieme degli elementi contrattuali, il prodotto offerto* (§ 56 Provvedimento).

[11] Cfr. § 60 del Provvedimento della Banca d'Italia: l'Autorità di controllo ha proceduto a verificare se l'uniformità delle singole clausole fosse giustificata con l'esigenza di garantire una particolare tutela alle specificità del credito bancario, in considerazione della rilevanza per lo sviluppo economico e sociale dell'attività di concessione di finanziamenti in via professionale e sistematica svolta dalle banche, ovvero se la diffusione generalizzata di talune clausole potesse produrre effetti anticoncorrenziali in quanto inducesse una completa uniformità in senso ingiustificatamente sfavorevole alla clientela.

Sul punto cfr. CARRIÈRE, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus nel recente orientamento della corte di cassazione,* in *Diritto bancario.it,* 2018, p. 2 ss.



pretendere il pagamento dal garante in via immediata, senza dover esperire a tal fine onerose procedure giudiziarie – risulterebbe funzionale, quando non assolutamente necessaria, a garantire l'accesso al credito bancario e ad un'adeguata protezione delle esigenze connesse al credito bancario (in altri termini, senza la clausola a prima richiesta la fideiussione non verrebbe accettata e non verrebbe quindi concesso il finanziamento) [12]. Tale valutazione, secondo l'Autorità Garante troverebbe conferma nel raffronto con le esperienze estere, da cui emerge un'ampia diffusione della clausola in questione, e in quanto previsto nell'Accordo di Basilea 2, che considera la clausola a prima richiesta essenziale ai fini del riconoscimento delle garanzie personali come strumenti di attenuazione del rischio di credito [13].

Viceversa, sempre secondo il Provvedimento dell'Autorità Garante, la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957 c.c. e le cosiddette clausole di "sopravvivenza" e "reviviscenza" della fideiussione non sarebbero funzionali e necessarie per garantire l'accesso al credito bancario. Tali clausole, infatti, avrebbero lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza di obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa [14].

L'Autorità Garante antitrust, ciò premesso e considerato, ha così disposto in conclusione: "*a) gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono lesive della concorrenza in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90; b) le altre disposizioni dello schema contrattuale non risultano lesive della concorrenza*".

---

[12] Cfr. § 81 del Provvedimento: "*La clausola 'a prima richiesta' è particolarmente importante ai fini di un'adeguata protezione delle esigenze connesse al credito bancario, poiché permette alla banca di recuperare immediatamente il proprio credito senza dover escutere in precedenza il debitore principale, né dimostrare il verificarsi di alcuna specifica condizione; al contempo, essa consente al fideiussore di far valere i suoi diritti in un momento successivo, al fine di ottenere la restituzione di quanto eventualmente versato indebitamente alla banca, che, in quanto soggetto certamente solvibile, assicura al garante una ragionevole certezza della restituzione*".

[13] Infatti, nel quadro dell'Accordo sul Capitale (Basilea 2) affinché una garanzia personale possa essere considerata come strumento di riduzione dei requisiti della banca finanziatrice, è essenziale che il contratto non consenta al garante di evitare o ritardare il pagamento di quanto dovuto, in caso di inadempimento del debitore: pertanto, la clausola "a prima richiesta" assolve a questa caratteristica, ma al contempo non determina un ingiustificato squilibrio della posizione del garante, perché quest'ultimo può sempre agire per la restituzione di quanto ingiustamente pagato, facendo valere successivamente le eccezioni (meccanismo del *solve et repete*).

[14] § 96 Provvedimento Banca d'Italia.



Tale provvedimento evidentemente ha implicato l'accertamento, da parte dell'Autorità Garante, che all'epoca quelle clausole erano applicate in modo generalizzato dalla maggior parte delle banche. In conseguenza di tale accertamento, l'ABI aveva inviato a suo tempo alle banche associate la comunicazione di un nuovo modello di condizioni generali della fideiussione *omnibus*, con l'eliminazione di quelle tre previsioni e con l'invito a considerare lo schema di fideiussione come una traccia priva di valore vincolante o di raccomandazione, che poteva essere modificata in ogni sua parte.

3. – Nel caso oggetto dell'ordinanza di Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, a fronte di una richiesta del garante di dichiarazione di nullità di una fideiussione conforme al modello ABI del 2002, dichiarato nullo come si è visto dal provvedimento della Banca in funzione di autorità garante del 2005, la Corte di Appello aveva respinto la domanda in quanto il contratto di fideiussione (stipulato nel febbraio 2005) era anteriore al suddetto provvedimento della Banca d'Italia del maggio 2005.

Nel censurare il ragionamento della Corte territoriale, la Cassazione ha enunciato il seguente principio di diritto: "*In tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dalla L. n. 287 del 1990, art. 2, la stipulazione "a valle" di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse "a monte" (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) comprend[e] anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità Garante indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato (nella specie, per quello bancario, la Banca d'Italia, con le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi della L. n. 287 del 1990, artt. 14 e 20, (in vigore fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la L. n. 262 del 2005, a far data dal 12 gennaio 2016)) a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza*".

L'articolato principio di diritto enunciato dalla S.C. pare volto sostanzialmente ad affermare che, ai fini dell'applicazione della disciplina sulle intese anticoncorrenziali vietate di cui alla legge n. 287 del 1990, art. 2, devono considerarsi quali contratti "a valle" costituenti l'applicazione delle intese illecite concluse "a monte" anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità Garante, a condi-



zione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del contratto "a valle" oggetto del giudizio, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza. Il così definito ambito di applicazione temporale della disciplina anti-trust ben potrebbe riguardare però, anche nelle intenzioni della S.C., soltanto la legittimazione del contraente finale a far valere la nullità dell'intesa "a monte" e a chiedere il risarcimento del danno, non a far valere specificamente la nullità del contratto "a valle" [15].

In altro passaggio della motivazione la S.C. afferma: "*... la Corte territoriale ... non può (né potrà, ancora) escludere la nullità di quel contratto* [febbraio 2005] *per il solo fatto della sua anteriorità all'indagine dell'Autorità indipendente ed alle sue risultanze (maggio 2005), poiché se la violazione "a monte" (abi 2002) è stata consumata anteriormente alla negoziazione "a valle", l'illecito anticoncorrenziale consumatosi prima della stipula della fideiussione oggetto della presente controversia non può che travolgere il negozio concluso "a valle", per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia (a cominciare dall'art. 2, della Legge antritrust)*". Anche su questo punto, il ragionamento svolto dalla Corte non ha, a mio avviso, una natura assertiva ("*la Corte territoriale non dovrà escludere la nullità*"), ma soltanto ipotetica ("*la Corte territoriale non può né potrà escludere la nullità*"), risultando chiaramente incentrato soltanto sul profilo temporale per cui ai fini dell'applicazione della legge *antitrust* (che, si ripete, potrebbe essere limitata al riconoscimento della legittimazione del contraente finale a far valere la nullità dell'intesa e a chiedere il risarcimento del danno) il contratto "a valle" rileva anche se anteriore all'emanazione del provvedimento dell'Autorità garante [16].

In ogni caso, sicuramente rimane impregiudicata la questione, come vedremo più rilevante, se si tratti di nullità totale o parziale [17]. Del resto, secondo una sorta di interpretazione autentica, la successiva e già menzionata Cass. n. 24044/2019, ha chiarito che l'ordinanza di Cass. n. 29810/2017 concerneva l'efficacia temporale del provvedimento

---

[15] La S.C., nel principio di diritto, fa semplicemente riferimento al negozio "*denunciato come nullo*" nella domanda del ricorrente.

[16] Cfr. CARRIÈRE, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus*, cit., p. 19. Nel senso, invece, che la sentenza in esame sembri accogliere la tesi della nullità totale dei contratti ''a valle, v. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2020, p. 379; BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, n. 3, pp. 3 ss.

[17] CARRIÈRE, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus*, cit., p. 2 ss.



della Banca d'Italia, e non già l'effettiva nullità delle clausole il complessivo apparato delle NBU in tema di fideiussione [18].

4. – Ciò premesso, la questione giuridica centrale e principale da affrontare è se l'illiceità (parziale) dell'"intesa" ABI, e quindi la sua nullità, comporti la nullità delle singole fideiussioni stipulate dalle banche [19] con gli utenti, ossia i fideiussori, in conformità a quell'intesa. Tale interrogativo si inserisce nel tema più generale delle possibili conseguenze dell'accertamento di nullità di un'intesa anticoncorrenziale sui contratti "a valle" riproduttivi dell'intesa e stipulati dall'impresa che ha partecipato all'intesa con i consumatori finali, dovendosi valutare se ne derivi la nullità anche di tali singoli contratti [20].

Va tenuto presente che il problema generale può riguardare fattispecie molto eterogenee e diverse fra di loro: si pensi, oltre alla vicenda delle fideiussioni conformi al modello ABI, ai casi del cartello di compagnie di assicurazione che fissi un prezzo uniforme elevato per una certa polizza, impedendo all'assicurato di stipulare una polizza a un prezzo inferiore [21] o del cartello di alcuni istituti di credito in relazione alla determinazione dell'indice dei tassi Euribor [22].

Nel caso delle fideiussioni di cui qui si discute, la questione, più propriamente, va impostata nel senso se la dichiarata nullità dell'intesa "a monte" (che, si badi bene, ha riguardato soltanto tre clausole del modello ABI) determini anche la nullità di tali clausole in quanto riprodotte nei singoli contratti di fideiussione (composti, come si è visto, da numerose altre condizioni contrattuali); solo se la risposta sia positiva, si dovrà valutare in un secondo momento se tale nullità parziale possa estendersi all'intero contratto. In altri termini, posto che il provvedimento dell'Autorità Garante ha sancito l'illiceità so-

[18] Anche Cass. civ., 22 maggio 2019, n. 13846 – la quale ha enunciato un principio di diritto in tema di onere della prova della applicazione uniforme delle clausole (sul punto, v. *infra*) – in un passaggio della motivazione, *incidenter tantum*, sembrerebbe essersi pronunciata, ma solo in via ipotetica, nel senso della nullità dei contratti a valle di intese anticoncorrenziali dichiarate illecite: "*Quel che assume rilievo, ai fini della predicata inefficacia delle clausole del contratto di fideiussione di cui agli artt. 2, 6 e 8, è, all'evidenza, il fatto che esse costituiscano lo sbocco dell'intesa vietata, e cioè che attraverso dette disposizioni si siano attuati gli effetti di quella condotta illecita, come rilevato dalla cit. Cass. Sez. U. 4 febbraio 2005, n. 2207…*".

[19] Il quesito riguarda propriamente le banche che hanno partecipato all'intesa e quindi aderenti all'ABI, ossia pressoché tutte le banche operanti in Italia.

[20] Sul tema generale, cfr. ONORATO, *La nullità delle intese*, in CICATRALÀ-GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da RESCIGNO-GABRIELLI, Torino, 2011, pp. 201 ss.

[21] Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

[22] Trib. Milano, 27 settembre 2017, n. 9708, sentenza esaminata più specificamente *infra*.



lo delle menzionate tre clausole dell'intesa ABI, non ci si potrebbe certo chiedere, in via diretta, se tale dichiarazione di nullità investa il singolo intero contratto di fideiussione, ma solo se la nullità di queste tre clausole del modulo ABI si propaghi alle corrispondenti clausole inserite nel singolo contratto di fideiussione; semmai, in caso di risposta affermativa, si dovrà poi valutare se l'eventuale nullità si estenda a l'intero contratto ai sensi dell'art. 1419 c.c. Questa impostazione appare obbligata alla luce dell'ulteriore considerazione che le suddette tre clausole dichiarate illecite, almeno *prima facie*, non paiono riguardare elementi essenziali del contratto quali l'oggetto o la causa, sì che possa dirsi che la loro nullità investa inevitabilmente e automaticamente l'intero contratto [23].

In relazione, invece, ad altre fattispecie di violazione delle norme sulla libertà di concorrenza, laddove il singolo contratto riproduca integralmente una certa intesa anticoncorrenziale (o una clausola relativa in modo chiaro a un elemento essenziale del contratto, quale il prezzo del bene di scambio) non può escludersi che il problema della nullità dell'intesa investa *tout court* fin da subito l'intera nullità del singolo contratto a valle (salva l'applicazione dell'art. 1419, comma 2, c.c. sulla sostituzione delle clausole nulle con norme imperative) [24].

5. – Si premette che in questa materia – anche in una prospettiva di carattere generale e non limitata alle fideiussioni ABI – risulta problematico giustificare la nullità dei contratti "a valle", dovendosi prendere le mosse dal presupposto [25] che la legge *antitrust* nell'art. 2 prevede testualmente solo la nullità dell'intesa anticoncorrenziale "a monte" e nell'art. 33 regola, sotto il profilo della competenza giurisdizionale, le azioni di nullità (dell'intesa) e il risarcimento del danno, ma in nessuna norma prevede la nullità del contratto "a valle" [26].

---

[23] Come si verificherebbe, ad esempio, in caso di nullità di una clausola sul prezzo del contratto, almeno laddove il prezzo stabilito dalle parti non sia sostituito imperativamente da altro prezzo fissato dall'autorità (cfr. art 1339 c.c., in combinazione con l'art. 1419, comma 2, c.c.).

[24] In tema di fideiussioni *omnibus*, a puro titolo di esempio, si sarebbe potuto porre direttamente un problema di nullità dei singoli contratti di garanzia ove la clausola dichiarata anticoncorrenziale fosse quella relativa alla fissazione uniforme di un tetto massimo garantito (cfr. art. 1938 c.c.), perché qui la clausola avrebbe riguardato *ictu oculi* l'oggetto del contratto e quindi un elemento essenziale; tale ragionamento non è riproducibile con riferimento a clausole, almeno apparentemente, secondarie quali quelle, di cui oggi si discute, riguardanti la reviviscenza o la sopravvivenza della garanzia o ancora la deroga all'art. 1957 c.c.

[25] V. però quanto si dirà, *infra*, nel testo e nella nota 34.

[26] Critico sul punto LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, cit., p. 379, secondo cui da un lato l'art. 33 della legge *antitrust* è una norma sulla competenza e quindi è da escludere che abbia



Ciò nonostante, la nullità (parziale o totale a seconda dei casi) dei singoli contratti "a valle" riproduttivi di clausole o condizioni di un'intesa tra imprese dichiarata illecita è stata sostenuta con una tale varietà di teorie che non è possibile in questa sede darne conto compiutamente, ma soltanto per sommi capi [27]. Va ribadito, del resto, come già accennato, che il problema della possibile nullità dei contratti "a valle" di intese illecite ai sensi della legge *antitrust* del 1990 si è posto ben prima e al di fuori della problematica odierna delle fideiussioni *omnibus* conformi agli schemi ABI [28].

La motivazione di fondo delle varie teorie sulla invalidità dei contratti con l'utente finale, è che la sanzione della nullità dell'intesa sarebbe priva di effettività e risulterebbe *inutiliter data* qualora non potesse estendersi anche ai singoli contratti che ne costituiscono sostanziale esecuzione, finalizzano la collusione "a monte" e realizzano quegli effetti restrittivi alla libertà di concorrenza che la normativa antitrust intende reprimere [29]. In sostanza, secondo questa concezione, data la fissazione da parte di un cartello di imprese di un prezzo uniforme elevato che impedisca la fissazione di un prezzo inferiore più favorevole al contraente debole, la sopravvivenza delle clausole di sovraprezzo nei contratti "a valle" farebbe sì che il mercato conservi quella struttura anticoncorrenziale la cui formazione il legislatore ha inteso espressamente prevenire.

Più specificamente, si tende a configurare una sorta di "nullità derivata" dei singoli contratti attuativi di un'intesa anticoncorrenziale in violazione della legge *antitrust*, soprattutto quando – come nel caso di specie – i singoli contratti "a valle" riproducono le condizioni contrattuali dell'intesa nulla, così che l'illiceità di quest'ultima si propagherebbe e si rifletterebbe indirettamente sui contratti finali [30]. I contratti "a valle" costituirebbero lo strumento con cui l'intesa illecita entra sul mercato e sarebbero essenziali per

---

voluto limitare i rimedi derivanti dall'applicazione di norme generali di diritto privato, da altro la norma si riferisce genericamente a "*le azioni di nullità*", le quali potrebbero essere intese in senso estensivo.

[27] Alquanto significativamente, v. GENTILI, *La nullità dei 'contratti a valle' come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso delle fideiussioni ABI*), in *Giust. civ*., 4, 2019, pp. 675 ss., con riferimento alla sola dottrina: "*Si contendono il campo, infatti, quantomeno sette tesi*" (a cui va aggiunta quella dello stesso Autore, per cui invero sarebbero almeno otto, su cui v. *infra*, in questo §).

[28] Di frequente la questione si è posta per la nullità di alcune NBU nel settore dei contratti bancari.

[29] GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1999, I, 79 ss.; MELI, *Autonomia privata*, *sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, 158 ss.

[30] MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, cit., 164-165; BERTOLOTTI, *Illegittimità di norme bancarie uniformi (NBU) per contrasto con le regole* antitrust *ed effetti sui «contratti a valle»: una ipotesi di soluzione a un problema dibattuto*, in *Giur. it.*, 1997, IV, 345 ss.; BASTIANON, *Nullità a cascata? Divieti* antitrust *e tutela del consumatore*, in *Danno e resp.*, 2003, 1075 ss.



la realizzazione effettiva e finale della restrizione della concorrenza; nella misura in cui consentono alle imprese coinvolte di trarre i frutti della propria condotta e di realizzare l'extraprofitto oggetto dell'intesa illecita, parteciperebbero direttamente e inscindibilmente della illiceità dell'intesa "a monte". Sussistendo una "necessaria strumentalità" tra l'intesa distorsiva della concorrenza e i negozi attuativi, i due accordi dovrebbero essere considerati come parte di una pratica "complessivamente illecita", estendendo anche al singolo contratto il rimedio della nullità [31].

Ancora, la legge n. 287/1990 mirerebbe ad assicurare, non soltanto la libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., ma anche la protezione delle ragioni del consumatore, al quale dovrebbe essere garantita la conservazione di un regime di effettiva concorrenzialità del mercato: a questo ultimo dovrebbe essere riconosciuta la possibilità di far valere l'illeceità tanto dell'intesa anticoncorrenziale, quanto del singolo contratto mediante il quale gli sono state imposte condizioni ingiuste e svantaggiose [32].

Nel senso della nullità (non solo delle clausole in questione ma addirittura totale) dei contratti di fideiussione conformi allo schema ABI, si è pronunciata vasta parte della giurisprudenza di merito, seguendo sostanzialmente il modello della nullità per illiceità "derivata" e di frequente dando (erroneamente) per scontato il presupposto che con ordinanza n. 29810/2017 la Corte di Cassazione avrebbe dichiarato nulli, per violazione dell'art. 2 della legge n. 287/1990 (legge antitrust), i contratti di fideiussione che contengano le norme bancarie uniformi predisposte dall'ABI, in quanto concretizzazione e sbocco illeciti delle intese vietate [33].

---

[31] Secondo PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, nota a Cass., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it*., 2004, I, p. 466 ss., il contratto che lega l'impresa all'utente finale costituisce lo strumento attraverso cui la prima attualizza l'oggetto della collusione predisposta con i suoi pari e, nella misura in cui consente alle imprese coinvolte di trarre i frutti della propria condotta, finisce inevitabilmente per assorbirne la natura illecita. In senso conforme, CALABRESE, *Fideiussione omnibus "a valle": illecito antitrust e nullità (parziale?)*, nota a Cass. civ. ord., 28 novembre 2018, n. 30818, in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, 3, p. 517 ss.

[32] Trib. Roma, sez. XVI, 26 luglio 2018, richiamando la già citata Cass. n. 29810/2017: "*la Legge Antitrust detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari tutti i soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse alla conservazione del carattere competitivo dello stesso; e quindi proprio tale interesse risulto violato quando viene eluso il diritto del consumatore ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, per cui il consumatore ha diritto a far valere la nullità del contratto a valle*".

[33] Oltre alla sentenza citata nella nota precedente, si vedano, *ex multis*, App. Bari, sez. II, 21 marzo 2018, in *banca dati Giuffrè*: "*…Gli effetti della contrarietà dello schema contrattuale adottato dalle banche* [lo schema predisposto dall'ABI] *rispetto alla normativa antitrust vigente sono evidenti: i contratti di fideiussione che si mostrino fedeli al richiamato schema contrattuale dovranno essere considerati nulli, essendo caratterizzati da causa illecita, perché contraria a norme imperative.…secondo il Supremo Collegio, la violazione dell'art. 2 della Legge Antitrust, consumatasi a monte nella predisposizione e nell'ado-*



In tale contesto non è mancato chi ha voluto anche vedere nella legge *antitrust* un riferimento testuale alla nullità dei singoli contratti "a valle". Si è infatti osservato che la sanzione prevista dalla normativa antitrust (art. 2) è la nullità "*ad ogni effetto*" delle intese vietate: il contratto "a valle" sarebbe esso stesso un "effetto" dell'intesa e dunque non potrebbe che essere colpito dalla nullità, con conseguente legittimazione del contraente finale ad agire per il relativo accertamento [34].

La tesi della nullità delle clausole dei singoli contratti di fideiussione è sostenuta con vigore anche dalla giurisprudenza ABF, in particolare dal Collegio di Milano con una recente e significativa decisione [35]. Partendo dal presupposto che "*scopo della legge 287/1990 è quello di pretendere dei risultati (un mercato in cui la concorrenza non sia*

---

zione uniforme di uno schema contrattuale restrittivo della concorrenza, determina la nullità dei contratti stipulati a valle in conformità allo schema, giacché questi costituiscono lo sbocco sul mercato dell'intesa illecita….Ciò che viene in rilievo, ai fini della dichiarazione di nullità del contratto fideiussorio, è l'illecita condotta anticoncorrenziale posta in essere dal sistema bancario, concretatasi nella predisposizione di modelli negoziali uniformi; tale illecita condotta è idonea ad inficiare la validità di tutti i successivi contratti che di essa sono diretta applicazione, anche quelli temporalmente anteriori all'accertamento effettuato dalla B.I…"; Trib. Belluno, 31 gennaio 2019, in *banca data Wolters Kluvers*, nota di TOSCHI VESPASIANI: "*L'illecito anticoncorrenziale consumato con lo schema ABI, non può che travolgere con la nullità il negozio concluso 'a valle', per la violazione dei principi della Legge Antritrust in quanto il cosiddetto contratto 'a valle' costituisce lo sbocco dell'intesa a monte vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti, con la lesione del diritto del consumatore finale a una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza*"; Trib. Salerno, sez. I, 5 febbraio 2020, in *banca dati Wolters Kluver*: "*l'invalidità dell'intesa 'a monte' tra Istituti di credito, volta a restringere la concorrenza, si estend[e] in via derivata al contratto di garanzia 'a valle', stipulato tra la singola Banca ed il singolo garante, poiché appare evidente che l'intesa 'a monte', ancorché conclusa tra soggetti diversi da quelli che stipuleranno il contratto 'a valle' ha quale finalità unica ed esclusiva, quella di imporre in modo generale ed uniforme a tutti i contraenti le pattuizioni convenute tra le Banche, in tal modo ripercuotendosi inevitabilmente, quale effetto naturale, sui singoli contratti di garanzia…qualsiasi forma di distorsione della competizione del mercato (che rappresenta un valore costituzionale ai sensi dell'art. 41 Cost., dunque espressione di un interesse generale), in qualunque modo posta in essere, costituisce comportamento rilevante per l'accertamento della violazione dell'art. 2 della normativa antitrust, per cui è inevitabile concludere che l'intero portato, a valle di quella distorsione, debba essere assoggettato alla sanzione della nullità...Alla luce di quanto innanzi esposto, dunque, consegue che la fideiussione conclusa da (...) con la Banca convenuta è affetta da nullità totale per essere in contrasto con il disposto dell'articolo 2 della L. n. 287 del 1990*"; sostanzialmente nello stesso senso, v. già Trib. Salerno, I sez., 23 agosto 2018, n. 3016 sito *Il caso.it*, 2019.

[34] Cfr. in tal senso Trib. Padova, sez. II, 11 febbraio 2020, secondo cui la circostanza che l'ultimo comma della citata disposizione normativa qualifichi le suddette intese come "nulle ad ogni effetto" sarebbe il frutto di una precisa, scelta legislativa, che ha inteso vietare la propagazione degli effetti dell'intesa anticoncorrenziale. Aggiunge il Tribunale che "*È del resto notorio che il principale sbocco di simili intese è rappresentato proprio da atti aventi natura contrattuale, posto che le imprese che partecipano ad un'intesa anticoncorrenziale (nel caso, di specie per far parte dell'associazione che ha elaborato lo schema di fideiussione e per farne pedissequa applicazione) per beneficiare dell'effetto discorsivo della concorrenza, devono modificare o mantenere le loro condizioni contrattuali nei confronti della clientela, così da acquisire o conservare l'indebito vantaggio*". *Contra*, Trib. Treviso, 26 luglio 2019, n. 1623, secondo cui la previsione che "*Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*" sarebbe pleonastica.

[35] Coll. Milano, 4 luglio 2019, n. 16558 (relatore DENOZZA), *Contratti*, 2020, 1, 91.



falsata) e di escluderne altri (un mercato in cui la concorrenza sia limitata)", il Collegio osserva che il semplice risarcimento dei danni potrebbe anche soddisfare le esigenze di protezione delle singole vittime, ma non tutelerebbe l'interesse generale alla presenza di mercati efficienti e anticoncorrenziali che è il bene giuridico principalmente tutelato dal diritto antitrust. L'illiceità dell'intesa prevista dal legislatore antitrust dovrebbe essere interpretata in conformità con l'interesse generale e, sotto questo profilo, l'obiettivo della più ampia possibile eliminazione degli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato sarebbe quello decisamente più coerente con l'imperatività delle norme a tutela della concorrenza e con la tutela degli interessi generali che queste perseguono. Una soluzione che si limiti ad eliminare, con la comminatoria di nullità, il vincolo giuridico nascente dall'intesa illecita (e a sanzionare i colpevoli partecipanti), ma lasciando sopravvivere intatti tutti gli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato in termini di contratti stipulati a valle dell'intesa stessa, sarebbe invece incoerente con gli obiettivi di difesa e promozione del mercato concorrenziale che sono propri del diritto antitrust [36].

Parte della dottrina ha cercato di giustificare la possibile invalidità dei contratti a valle con argomentazioni maggiormente ancorate ai presupposti civilistici della nullità [37].

Quella del contratto "a valle" sarebbe un'ipotesi di *nullità derivata* per vizio riflesso, frutto del *collegamento* negoziale in senso tecnico (così come elaborato dalla giurisprudenza) intercorrente tra l'intesa illecita "a monte" e il contratto attuativo – dal punto di vista dell'impresa – dello scopo anticoncorrenziale; tale collegamento imporrebbe una considerazione unitaria della fattispecie in applicazione del principio *simul stabunt simul*

---

[36] Coll. Milano, 4 luglio 2019, n. 16558, cit., secondo cui, a titolo di esempio, a fronte di un'intesa che abbia per oggetto l'impegno a concludere esclusive con una determinata impresa, la sopravvivenza delle clausole di esclusiva nei contratti "a valle" farebbe sì che il mercato conservi quella struttura anticoncorrenziale la cui formazione il legislatore ha inteso espressamente prevenire.

Va evidenziato, peraltro, che il Collegio ABF Napoli, 16 febbraio 2015, in un caso analogo a quello delle fideiussioni *omnibus*, di fissazione da parte dell'ABI delle condizioni-tipo per la regolazione dei servizi RID in conto corrente, ha affermato: "*se è impossibile negare che l'esistenza della violazione di norme disciplinatrici della concorrenza realizzatasi sub specie di coordinamento nella definizione delle condizioni economiche dei contratti destinati ad essere conclusi con la clientela è destinata in qualche modo a riflettersi su tali contratti, non è tuttavia possibile sostenere che quel riflesso debba ravvisarsi necessariamente nella nullità della pattuizioni contrattuali che si conformano al contenuto dell'intesa vietata*".

[37] Per un quadro sulle varie tesi favorevoli alla nullità, anche con riferimento al rapporto in generale fra intesa anticoncorrenziale "a monte" e singoli contratti "a valle", cfr. LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, in CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti,* diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, Milanofiori Assago, 2016, pp. 335 ss.; GENTILI, *La nullità dei 'contratti a valle' come pratica concordata*, cit., p. 675 ss.; BELLI, *Contratto a "valle" in violazione di intese vietate dalla Legge Antitrust*, nota a Cass. civ., 12 dicembre 2017, n. 29810, *Giust.civ.com*; BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, cit., p. 3 ss.



cadent e la nullità prevista per l'intesa si trasmetterebbe automaticamente anche i contratti che a questa danno attuazione [38].

In base ad altra teoria, la nullità del contratto di fideiussione sarebbe una *nullità diretta* per vizio proprio: deriverebbe dalla violazione diretta della norma imperativa di cui all'art. 2 della legge *antitrust* intesa come norma di ordine pubblico economico relativa alla libera concorrenza. Sotto questo profilo, si tratterebbe non di una nullità testuale *ex* art. 1418, comma 1, c.c. che è limitata all'intesa [39], ma di una nullità virtuale *ex* art. 1418, comma 2, c.c. per contrarietà a norma imperativa, priva di espressa comminatoria al riguardo, a difesa di un interesse pubblico ossia dell'ordine pubblico economico [40]. Da qui ulteriori specificazioni, per cui l'accordo stipulato in conseguenza della violazione di una norma antitrust si caratterizzerebbe per avere un'autonoma causa illecita, *ex* artt. 1343 e 1418, comma 2, c.c., perseguendo l'interesse non meritevole di tutela all'alterazione del mercato concorrenziale [41]. Oppure si ravvisa l'ipotesi della nullità per illiceità dell'oggetto, ai sensi degli artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c., ove il contratto "a valle" riproduca, in particolare sul piano dell'oggetto del contratto, le determinazioni di un'intesa ("a monte") in violazione dell'art. 2 della legge n. 287/1990. Si menzionano, al riguardo, le intese relative all'adozione di condizioni contrattuali uniformi circa il prezzo del contratto, tramite le quali l'illecita determinazione viene solitamente riprodotta nel singolo contratto finale, peraltro unilateralmente, senza che il consumatore sia in grado di negoziare quanto fissato previamente nell'accordo tra imprese [42].

---

[38] Così BERTOLOTTI, *Illegittimità di norme bancarie uniformi*, cit., p. 345 ss.

[39] Cfr. peraltro la tesi secondo cui, configurando i contratti con gli utenti finali che riproducono testualmente il prezzo o altre condizioni uniformi stabilite con l'accordo fra imprese, quali "*pratiche concordate fra imprese*" ai sensi dell'art. 2 legge *antitrust* (costituite quindi da un lato dall'accordo fra le imprese volto a fissare condizioni uniformi e da altro lato dai singoli contratti attuativi riproduttivi di tali condizioni uniformi), i singoli contratti sarebbero direttamente nulli per contrasto con il suddetto art. 2: ONORATO, *La nullità delle intese*, cit., 204 ss.; BASTIANON, *Nullità a cascata?*, cit., p. 1074; GENTILI, *La nullità dei 'contratti a valle' come pratica concordata*, cit., p. 675 ss.

[40] Cfr. App. Brescia, 29 gennaio 2000, in *Giur. it.,* 2000, I, p. 1876, con nota di BERTOLOTTI.

[41] Cfr. DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 226 ss.

[42] BERTOLOTTI, *Ancora su norme* antitrust *e contratti a valle*, in nota ad App. Brescia, 29 gennaio 2000, cit., in *Giur. it.*, 2000, p. 1876 ss.; CASTRONOVO, *Sezioni più unite che* antitrust, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 452, che prospetta sul punto la tesi dell'illiceità dell'oggetto del contratto "a valle" e della conseguente nullità della clausola relativa al prezzo ma solo per il *surplus* indebitamente corrisposto (con conseguente restituzione del sovrapprezzo *ex* art. 2033 c.c.). Alla nullità potrebbe accedere, secondo l'Autore, il rimedio risarcitorio *ex* art. 1338 c.c. (per omessa comunicazione delle cause di invalidità del contratto).

Per certi versi, anche l'ipotesi relativa alle clausole della fideiussione *omnibus* riproduttive delle condizioni dello schema ABI ritenute illecite rientrano in tale fattispecie, con la differenza che qui tali clausole non riguardano il prezzo del contratto né, in ogni caso, l'oggetto del contratto in senso stretto.



6. – Le varie teorie sopra illustrate, anche quelle orientate a configurare rigorosamente i presupposti civilistici della nullità dei contratti "a valle", prestano il fianco ad alcune obiezioni.

Va, innanzitutto, ribadito che non è ravvisabile una fattispecie di **nullità** testuale, giacché il comma 2 dell'art. 2 legge *antitrust* (così pure l'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea-TFUE) sancisce espressamente la sola nullità degli accordi concorrenziali tra imprese elencati al comma 1, e nulla dice sui **contratti** stipulati, "a **valle**", tra le imprese e gli utenti finali [43]. L'art. 33. legge del 1990 n. 287 prevede, a sua volta, con riferimento al menzionato art. 2, che "*Le azioni di nullità [dell'intesa] e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata (in materia di proprietà industriale ed intellettuale) di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni*" [44].

L'azione collettiva prevista dall'art. 140 *bis* Cod. Consumo (d.lgs. n. 206/2005) è espressamente limitata "*all'accertamento della responsabilità e alla condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni*" a ristoro "*del pregiudizio derivante agli stessi consumatori ed utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali*".

La medesima concezione è stata confermata anche dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 ("*Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*"). In particolare, l'art. 1 prescrive che "*1. Il decreto disciplina, anche con riferimento alle azioni collettive di cui all'*articolo

---

[43] Cfr. Trib. Verona, III sez., 21 giugno 2018, n. 1473, in *banca dati Giuffrè*; Trib. Pavia, sez. III, 5 febbraio 2020, n. 184, *ibidem*. V. già Trib. Torino, 16 ottobre 1997, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, p. 87, nota di FALCONE; Trib. Milano, 25 maggio 2000, *ibidem*; T.A.R. Lazio, 10 marzo 2003, n. 1790, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, p. 1643 ss., con nota di PAGLIARA, *Intese restrittive della concorrenza nell'ambito di gara*. In dottrina, v. CAMILLERI, *Validità della fideiussione* omnibus *conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della* sola *tutela riparatoria in chiave correttiva*, *Nuova giur. civ. comm.,* 2020, 2, p. 397 ss.

[44] Cfr. Cass. civ., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Foro it*., 2004, 1, p. 466: "*… all'art. 33 co. 2°, la legge n. 287 del 1990 ha previsto una tutela civilistica, autonoma e concorrente rispetto alle funzioni esercitate dall'Autorità, ad opera della Corte d'appello competente per territorio in relazione ad azioni di nullità, risarcimento danni e ricorsi diretti ad ottenere provvedimenti d'urgenza per violazione delle disposizioni antitrust; la qualcosa lascia dedurre che se l'accordo antitrust può essere dichiarato nullo, i contratti scaturiti in dipendenza di tale accordo o intesa mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento del danno nei confronti dei distributori da parte degli utenti*"; in senso conforme Trib. Treviso, sez. III, 6 ottobre 2016, in *banca dati Giuffrè*.



140-bis *del codice del consumo, il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subìto un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese. 2. Il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompensazioni*". Nessun accenno si rinviene in tale testo normativo, come del resto nella stessa direttiva 2014/104/UE, a una tutela in termini di nullità del contratto del soggetto danneggiato dalla intesa restrittiva della concorrenza [45]. Anche il Regolamento (CE) del 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, fornisce indicazioni a favore del solo rimedio risarcitorio [46]. Una volta si sarebbe invocato il brocardo "*Ubi lex voluit dixit*, *ubi noluit tacuit*", ma certo oggi si potrebbe ipotizzare che non sia stato un silenzio consapevole del legislatore, ma una sua dimenticanza [47].

Inoltre, ciascuna delle ipotesi considerate di nullità derivata o diretta presenta delle criticità in materia di presupposti civilistici della nullità.

Così è difficilmente configurabile un vero e proprio collegamento negoziale, nel suo significato più tecnico, fra l'intesa delle banche aderenti all'ABI e le singole fideiussioni, che imponga la considerazione unitaria della fattispecie [48]. Affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, è necessario che ricorra un comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale [49]. Nel caso oggetto di studio la tesi del collegamento negoziale, basata sul

---

[45] Trib. Verona, 1° ottobre 2018, n. 3763, in *banca dati Giuffrè*; Trib. Napoli, 17 ottobre 2019, *ibidem*.

[46] Cfr. considerando n. 7: "*Le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni*".

[47] Cfr. sul punto, significativamente, GENTILI, *La nullità dei 'contratti a valle' come pratica concordata*, cit., pp. 675 ss., che così argomenta sul silenzio del legislatore *antitrust*: "*Dimenticanza o esclusione?*".

[48] Ciò non tanto perché si tratti di intesa collettiva da un lato o deliberazione di associazione di imprese e contratto individuale dall'altro. Infatti il collegamento negoziale trova pacifica applicazione anche nel caso di collegamento tra atti eterogenei, come sarebbe nel caso di specie ove si verserebbe in un collegamento tra un'intesa e un contratto (cfr. Cass., ord., 12 settembre 2018, n. 22216, in *banca dati Giuffrè*).

[49] Cfr. Cass. civ., 25 novembre 1998, n. 11942, in *banca dati Giuffrè*: "*Perché possa configurarsi un collegamento di negozi in senso tecnico, che, come tale, imponga la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia un profilo oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, sia un profilo soggettivo, costituito dal comune intento delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il collegamento e il coordinamento di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, non essendo sufficiente che detto fine sia perseguito da una sola parte all'insaputa e senza la partecipazione dell'altra*".



presupposto che due o più contratti siano tra loro connessi e preordinati al raggiungimento di un unico e comune interesse pratico illecito, quello della alterazione del mercato, sembra destinata a scontrarsi inevitabilmente con il fatto che il terzo contraente a valle è normalmente ignaro del disegno cospiratorio assunto a monte con il cartello e, comunque, controinteressato alla sua attuazione [50]. L'utente finale non partecipa soggettivamente al disegno anticoncorrenziale complessivo e stipula il contratto per soddisfare un proprio interesse che si esaurisce nel fine tipico dell'operazione posta in essere [51]. Del resto, benché l'identità delle parti dei due negozi non sia requisito imprescindibile per il loro collegamento negoziale, ove difetti tale identità, come appunto nel caso di specie, l'intento delle parti di consentire a un tale collegamento è meno scontato e richiede una prova rigorosa, perché in questi casi è ben più probabile che l'unitarietà del risultato perseguito da uno soltanto dei contraenti non determini un'interdipendenza funzionale [52].

Analoga critica vale per la teoria della nullità diretta, derivante da illiceità della causa per contrasto con norma imperativa, secondo cui l'accordo stipulato in conseguenza della violazione di una norma antitrust si caratterizzerebbe per avere una autonoma causa illecita, non perseguendo un interesse meritevole di tutela. Si deve infatti obiettare che nel caso di specie manca un comune intento delle parti circa l'interesse pratico perseguito mediante la stipulazione degli accordi negoziali "a valle" [53]. Invero, quasi sempre le intese anticoncorrenziali sono frutto di accordi riservati tra imprese, i quali non vedono

---

[50] Cfr., indirettamente, Cass. civ., 25 novembre 1998, n. 11942, citata nella nota precedente. In dottrina, v. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2003, p. 74 ss.; GUIZZI, *Mercato concorrenziale*, cit., p. 82; CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, p. 98 ss. In giurisprudenza, cfr. già App. Torino, 27 ottobre 1998, cit.; Trib. Treviso, sez. III, 26 luglio 2018 n. 1623; Trib. Ancona, 17 dicembre 2018, n. 1993.

[51] Cfr. Trib. Ancona, 12 novembre 2019, n. 1914: "*I contratti fra la singola impresa ed il cliente derivano dall'autonomia privata dei contraenti, ovvero da una autonoma manifestazione di consenso da cui può discendere indubbiamente anche l'eventuale recepimento all'interno del regolamento contrattuale delle singole clausole eventualmente riproduttive dell'illecita determinazione, ma la circostanza che l'impresa bancaria uniformi al programma anticoncorrenziale le manifestazioni della propria autonomia privata, non appare sufficiente a privare il successivo contratto a valle di una autonoma ragione pratica*". Il Tribunale ha concluso che l'illiceità delle intese a monte, fra imprese bancarie, non è idonea a determinare l'integrale nullità del contratto a valle, ma solo la nullità delle clausole che riproducano il contenuto dello schema contrattuale censurato dal provvedimento della Banca d'Italia del 2 maggio 2005, nella specie le clausole nn. 2, 6 e 8 del contratto di fideiussione sottoscritto dall'attore, che anche ove eliminate non inficiano l'obbligo di garanzia assunto di parte opponente.

[52] Cfr. Trib. Treviso, sez. III, 26 luglio 2018, n. 1623.

[53] GUIZZI, *Mercato concorrenziale*, cit., p. 82 ss.; CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., p. 98 ss.; ID, *Validità della fideiussione* omnibus *conforme a schema-tipo dell'ABI*, cit., p. 397 ss.



in alcun modo coinvolto il contraente finale [54]. Gli accordi negoziali che conseguono ad una intesa anticoncorrenziale sono da considerarsi autonomi in quanto svolgono una propria funzione economica a prescindere dalla intesa vietata. Semmai solo l'imprenditore persegue, con la contrattazione individuale, il fine ultimo, anticoncorrenziale, di alterare a suo favore il mercato o di ottenere un extraprofitto; l'altro contraente (nel nostro caso, il fideiussore) stipula il contratto per soddisfare un proprio interesse che si ricollega ed esaurisce nel fine tipico dell'operazione posta in essere [55].

In merito, infine, alla tesi della nullità del contratto "a valle", sotto il profilo dell'oggetto (artt. 1418, comma 2 e 1346 c.c.), essa risulterebbe riferibile solo alle intese i cui contenuti siano successivamente traducibili in clausole (relative all'oggetto del contratto) destinate ad essere riprodotte in tutto o in parte nei contratti con soggetti terzi rispetto all'intesa illecita (tipicamente i "cartelli di prezzo"). In tale situazione, tuttavia, oggetto dell'accordo illecito *ex* art. 2 della legge n. 287/1990 sarebbe l'uniformazione del prezzo o di altre condizioni contrattuali fra determinate imprese, tale da pregiudicare la libertà di concorrenza nel mercato, piuttosto che il prezzo determinato nel singolo contratto [56]. Non vi sarebbe quindi un contrasto diretto tra la clausola negoziale che recepisce la condizione determinata in modo uniforme dall'intesa e il disposto dell'art. 2 della legge *antitrust*.

La tesi della nullità virtuale del cosiddetto contratto "a valle", per violazione di norma imperativa *ex* art. 1418, comma 1, c.c. (in difetto di espressa previsione in tal senso), pare collidere con la circostanza che tale tipo di nullità (virtuale), su un piano generale, è configurabile soltanto se si tratti di norma inderogabile, a tutela di interessi generali, che riguardi direttamente elementi intrinseci al contratto, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto e alla sua validità ovvero imponga determinate condizioni di liceità

---

[54] Come ampiamente riferito da LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, cit., pp. 338-339 e LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, cit., p. 388, la letteratura tedesca configura la distinzione tra contratti attuativi dell'intesa, i cosiddetti *Ausführungsvertäge*, tra i singoli cartellisti e terzi complici (per esempio assumendo anche il contraente finale un impegno di boicottaggio previsto nell'intesa principale, o un impegno limitativo della produzione o della circolazione di determinati beni, ecc.*)* e contratti "a valle" in senso stretto, i cosiddetti *Folgeverträge*, intercorrenti tra i singoli cartellisti e terzi del tutto estranei all'intesa, ignari della sua stessa esistenza; i primi, in quanto parte costitutiva dell'intesa vietata sono esposti alla medesima sua sanzione, i secondi sono viceversa considerati esenti dalla nullità.

[55] LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive*, cit., p. 391; CAMILLERI, *Validità della fideiussione* omnibus *conforme a schema-tipo dell'ABI*, cit., p. 397 ss.; v. già GUIZZI, *Mercato concorrenziale*, cit., p. 83 ss.; MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari*, cit., p. 72. In giurisprudenza, v. Trib. Treviso, sez. III, 26 luglio 2018, n. 1623, cit.; Trib. Treviso, sez. III, 6 ottobre 2016, cit., in *banca dati Giuffrè*; Trib. Ancona, 17 dicembre 2018, n. 1993, in *banca dati Giuffrè*.

[56] Cfr. MELI, *Autonomia privata*, cit., p. 169; CAMILLERI, *Validità della fideiussione* omnibus *conforme a schema-tipo dell'ABI*, cit., p. 397 ss.



della stipulazione, quali ad esempio particolari autorizzazioni amministrative ovvero l'iscrizione di uno o entrambi i contraenti in appositi albi o registri [57]. Con riferimento alla legge *antitrust*, la norma imperativa ("*Sono vietate le intese…*") non concerne direttamente il contenuto del contratto "a valle" tra impresa e cliente, ma ha per oggetto unicamente il comportamento tenuto "a monte" dai soggetti aderenti all'accordo la cui condotta risulta antigiuridica (tenendo conto che l'art. 2 della legge *antitrust* si riferisce non solo alle "intese", ma anche alle "pratiche concordate" e alle deliberazioni delle imprese, non configurabili propriamente come contratti) [58]. Si dovrebbe pertanto applicare il criterio generale per cui l'inosservanza di norme, sebbene imperative, che impongano o precludano alle parti taluni comportamenti, non può determinare la nullità dell'atto negoziale eventualmente posto in essere in loro violazione, in mancanza di una previsione testuale in tal senso, e la violazione di regole comportamentali o di correttezza giustificherebbe soltanto l'adozione di rimedi risarcitori [59].

Quale ulteriore significativo argomento contrario alla tesi della nullità dei contratti "a valle", è stato evidenziato che tale nullità può risultare in sé pregiudizievole per l'utente finale [60]. Sotto questo profilo, non bisogna farsi fuorviare dal caso di cui ci stiamo occupando in questa sede, quello della fideiussione conforme al modello ABI: qui si tratta ovviamente di ipotesi in cui la nullità della garanzia giova ai fideiussori, se abbiano già pagato o se siano chiamati in giudizio per pagare. In altre fattispecie la nullità del contratto a valle non giova al consumatore, se non addirittura è contraria al suo interesse [61],

---

[57] Cfr. Cass. civ., 24 novembre 2015, n. 23914. Per l'inapplicabilità della nullità virtuale al caso delle fideiussioni conformi al modello ABI, sulla base delle argomentazioni di cui nel testo, v. Trib. Treviso, sez. III, 26 luglio 2018 n. 1623, cit.; Trib. Ancona, 17 dicembre 2018, n.1993, cit.

[58] Per la dottrina, cfr. GUIZZI, *Mercato concorrenziale*, cit., p. 100; MELI, *Autonomia privata*, cit., 170 s. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., 105 s.; ID, *Validità della fideiussione* omnibus *conforme a schema-tipo dell'ABI*, cit., p. 397 ss. Per la giurisprudenza, cfr. ancora Trib. Treviso, sez. III, 26 luglio 2018 n. 1623, cit. e Trib. Treviso, sez. III, 6 ottobre 2016, cit., in *banca dati Giuffrè.*

[59] Sul cosiddetto principio della non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità degli atti, cfr. Cass. civ., S.U., 19 settembre 2007, n. 26724: "*La violazione di norme imperative poste a tutela di interessi generali, comporta nullità virtuale ex art. 1418, comma 1, c.c., solo laddove si tratti di norme di validità ovvero di norme che attengono alla struttura, al contenuto intrinseco del contratto (o che impongono determinate condizioni di liceità della stipulazione, quali particolari autorizzazioni amministrative, ovvero l'iscrizione di uno o entrambi i contraenti in appositi albi o registri). Differentemente le norme che vietano determinati comportamenti, come quelle che proibiscono condotte anticoncorrenziali, seppure siano volte alla tutela di interessi generali superiori, non sono norme di validità, ma norme di responsabilità. La violazione di quest'ultime, in assenza di una esplicita previsione normativa, non può comportare nullità del contratto, ma consente la possibilità di avvalersi di diversi rimedi quali quello risarcitorio*".

[60] Cfr. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, p. 393.

[61] Anche nello stesso caso delle fideiussioni ABI, pensiamo all'ipotesi in cui tutte le banche, preso atto



comportando la perdita della prestazione contrattuale [62]. Nel già menzionato caso del "cartello" su un prezzo uniforme maggiorato per le polizze, la nullità della polizza farebbe venir meno la copertura assicurativa e la società di assicurazione potrebbe rifiutare per tale ragione il pagamento dell'indennizzo. Si pensi ancora alla pratica del "*dumping*" (ovvero della vendita di beni su di un mercato estero a un prezzo inferiore al loro costo di produzione sul mercato di origine al fine di conquistare un nuovo mercato), la quale costituisce condotta anticoncorrenziale vietata dagli accordi GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) del 1947 e del 1994 e dai Regolamenti Europei n. 384/1996 e 2026/1997: seguendo la logica della nullità dei contratti a valle, se ne dovrebbe desumere la nullità dei singoli contratti di compravendita con i consumatori, che si vedrebbero quindi esposti o alla retrocessione del bene (nel caso si dichiari la nullità totale), ovvero al pagamento del sovraprezzo (nel caso opposto in cui si ravvisino gli estremi della nullità parziale *ex* art. 1419 c.c.) [63]. Nelle ipotesi di contratti bancari di finanziamento contenenti clausole riproduttive di condizioni di un'intesa dichiarata illecita, la dichiarazione di invalidità del contratto "a valle" risulterebbe lesiva della posizione del consumatore, poiché ne discenderebbe l'immediata esigibilità nei confronti del mutuatario, a titolo di indebito oggettivo, delle somme erogate dalla banca [64].

Per tutelare il consumatore contro gli effetti pregiudizievoli della caducazione del contratto individuale che lo riguarda, si dovrebbe ipotizzare una nullità di protezione a legittimazione relativa [65], azionabile a seconda della convenienza nelle diverse fattispecie. Tale configurazione presenta peraltro notevoli difficoltà in assenza di uno specifico riferimento normativo in tal senso e risulta incoerente con l'ipotesi della nullità virtuale *ex* art. 1418, comma 1, c.c. per violazione di norma di ordine pubblico (tra l'altro nel caso delle fideiussioni *omnibus* ABI normalmente il garante non risulta qualificabile come

---

della tanto conclamata nullità di tali fideiussioni, facciano valere la nullità delle garanzie appena stipulate o ancora in corso di fisiologica esecuzione, chiedendo di riflesso la restituzione anche dei finanziamenti già erogati al debitore principale, in virtù dell'applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c. ai contratti collegati (su quest'ultimo punto, v. meglio, *infra*, in questo § e § 9).

[62] LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, p. 370.

Con riferimento al fenomeno delle pratiche commerciali scorrette, nel senso che il rimedio della nullità del contratto stipulato dal consumatore non sia "*fisiologicamente congeniale alla disciplina delle pratiche scorrette e può essere sanzione sovrabbondante rispetto all'interesse del consumatore al mantenimento del vincolo*", v. CAPOBIANCO, *Le pratiche commerciali scorrette nel settore bancario,* in *Dir. merc. ass. e finanz.,* 2018, pp. 27-28.

[63] Trib. Treviso, sez. III, 26 luglio 2018, n. 1623, cit.

[64] Cfr. già App. Torino, 27 ottobre 1998, cit. in *Banca, borsa e tit. di cred*., 2001, II, p. 87 ss.

[65] LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, pp. 371-372.



consumatore nei rapporti con la banca). Oppure si dovrebbe ipotizzare, come suggerito dalla recente decisione del Collegio ABF di Milano sopra richiamata, che l'obbligo del risarcimento del danno comunque gravante sull'imprenditore partecipante all'intesa debba in ogni caso garantire il ristoro di tutte le conseguenze negative sopportate dal consumatore, ivi comprese quelle che dovessero derivare dalla dichiarazione di nullità del contratto stipulato "a valle" dell'intesa illecita. Soluzione, però, che – oltre a privare il consumatore del bene o del servizio di scambio acquistato (che potrebbero in ipotesi essere anche infungibili) – rischia di essere complessivamente più macchinosa e antieconomica rispetto a quella che lascia intatto il contratto e prevede a carico delle imprese protagoniste dell'intesa l'obbligo di risarcimento dell'eventuale "danno differenziale".

Nella giurisprudenza di legittimità, in relazione ai casi in genere di contratti attuativi di intese anticoncorrenziali dichiarate illecite, tranne la parentesi probabilmente fraintesa della Cassazione del 2017 sulle fideiussioni conformi al modello ABI, risulta una propensione verso il rimedio risarcitorio, piuttosto che verso la nullità dei contratti "a valle".

In particolare, Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit. (in una significativa fattispecie sul rapporto fra intesa anticoncorrenziale illecita e singolo contratto attuativo dell'intesa) ha enunciato il principio per cui l'unica tutela concessa al soggetto rimasto estraneo alla intesa anti-concorrenziale, il quale abbia allegato e dimostrato un pregiudizio ad essa conseguente, è la possibilità di chiedere l'accertamento della nullità dell'intesa e il risarcimento del danno [66]. Si noti, tra l'altro, che le argomentazioni utilizzate dal Supremo Collegio per giustificare l'obbligo di risarcimento del danno nei confronti dell'utente finale sono le medesime che in genere adducono i sostenitori della tesi della nullità dei contratti a valle: la legge *antitrust* non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque (anche il consumatore o utente finale) abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere [67]; il contratto cosiddetto "a valle" costituisce

[66] Nel caso di specie si trattava dell'azione di un consumatore per il ristoro del sovrapprezzo pagato per la polizza assicurativa, in dipendenza di un "cartello" anticoncorrenziale tra imprese di assicurazione della r.c.a volto a fissare un prezzo unico e uniforme elevato imposto all'assicurato, per cui l'assicurato si era trovato nella situazione di pagare più di quanto una contrattazione che non fosse derivata dal cartello, avrebbe implicato. A fronte di un contrasto (v. Cass. civ., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it*., 2003, 1, p. 1121, nota di PALMIERI; in *Dir. industr*., 2003, 172, nota di COLANGELO e Cass. civ., 1° febbraio 1999, n. 827, in *Giur. it*., 2000, p. 939, nota di AFFERNI), sul quesito se i consumatori, ossia i soggetti non imprenditori e pertanto terzi rispetto all'intesa, fossero legittimati ad esperire l'azione di nullità della stessa di cui all'art. 33 della legge n. 287/1990, la questione della loro legittimazione ad agire è stata rimessa alle Sezioni Unite.

[67] Si riconosce, così, la possibile "plurioffensività" del comportamento vietato (cfr. già in tal senso Cass.



lo sbocco della intesa, essenziale a realizzarne gli effetti, lo strumento attraverso il quale i partecipi alla intesa realizzano il vantaggio che la legge intende inibire [68]. Nella concezione della Suprema Corte appena illustrata, colui che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, ancorché non sia in concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione l'azione di cui all'art 33 della legge n. 287/1990 (azione di nullità dell'intesa e di risarcimento del danno) [69]; le azioni risarcitorie, le quali tra l'altro attualmente possono essere collettive *ex* art. 140 *bis* d.lgs. n. 206/2005, si configurerebbero quali mezzi idonei a mantenere effettività alla struttura competitiva del mercato [70].

La successiva e recente Cass. n. 24044/2019, già menzionata, ha escluso la nullità della fideiussione conforme al modello ABI, richiamando proprio le sezioni unite della stessa Cassazione, 2005 n. 2207, così sottolineando la differenza che ricorre tra gli accordi "a monte", e cioè le intese, dichiarate illecite per violazione della normativa antitrust e sanzionate dalla nullità, e i contratti stipulati "a valle", in relazione ai quali potrebbe essere esercitata soltanto l'azione risarcitoria [71].

---

civ., 1° febbraio 1999, n. 827): un'intesa illecita può ledere, oltre alla autonomia di mercato dei soggetti che la attuano, il patrimonio del singolo soggetto estraneo all'intesa, concorrente o meno degli autori della intesa, ossia gli imprenditori terzi rispetto al cartello (in concorrenza con quegli imprenditori che vi hanno aderito e che risultano a tale titolo pregiudicati dall'intesa) e i soggetti consumatori che concludono contratti con le imprese in attuazione dell'intesa illecita.

[68] Cfr. motivazione della sentenza, la quale – si ribadisce – è volta ad argomentare la legittimazione del consumatore a far valere la nullità dell'intesa "a monte" e il risarcimento del danno *ex* art. 33 della legge n. 287/1990: "*Il consumatore, che è l'acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto la funzione illecita di una intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente. E ciò quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito. A detto strumento non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello della intesa che va a strutturare, giacché il suo collegamento funzionale con la volontà anticompetitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile. Nella delineata prospettiva dunque il contratto cosiddetto "a valle" costituisce lo sbocco della intesa, essenziale a realizzarne gli effetti. Esso in realtà, oltre ad estrinsecarla, la attua. Il contratto a valle è proprio lo strumento attraverso il quale i partecipi alla intesa realizzano il vantaggio che la legge intende inibire…Dunque innanzi alla Corte d'appello deve essere allegata un'intesa di cui si chiede la dichiarazione di nullità, ed altresì il suo effetto pregiudizievole, il quale rappresenta l'interesse ad agire dell'attore secondo i principi del processo, da togliere attraverso il risarcimento*". In senso conforme, Cass. civ., 13 febbraio 2009, n. 3640.

[69] Interpreta in tal senso la sentenza in commento della S.C. anche LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, p. 381.

[70] Cfr. in motivazione Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

[71] Cfr. anche il seguente chiaro passaggio della motivazione: "…*quanto agli effetti della nullità di un'intesa, questa Corte ha già avuto modo di chiarire che* 'Dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi della legge n. 287/1990, art. 2 non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti



In conclusione, sul punto, la tesi della nullità del contratto (o di alcune sue clausole) stipulato in conseguenza dell'illecita intesa anticoncorrenziale risulta principalmente basata sul principio – sicuramente suggestivo dal punto di vista della politica del diritto *antitrust* e ben incarnato dalla pronuncia del Coll. ABF di Milano – secondo cui costituirebbe un paradosso ritenere che la legge n. 287/1990 abbia voluto eliminare, con la previsione di nullità, l'intesa fra imprese che abbia ordito effetti distorsivi del mercato e contestualmente lasciare integri quei contratti che diano esecuzione all'intesa, dando vita a un reale mercato anticoncorrenziale.

L'indirizzo contrario (che pare più convincente), sottolinea in una prospettiva più squisitamente civilistica le difficoltà di configurare la nullità dei singoli contratti "a valle", sia per l'assenza di previsioni testuali nel contesto delle disposizioni sulla tutela della concorrenza sia per la carenza dei presupposti del collegamento negoziale e della nullità virtuale, posto che tali singoli contratti – anche per la partecipazione del contraente finale estraneo all'intesa – risultano dotati di una propria causa a sé stante e realizzano il corrispondente schema di interessi. Si è detto, inoltre, dell'inconveniente della prospettata invalidità dei contratti a valle per cui, da un lato il terzo contraente potrebbe subire in realtà un danno e da altro lato, su un piano generale, gli scambi risulterebbero paralizzati [72]. A quest'ultimo proposito, si aggiunga che l'eventuale nullità (totale) della fideiussione ABI si dovrebbe propagare a sua volta al contratto principale di finanziamento, alla luce dei principi sul collegamento negoziale. Ai contratti collegati (quali risultano indubbiamente il contratto di finanziamento e quello di garanzia) risulta infatti applicabile

---

all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti' *(Cass. n. 9384 del 11/06/2003; Cass. n. 3640 del 13/02/2009; Cass. n. 13486 del 20/06/2011)*".

Dopo avere espressamente affermato che la nullità dell'intesa "a monte" può dare diritto soltanto al risarcimento del danno a favore dell'utente finale, con un "salto logico" non del tutto condivisibile la S.C. ha precisato che la nullità del contratto "a valle" sarebbe soltanto parziale. Critici sull'impianto motivazionale, contraddittorio, della sentenza sono anche LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, cit., pp. 379 e 382 e CAMILLERI, *Validità della fideiussione* omnibus *conforme a schema-tipo dell'ABI*, cit., p. 397 ss.

[72] Su quest'ultimo punto, cfr. esemplarmente T.A.R. Lazio, 10 marzo 2003, n. 1790, *Foro amm. T.A.R.*, 2003, p. 1643 ss., cit.: «*non si può fare a meno di sottolineare la estrema gravità delle conseguenze di un'ipotetica estensione della nullità ai contratti "a valle". Se si tiene conto del carattere normalmente occulto, per i terzi, della causa determinatrice della ipotizzata nullità "a pioggia", e, nello stesso tempo del rigore che permea la disciplina normativa della nullità, si ricava che tutti i terzi dovrebbero ritenersi esposti, al di fuori di ogni consapevolezza e possibilità di controllo anche da parte loro, ed anche a distanza di tempo, all'alea di una possibile vanificazione retroattiva dei loro più diversi rapporti contrattuali con buona pace per la sicurezza delle relazioni giuridiche e la stessa tutela del mercato; la difesa dei terzi pare per contro già sufficientemente assicurata dagli ordinari e pacifici strumenti impugnatori e risarcitori*».



la disposizione dell'art. 1419 c.c., per modo che la nullità di un contratto può importare la nullità del contratto connesso, allorché sia stato accertato il collegamento funzionale tra i negozi stessi [73] (sul punto v. anche *infra*, § 9).

In questa prospettiva il rimedio risarcitorio, su un piano generale [74] e al fine di contemperare le varie esigenze, potrebbe essere considerato quello preferibile, in quanto idoneo a tutelare sia, in certa misura, l'assetto anticoncorrenziale del mercato (la possibilità di richieste risarcitorie da parte dei consumatori, anche tramite azioni collettive, agirebbe da deterrente per le imprese intenzionate ad adottare intese anticoncorrenziali e a darvi attuazione [75]) sia l'interesse del singolo consumatore danneggiato dagli effetti della distorsione anticoncorrenziale a non vedersi comunque privato del bene o servizio acquistato sia, infine, l'interesse generale alla conservazione degli scambi nel mercato [76].

---

[73] V., per tutte, Cass. civ., 18 gennaio 1988, n. 321, cit., *Giust. civ*., 1988, I, p. 1214.

[74] Come si vedrà *infra*, § 11, il rimedio risarcitorio si configura invero di difficile attuazione nel caso specifico del fideiussore che ha stipulato una fideiussione conforme al modello ABI.

[75] Cfr. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, pp. 393-394.

[76] Cfr. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari*, cit., p. 67. Per un'indagine anche di diritto comparato, v. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, cit., p. 387 ss.

La soluzione favorevole al rimedio risarcitorio, con esclusione di ogni ricaduta in termini di nullità dell'atto negoziale concluso con i terzi, ha trovato conforto anche nella giurisprudenza comunitaria (sentenza *Courage* del 2001): la Corte di Giustizia ha riconosciuto anche al consumatore che lamenti uno specifico pregiudizio che sia conseguenza immediata e diretta delle regole concorrenziali il diritto di invocare il rimedio di cui all'art. 33 della legge n. 287/1990.

Con riferimento alle fideiussioni conformi al modello ABI, a favore della sola tutela di carattere risarcitorio, con esclusione della nullità, v., fra le altre, Trib. Napoli, 17 ottobre 2019, cit., in *banca dati giuffrè*; Trib. Treviso, sez. III, 26 luglio 2018 n. 1623, cit., *ibidem*; Trib. Treviso, sez. III, 6 ottobre 2016, cit., *ibidem*; Trib. Ancona, 17 dicembre 2018, n. 1993, cit., *ibidem*; Trib. Napoli, 1° marzo 2019, n. 233, *ibidem*. In dottrina, v. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, p. 393; CAMILLERI, *Validità della fideiussione* omnibus *conforme a schema-tipo dell'ABI*, cit., p. 397 ss.

Trib. Milano, 27 settembre 2017, n. 9708, cit., ha affrontato la questione della possibile nullità delle clausole del contratto di leasing attinenti la pattuizione degli interessi mediante il richiamo all'indice Euribor, posto che con la decisione del 4 dicembre 2013 la Commissione Europea ha accertato l'esistenza, tra il 29 settembre 2005 ed il 30 maggio 2008, di un'intesa anticoncorrenziale tra alcune banche europee avente ad oggetto l'Euribor (l'accertata intesa ha avuto ad oggetto un reciproco scambio di informazioni tra gli intermediari, volto a "*ridurre anticipatamente il fattore d'incertezza che sarebbe altrimenti stato presente sul mercato circa il comportamento futuro degli altri competitors*" nel fissare i tassi di interesse sui vari prodotti, influendo così illegittimamente sulla successiva rilevazione dell'Euribor). Secondo il Tribunale il singolo utente non è legittimato ad invocare la nullità delle clausole che richiamino tale indice nella determinazione del tasso d'interesse, posto che l'ordinamento non prevede la nullità dei contratti attuativi dell'intesa nulla "a monte". V. però, in senso contrario, Trib. Pescara, 28 marzo 2019, n. 557, il quale ha ritenuto che debba essere dichiarata la nullità del tasso di interesse indicizzato Euribor, per l'intero periodo 29 settembre 2005-30 maggio 2008, "*per contrarietà a norme imperative o comunque per contrarietà all'ordine pubblico economico integrato anche dalle disposizioni contenute nei trattati comunitari*" (p. 55 della sentenza), affermando altresì che trattasi di una nullità di protezione e rilevandola d'ufficio. Sulla base



7. – Deve ora essere affrontata una questione, estremamente dibattuta, che si pone sia nell'ipotesi in cui si ritenga che la stipulazione di fideiussioni conformi allo schema ABI possa essere dichiarata nulla, totalmente o parzialmente, sia nell'ipotesi in cui si consideri, invece, che il garante possa chiedere solo il risarcimento del danno.

L'Autorità Garante ha affermato, come si è visto, che gli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione *omnibus*) contengono disposizioni che, *nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme*, sono in contrasto con l'art. 2, comma 2, lett. a), della legge n. 287/1990. Lo stesso provvedimento dell'Autorità Garante ha esplicitamente affermato che le clausole dello schema oggetto di contestazione erano del tutto lecite in quanto relative a norme derogabili da parte dell'autonomia privata [77]; l'effetto anticoncorrenziale derivava dal fatto che esse risultavano inserite in uno schema negoziale predisposto dall'associazione bancaria suscettibile di applicazione in maniera uniforme. In altri termini, il richiamato provvedimento della Banca d'Italia sembra avere vietato l'uso uniforme di quello schema negoziale, ossia l'adozione delle medesime clausole (conformi al modello ABI) ad opera della maggior parte delle banche (e in modo costante nel tempo), e già non già un uso di tali clausole da parte di un singolo intermediario o da un numero ristretto di intermediari (e in modo occasionale non ripetuto nel tempo).

Sulla portata e applicazione di questo requisito dell'uniformità delle clausole in questione, come accennato, si è creato un evidente contrasto giurisprudenziale.

Secondo un orientamento, il fideiussore che agisce per la declaratoria di nullità della garanzia rilasciata in favore della banca, in quanto in contrasto con la disciplina antitrust, e/o per il risarcimento del danno, dovrebbe provare il carattere uniforme dell'applicazione dello schema negoziale, requisito come si è detto richiesto dalla Autorità Garante ai fini della dichiarazione di anticoncorrenzialità [78]. Il solo fatto che una banca abbia

---

di questo principio di diritto, il Tribunale ha dichiarato la nullità del tasso nel periodo descritto, lo ha rideterminato secondo il disposto dell'art. 117, commi 4 e 7 del TUB, e ha condannato l'istituto di credito alle conseguenti restituzioni degli interessi pagati in eccesso.

[77] V. in particolare § 78 Provvedimento Banca d'Italia. Cfr., sul punto, Trib. Milano, 15 luglio 2016, n. 8893.

[78] Cass., ord., 28 novembre 2018, n. 30818, in *Nuova giur. civ. comm*, 2019, 3, p. 523, nota di CALABRESE: "*Il fideiussore che agisce per la declaratoria di nullità della garanzia rilasciata in favore della banca, in quanto in contrasto con la disciplina antitrust, deve provare tutti gli elementi costitutivi del proprio diritto, tra cui il carattere uniforme dell'applicazione dello schema negoziale, requisito richiesto dalla Autorità Garante né il fideiussore può utilmente invocare la presunzione del danno per il consumatore a seguito dell'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale in sede amministrativa*". Cfr. anche la motivazione: "*Il carattere uniforme dell'applicazione della clausola contestata è certamente elemento costitutivo della pretesa attorea,*



proposto al cliente un contratto contenente dette clausole non potrebbe ritenersi di per sé stesso elemento sufficiente a dare effettivo conto della sussistenza di un'intesa uniforme. Pertanto, il garante dovrebbe provare che detto schema negoziale è di fatto adottato da un numero significativo di istituti di credito, in modo da dare conto della sua attuale uniforme applicazione, anche considerando il fatto che lo stesso Provvedimento della Banca d'Italia si chiudeva con un richiamo all'ABI di emendare lo schema contrattuale dalle clausole censurate, in accoglimento della valutazione compiuta dalla Autorità Antitrust, come poi di fatto avvenuto [79].

Di tutt'altro avviso un diverso indirizzo interpretativo, secondo cui ai fini dell'accertamento della conformità delle clausole dei contratti di fideiussione all'intesa (fra le banche) restrittiva della concorrenza vietata dalla legge n. 287/1990, art. 2 e dichiarata illecita dalla Banca d'Italia, sarebbe sufficiente valutare se le clausole contenute nel contratto dedotto in giudizio coincidano con le condizioni dello schema ABI espressivo della vietata intesa restrittiva [80]. Sotto questo profilo, anche su un piano generale, la Cassazione ha più volte ri-

---

essendo la sua necessità pacificamente prevista nel provvedimento della Banca d'Italia su cui l'attore fonda, in buona sostanza, la sua pretesa. In quanto elemento costitutivo del diritto vantato, dunque, esso doveva essere provato dall'attore, secondo la regola generale di cui all'art. 2967 c.c. Né il ricorrente può utilmente invocare, a sostegno della propria tesi, la giurisprudenza di questa Corte, giustificata anche con il criterio della vicinanza della prova, in materia di presunzione del danno per il consumatore a seguito dell'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale in sede amministrativa (cfr., ad es., Cass. 11904/2014, 7039/2012). Nel caso che ci occupa, infatti, è appunto contestata la sussistenza dell'intesa anticoncorrenziale avuto riguardo alla presenza di un suo elemento essenziale (il carattere uniforme di cui si è detto), che il provvedimento della Banca d'Italia non ha accertato, ma ha indicato in termini soltanto ipotetici".

[79] Così Trib. Milano, 15 luglio 2016 n. 8893, cit.; cfr. anche Trib. Roma, 19 settembre 2019: "*l'eccezione di nullità della fideiussione richiede la prova della vigenza dell'intesa restrittiva al tempo della sottoscrizione del contratto, della sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema standard, della sua applicazione in modo uniforme da parte degli operatori e della riconducibilità causale all'intesa dell'adozione del contenuto della fideiussione (Cass. Ordinanza 30818 del 2018, richiamata anche dalla successiva sentenza 13846 del 2019); la fideiussione oggetto di causa è stata stipulata nel 2010, e non risulta che successivamente al provvedimento della Banca di Italia sia mai stato vigente alcuno schema contrattuale di fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie, predisposto dall'ABI, né è stato offerto alcun elemento in base al quale si possa ritenere che l'adozione del contenuto della fideiussione sottoscritta dagli opponenti sia riconducibile, a così lunga distanza di tempo dal provvedimento, all'applicazione uniforme da parte degli operatori del medesimo schema contrattuale che ne è stato oggetto*"; nello stesso senso v. Trib. Roma, sez. XVII, 3 maggio 2019, n. 9354, in *Giur. it*., 2020, 2, 358, nota di DI MICCO; Trib. Velletri, sez. II, 11 marzo 2020, n. 550, *banca dati Giuffrè*; Trib. Velletri, 14 maggio 2019, n. 921; Trib. Rimini, 29 febbraio 2020, n.128; Trib. Milano, sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 1628; Trib. Pavia, sez. III, 5 febbraio 2020, n.184, cit.

[80] V. Cass. civ., 22 maggio 2019, n. 13846, che ha enunciato il seguente principio di diritto: "*In tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dalla L. n. 287 del 1990, art. 2, con particolare riguardo a clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento adottato dalla Banca d'Italia prima della modifica di cui alla L. n. 262 del 2005, art. 19, comma 11,*



conosciuto che la prova acquisita nel procedimento di accertamento avanti l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è in grado di esonerare il danneggiato dalla reiterazione degli accertamenti di fatto o della valutazione degli elementi già operata in sede di procedimento amministrativo e di giudizio avverso il provvedimento di accertamento dell'infrazione, senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già disattesi nel procedimento avanti l'Autorità amministrativa [81].

---

possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante per la Concorrenza, una elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano pronunciate, e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione, o non attuazione, della prescrizione contenuta nel provvedimento amministrativo con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario".

Anche la menzionata ordinanza n. 29810/2017 della Suprema Corte, richiamando i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità sul valore di prova privilegiata del Provvedimento dell'Autorità Garante in sede di giudizio civile, ha considerato – contrariamente all'ordinanza n. 30818/2018 – provata la sussistenza dell'illecito antitrust per il fatto stesso della coincidenza delle clausole del contratto dedotto in giudizio con quelle dello schema ABI dichiarate illecite; in senso conforme, Trib. Salerno, 5 febbraio 2020, n. 480; Trib. Catanzaro, sez. II, 5 marzo 2020; Trib. Padova sez. II, 11 febbraio 2020. In dottrina, CALABRESE, *Fideiussione omnibus "a valle"*, cit., p. 517 ss., che richiama l'ampia dottrina secondo cui il tema della "prova" dell'intesa anticoncorrenziale riveste un ruolo fondamentale all'interno del giudizio civile, poiché, stante l'evidente asimmetria informativa del soggetto privato rispetto all'illecito, egli difficilmente è in grado di provare l'intesa, se non avvalendosi degli accertamenti già compiuti nel procedimento amministrativo. Così anche Coll. ABF Milano, 4 luglio 2019, n. 16558, con la precisazione che, peraltro, avendo il provvedimento della Banca d'Italia accertato l'esistenza dell'intesa, non ci sarebbe nessuna esigenza, né sul piano costitutivo della fattispecie, né sul piano probatorio, di accertare di volta in volta la ricorrenza dell'uniformità.

In ogni caso, se non venga prodotto ritualmente lo schema predisposto dall'ABI oggetto dei rilievi della Banca di Italia (e lo stesso provvedimento dell'Autorità) sarebbe precluso al giudice del merito l'accertamento della corrispondenza ad esso delle clausole in questione: in tal senso v. App. Brescia, sez. I, 21 giugno 2019, in Sito *Il caso.it*, 2019; App. Torino, 19 settembre 2019, n. 1527; Trib. Velletri, sez. II, 11 marzo 2020, n. 550, cit., *banca dati Giuffrè*; Trib. Arezzo, 1° aprile 2020, n. 254, *banca dati Giuffrè*; Trib. Padova, 29 gennaio 2019, n. 7767; Trib. Milano, sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 1628, cit. Trib. Pavia, sez. III, 5 febbraio 2020, n.184.

[81] Cass. civ., 31 ottobre 2016, n. 22031, in *Riv. dir. ind*., 2017, 562; Cass. civ., 23 aprile 2014, n. 9116, in *Foro amm*., 2014, 2494.

Attualmente, in virtù dell'art. 7 ("*Effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza*") d.lgs. n. 3/2017 l'accertamento dell'illecito antitrust viene a costituire una vera e propria "prova legale" e dunque, non mera "prova privilegiata", nel giudizio di risarcimento del danno nei confronti dell'autore della violazione. Peraltro, il mero richiamo a quanto statuito dal provvedimento dell'AGCM non comporterebbe l'automatico assolvimento dell'onere probatorio gravante in capo all'attore, tenuto, comunque, a dimostrare il nesso di causalità e l'esistenza del danno (la norma in questione prevede, fra l'altro, che "*Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e*



Così riassunte le contrapposte concezioni sul punto, ai fini della soluzione del quesito vanno innanzitutto sottolineate le circostanze di seguito indicate, con l'avvertimento peraltro che la disquisizione pare rilevante più dal punto vista teorico che strettamente pratico (nel senso che la netta impressione dell'interprete è che nella prassi bancaria ancora oggi le clausole in questione si sono tramandate in modo uniforme e identico nel corso degli anni nei moduli per condizioni generali di un gran numero di istituti di credito, nonostante il menzionato provvedimento della Banca d'Italia, come appunto si potrebbe desumere agevolmente da un campione quantitativamente significativo di tali moduli).

Come accennato, se ci estraniamo dalla questione trattata oggi attinente alla violazione della legge *antitrust*, da un punto di vista civilistico le clausole in questione, *in sé considerate* e nella combinazione fra loro con riferimento al singolo contratto di fideiussione, sono pienamente lecite, così come affermato più volte dalla Cassazione [82]. Ciò che rende tali clausole lesive della concorrenza è il fatto che siano applicate in modo uniforme e generalizzato dalla maggior parte delle banche, a seguito di un'intesa come quella attuata con il modulo all'epoca predisposto dall'ABI. Il più volte citato Provvedimento della Banca d'Italia (come emerge in particolare dal § 93) ha accertato, in un preciso momento storico (nel corso del 2005), che quelle clausole inserite nello schema ABI e pedissequamente trasfuse nei singoli contratti di fideiussione dovevano considerarsi lesive della concorrenza e quindi illecite, in quanto effettivamente applicate in modo uniforme dalle banche nel loro complesso [83].

---

del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato…Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno" (comma 1).

[82] Cass. civ., 23 marzo 2004, n. 5720, in *Gius*, 2004, 3132: "*Non è nullo il contratto di fideiussione cosiddetto omnibus in cui sia sancita la sopravvivenza dell'obbligazione di garanzia anche in caso di invalidità dell'obbligazione principale e che preveda la reviviscenza dell'obbligazione fideiussoria in caso di invalidità o di revoca di pagamenti, da parte del debitore garantito*". In particolare, sulla validità della clausola c.d. di sopravvivenza v. Cass. civ., 31 agosto 1984, n. 4738, in *Giust. civ*., 1985, I, p. 800, nota di PONTIROLI, in *Giust. civ*., 1985, I, p. 1170, nota di COSTANZA, in *Foro it*., 1985, I, 505, nota di VALCAVI; Cass. civ., 10 aprile 1995, n. 4117; Cass. civ., 20 agosto 1992, n. 9719, in *Foro it*., 1993, I, p. 2173 nota di VALCAVI; *Giur. it*., 1993, 1, p. 1256, nota di IACUANIELLO BRUGGI; sulla validità della clausola c.d. di reviviscenza v. anche Cass. civ., 8 febbraio 2008, n. 3011; Cass. civ., 17 ottobre 2008, n. 25361; sulla validità della clausola di deroga all'art. 1957 c.c., v. Cass. civ., 20 agosto 1992, n. 9719, cit.; Cass. civ., 31 agosto 1984, n. 4738, cit., in *Giust. civ*., 1985, I, p. 800.

[83] Sotto questo profilo non è affatto condivisibile Cass., 28 novembre 2018, n. 30818, cit., in *Nuova giur. civ. comm*, 2019, 3, p. 523, ove afferma che il provvedimento della Banca d'Italia non avrebbe accertato il carattere uniforme dell'applicazione delle clausole in questione, ma lo avrebbe indicato in termini soltanto ipotetici.



Se si afferma che queste clausole, inserite oggi o in futuro in un singolo e determinato contratto di fideiussione, siano automaticamente lesive della concorrenza, solo perché *testualmente coincidenti* con quelle oggetto dell'intesa dichiarata illecita, allora dovremmo ritenere che, per così dire, "da qui alla fine del mondo", tutte le volte che in un singolo contratto di fideiussione compaia una delle clausole in questione, tale clausole è lesiva della concorrenza perché marchiata dal peccato originale di essere stata quella clausola oggetto, *illo tempore*, di una intesa lesiva della concorrenza [84]. Non avrebbe allora più alcun senso il distinguo tra clausole in sé lecite e clausole lesive della concorrenza in quanto applicate in modo uniforme dalla maggior parte delle banche: tanto varrebbe affermare che queste clausole, per il fatto in sé di essere inserite in un singolo e determinato contratto di fideiussione, sono sempre illecite in quanto lesive della concorrenza. Dovremmo arrivare all'assurdo di affermare che se, per ipotesi, una clausola del tipo di quelle "incriminate" venga stipulata a seguito di libera trattativa fra banca e garante, e nemmeno predisposta unilateralmente, essa sarebbe comunque illecita perché *testualmente conforme a quella dell'intesa a "monte"*.

Per tali ragioni, ritengo che ai fini della dichiarazione dell'eventuale nullità (totale o parziale) del contratto o anche solo del risarcimento del danno, dovrebbe essere tendenzialmente oggetto di accertamento (ma sull'onere della prova, v. *infra*) la circostanza che, *attualmente* (o meglio, nel momento di stipulazione del contratto di garanzia del caso concreto), le clausole in questione siano effettivamente oggetto di un'applicazione uniforme e generalizzata da parte della banche (ciò che abbiamo più volte visto – incarna l'essenza dell'illiceità della clausole in chiave anticoncorrenziale); tanto più che l'accertamento dell'Autorità Garante è stato fatto nel 2005, quasi quindici anni fa, e che ABI ha invitato le banche a eliminare le clausole sospette e a non considerare vincolante lo schema predisposto per gli istituti di credito [85]. Di per sé un singolo contratto contenente dette clausole non può attestare in modo oggettivo un'applicazione uniforme attuale di tali clausole, dovendosi come detto quanto meno visionare un campione quantitativamente significativo di tali moduli [86]. Su un piano generale va del resto osservato che la Corte di Cassazione ha più volte precisato che nel giudizio instaurato, ai sensi della legge n. 287/1990, art. 33, comma

---

[84] Cfr. in questo senso già CARRIÈRE, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus*, cit., pp. 20-21.

[85] Già prima del Provvedimento della Banca d'Italia del 2005, per le banche aderenti all'ABI l'adozione dello schema di contratto notificato costituiva una semplice facoltà, dato che – secondo quanto dichiarato dall'ABI alla Banca d'Italia e ribadito nel corso dell'istruttoria – esso non aveva natura vincolante né obbligatoria per le banche che erano libere di predisporre schemi contrattuali diversi da quello in questione.

[86] Cfr. Trib. Milano, 15 luglio 2016, n. 8893, cit.



2, per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza le conclusioni assunte dall'Autorità Garante costituiscono una prova privilegiata, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, "*anche se ciò non esclude la possibilità che le parti offrano prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie*" [87].

Con riferimento alla distribuzione dell'onere della prova, mi pare ragionevole ritenere che la coincidenza testuale delle clausole della singola fideiussione con il modello ABI debba far presumere l'applicazione attuale in senso uniforme di tali clausole, ma l'istituto di credito possa dimostrare che al momento della stipulazione non sussisteva tale uniformità di applicazione [88].

---

[87] Così Cass. civ., 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it*., 2010, 6, 1, p. 1901; cfr. anche Cass. civ., 22 maggio 2019, n. 13846: "*i fatti accertati e le prove acquisite nel corso del procedimento amministrativo non siano più controvertibili, né utilizzabili a fini e con senso diverso da quello attribuito nel provvedimento stesso; infatti, benché l'accertamento stesso abbia avuto luogo in un procedimento svoltosi tra le imprese e l'autorità competente, "deve ritenersi che la circostanza che il singolo utente o consumatore sia beneficiario della normativa in tema di concorrenza (per tutte, Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475) comporta pure, al fine di attribuire effettività alla tutela dei primi ed un senso alla stessa istituzione dell'Autorità Garante, la piena utilizzabilità da parte loro, una volta accertate condotte di violazione della normativa di settore posta anche a loro tutela, degli accertamenti conseguiti nel procedimento di cui pure non sono stati formalmente parte"; in tal senso, il ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico "impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede* (Cass. 20 giugno 2011, n. 13486 cit.)".

[88] Nel senso che, anche a voler ammettere che la banca possa contestare l'attuale applicazione uniforme delle clausole in questione, graverebbe su di essa l'onere di fornire la relativa prova (che incontrerebbe, peraltro, notevoli limiti, poiché potrebbe essere basata solo su elementi estranei al procedimento amministrativo che ha portato all'emanazione del Provvedimento da parte dell'Autorità garante), cfr. CALABRESE, *Fideiussione omnibus "a valle"*, cit., p. 517 ss.; così anche BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, cit., p. 3 ss.

Sul tema v. anche Trib. Padova, 29 gennaio 2019, n. 7767, cit.: è la banca che ha l'onere di dimostrare che il contratto di fideiussione sottoposto alla firma del cliente non abbia i requisiti censurati nel 2005 e che quindi non sussista più intesa anticoncorrenziale al fine della invocata declaratoria di nullità. Tale soluzione si giustificherebbe alla luce del principio di vicinanza della prova per come teorizzato fin da Cass. 13533/2001, posto che la banca ha predisposto la modulistica contrattuale firmata dal cliente in adesione e quindi si trova nella posizione più agevole per dimostrare che l'inserimento di quelle clausole non è (o non è più) il frutto di un'intesa illecita. In particolare, osserva il Tribunale, "*poiché il provvedimento della Banca d'Italia arriva a censurare alcune specifiche clausole ponendo in evidenza l'ingiustificato sfavore per il cliente, sarà semmai la banca a dover dimostrare quali ulteriori norme contrattuali sono state inserite nel contratto per compensare o attenuare le criticità segnalate dal provvedimento del 2005 così da far emergere l'interruzione del rapporto causale tra l'intesa ed il modello ABI oggetto di censura … In caso contrario si deve ritenere, anche oggi nel 2019, che la banca continui a fare applicazione … di una serie di pattuizioni frutta di una intesa ritenuta anticoncorrenziale*".



8. – Nell'ipotesi in cui si acceda alla tesi della nullità dei contratti di fideiussione "a valle", si pone la fondamentale questione se si tratti di nullità solo delle clausole in questione (nullità solo parziale) o se si tratti di nullità dell'intero contratto (nullità totale).

Prima di affrontare tale questione, e lasciandola quindi per il momento impregiudicata, proviamo a immaginare comunque quali conseguenze si verificherebbero nell'ipotesi di nullità solo delle clausole in questione (*nullità solo parziale*).

Se la banca, nella controversia giudiziale del caso concreto, ha invocato l'applicazione proprio di quelle clausole da dichiararsi nulle, il fideiussore sarà liberato dagli obblighi previsti dalla clausola e comunque non si dovranno applicare gli effetti della clausola nei confronti del fideiussore.

Così, se una banca agisce giudizialmente contro il fideiussore per chiedere il pagamento di una somma già pagata dal debitore, ma oggetto di successiva revocatoria e quindi restituita al debitore medesimo, è chiaro che viene invocata nei confronti del garante proprio la clausola di reviviscenza oggetto dell'accertamento del Provvedimento della Banca d'Italia. In tale caso, se la clausola di reviviscenza viene dichiarata nulla (quindi anche soltanto in caso di nullità parziale) il fideiussore sarà liberato dall'obbligazione. Va peraltro osservato che non sono molto frequenti le controversie nelle quali venga invocata contro il garante la clausola di reviviscenza, dipendendo come detto la sua operatività dalla tutto sommato specifica vicenda di una sopravvenuta inefficacia del pagamento (o di altra causa di estinzione) del debito principale (ad esempio, per revocatoria).

Analogamente, se una banca agisce contro il fideiussore per chiedere la restituzione di un finanziamento fatto al debitore, ma dichiarato nullo, verrebbe invocata nei confronti del garante la cosiddetta clausola di sopravvivenza prima illustrata. Pure in questa situazione, se la clausola di sopravvivenza venga dichiarata nulla, il fideiussore sarà liberato dall'obbligazione di restituzione. Si noti, peraltro, che anche questa tipologia di controversia è poco frequente, perché la nullità di cui si discute riguarda soltanto l'erogazione del capitale da parte della banca al cliente (non avendo alcuna rilevanza, sul punto, eventuali profili di nullità degli interessi che il cliente deve pagare sul capitale) e che appunto dovrebbe essere restituito ove tale erogazione venga dichiarata nulla. A prescindere dal fatto che nella prassi le fattispecie di nullità di un finanziamento sono rare (si pensi al caso di un finanziamento erogato senza rispettare la forma scritta o comunque i requisiti richiesti dall'art. 117 TUB), in genere il debitore principale non è interessato a far dichiarare la nullità del finanziamento, dovendo appunto, in tal caso, restituire il capitale erogato [89].

[89] Altro discorso è, ovviamente, che ipotizzando ora la nullità della clausola di sopravvivenza per la vio-



Una questione che invece potrebbe avere un rilevante impatto pratico, sempre ipotizzando la nullità della clausola, è quella che riguarda l'esonero della banca dai termini di decadenza di cui all'art. 1957 c.c. In questa ipotesi, se la clausola di deroga all'art. 1957 c.c. venga dichiarata nulla, e la banca non abbia agito nel termine di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale nei confronti del debitore principale (o del fideiussore [90]), il garante risulta liberato [91].

Peraltro, in tale situazione non mancherebbero dei margini di difesa per l'istituto di credito: se nella fideiussione è inserita, come normalmente è inserita, la clausola "a prima richiesta", questa – nell'interpretazione giurisprudenziale prevalente – comporta una deroga parziale all'art. 1957 c.c., nel senso che per evitare il termine di decadenza di cui alla norma (sei mesi) non occorrerebbe una vera e propria azione giudiziale, ma sarebbe sufficiente una richiesta stragiudiziale [92]. Conseguentemente, sarebbe sufficiente per la banca dimostrare di essersi attivata nei confronti del debitore anche con una semplice lettera di diffida o costituzione in mora nei sei mesi successivi alla scadenza dell'obbligazione principale, per evitare la liberazione del garante. Sotto altro profilo, pur trattandosi di questione estremamente controversa, va tenuto presente che secondo un vasto orientamento giurisprudenziale la fideiussione *omnibus* (soprattutto per effetto della clausola "a prima richiesta" sopra ricordata) avrebbe i caratteri del contratto autonomo di garanzia [93]. Sul punto la Corte di Cassazione ha più volte ritenuto che, nel contratto autonomo

---

lazione della normativa antitrust, il fideiussore, ove ce ne fossero gli estremi, sarebbe interessato a far valere la nullità del finanziamento perché a quel punto sarebbe liberato dall'obbligo di restituzione.

[90] Per tutte, v. Cass. civ., 3 ottobre 2005, n. 19300, in *Mass. Foro it.*, 2005.

[91] Per un'applicazione in tal senso cfr. Trib. Padova, n. 7767 del 29 gennaio 2019: "*Ciò detto gli attori hanno dedotto che entro sei mesi dalla scadenza del debito la banca non si sia attivata verso la debitrice principale come prevede espressamente l'art. 1957 c.c. Sul punto la banca nulla ha dedotto o dimostrato così potendo dare per pacifico che la banca non si sia attivata nel semestre contro il debitore. Non potendo invocare la deroga contenuta nel contratto, poiché la relativa clausola è proprio una di quelle oggetto di nullità in forza del provvedimento della Banca d'Italia del 2005, la convenuta appare decaduta dalla possibilità di agire contro i fideiussori*"; cfr. anche Trib. Padova, sez. II, 11 febbraio 2020, cit.

[92] *Ex multis*, Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27333, cit.; Cass., 4 luglio.2003, n. 10574, in *Contr.*, 2004, p. 271, con nota di MONTICELLI.

[93] Ovviamente non è possibile in questa sede affrontare la complessa questione se la fideiussione *omnibus* "a prima richiesta" trasfiguri in un contratto autonomo di garanzia (ma è noto, peraltro, che per giurisprudenza consolidata – v. ad. es. Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947 – la stessa assenza di accessorietà nella garanzia autonoma va intesa in senso relativo, considerato il meccanismo delle rivalse fra le parti e il collegamento economico della garanzia col contratto principale). Mi limito, in una sintesi estrema, a osservare che la tesi (sviluppatasi soprattutto dopo la menzionata Cass., sez. un., n. 3947/2010, che ha indicato, invero con riferimento precipuo a una polizza fideiussoria, come la presenza della clausola "a prima richiesta" sia indizio di una garanzia autonoma) secondo cui la fideiussione *omnibus* sarebbe in realtà una



di garanzia, la disciplina dell'art. 1957 c.c. non trova applicazione per sua natura, a meno che le parti non la abbiano voluta espressamente richiamare fra le norme applicabili [94], con la conseguenza che la supposta nullità della clausola di deroga all'art. 1957 c.c. non avrebbe rilevanza nel caso di specie e il fideiussore non sarebbe comunque liberato.

Per converso, se nel caso di ritenuta nullità parziale la banca nel caso concreto non si è avvalsa delle facoltà contemplate dalle clausole in questione o il garante non ha eccepito la decadenza del creditore ai sensi dell'art. 1957 c.c., la loro eventuale invalidità non assumerebbe alcuna concreta rilevanza, non essendosi, appunto, l'istituto di credito avvalso delle condizioni illecite pattuite [95].

9. – Anche ammettendo la nullità delle tre clausole in questione, si deve verificare se la nullità rimanga limitata a tali clausole o si estenda all'intero contratto, giusta la previsione dell'art. 1419 c.c. Tale norma stabilisce che "*La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità*" (comma 1); "*La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative*" (comma 2).

Occorre, innanzitutto, accertare se si tratti di una nullità necessariamente parziale, limitata alle singole clausole eventualmente nulle, in quanto possa operare il meccanismo di sostituzione di clausole mediante inserzione automatica, *ex* art. 1419, comma 2, c.c. Ove, infatti, un contratto venga concluso in violazione di una norma imperativa, con automatica sostituzione della clausola pattuita dalle parti in difformità dal modello legale con quella legislativamente prevista, il contratto deve considerarsi valido e resterebbe

---

garanzia autonoma (così ad es., fra le tante, Trib. Lucca, 24 maggio 2016) non mi pare convincente, se si considera che tale sottotipo di fideiussione (non a caso prestata non già da una banca o da una compagnia di assicurazione, come è tipico per le garanzie autonome, ma da un socio d'affari o da un parente del debitore principale), conserva comunque sostanzialmente la funzione di garanzia dell'adempimento dell'obbligazione altrui (sia pure entro un tetto massimo garantito) e non ha certamente quella tipica funzione cauzionale propria (come avverte la stessa Cass., sez. un., n. 3947/2010) della garanzie autonome e delle polizze fideiussorie; d'altro canto la stessa Banca d'Italia, come si è visto, caldeggia una qualificazione della fideiussione *omnibus* con clausola "a prima richiesta" come una fideiussione con clausola *solve et repete*, che in quanto tale non sarebbe priva del carattere di accessorietà (così, ad es., Cass. 29 marzo 1996, n. 2909). Sul tema in genere rinvio a STELLA, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Tratt. dei contratti*, IV, 2, diretto da ROPPO, Milano, 2014, pp. 985 ss.Cass. civ., S. U., 18 febbraio 2010, n. 3947.

[94] Cfr. da ultimo, Cass. civ., 28 marzo 2017, n. 7883; Cass. civ., 9 agosto 2016, n. 16825; Cass. civ., 12 febbraio 2015, n. 2762.

[95] Cfr. Trib. Rimini, 29 febbraio 2020, n. 128, cit.



esclusa ogni operatività del comma 1 dell'art. 1419 c.c., atteso che l'essenzialità di tale clausola è esclusa dalla stessa previsione della sua sostituzione con una regola posta a tutela di un interesse pubblico [96].

Si è affermato infatti in giurisprudenza, benché si tratti di pronuncia isolata, che quand'anche si ammettesse la nullità eccepita, essa riguarderebbe le clausole derogative contestate e non l'intero contratto poiché, a norma del citato comma 2 dell'art. 1419 "*la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative*" [97].

Tale assunto appare, invero, opinabile posto che, come prevede espressamente la norma citata, le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative (inderogabili) e, nel caso di specie, le norme derogate dalle clausole in questione non possono qualificarsi come imperative [98].

L'art. 1957 c.c. non è pacificamente considerato una norma imperativa: la decadenza del creditore dall'obbligazione fideiussoria ai sensi dell'art. 1957 c.c., per effetto della mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale, ben si presta a formare oggetto di rinuncia preventiva da parte di fideiussore, trattandosi di pattuizione affidata alla disponibilità delle parti che non urta contro alcun principio di ordine pubblico e che comporta in definitiva solo l'assunzione da parte del garante di un maggior rischio [99]. A loro volta, le clausole di reviviscenza e di sopravvivenza rappresentano una legittima deroga all'art. 1945 c.c. il quale non è qualificabile, a sua volta, come norma imperativa di ordine pubblico posto che, secondo ormai consolidati orientamenti giurisprudenziali risulta derogabile da parte dell'autonomia privata, anche tramite la conclusione del contratto autonomo di garanzia [100].

---

[96] Cfr. Cass. civ., 25 gennaio 2018, n. 1827; Cass. civ., 21 novembre 2014, n. 24843, secondo cui non rileva neppure che le parti abbiano convenuto il venir meno dell'intero negozio in caso di invalidità anche di una sola clausola; Cass. civ., 4 giugno 2013, n. 14046. In dottrina, v. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di IUDICA-ZATTI, Milano, 2001, pp. 868-869.

[97] Cfr. Trib. Milano, 15 luglio 2016, n. 8893 cit., il quale – dopo avere valutato l'infondatezza della domanda di nullità del fideiussore per l'assenza di prova dell'applicazione uniforme delle clausole in questione – ha osservato che "*va, comunque, osservato che quand'anche si ammettesse la nullità eccepita, essa riguarderebbe le clausole derogative contestate e non l'intero contratto poiché, a norma dell'art. 1419 comma 2° c.c.* 'la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative'".

[98] Sia pure al di fuori del caso di specie, nel senso che non siano imperative le norme di legge derogabili dalle parti, con conseguente esclusione dell'eterointegrazione del contratto ai sensi dell'art. 1419, comma 2, c.c., v. Cass. civ., 12 gennaio 1995, n. 287, in *Dir. e giur. agr*. 1995, p. 622, nota di TORTOLINI.

[99] V., per tutte, Cass. civ., 20 agosto 1992, n. 9719, cit.

[100] V., per tutte, Cass. civ., 31 agosto 1984, n. 4738, cit., in *Foro it*., 1985, I, p. 505: "*Non è nullo, a pre-*



A quanto sopra si aggiunga che l'art. 1419, comma 2, c.c., si riferisce all'ipotesi in cui specifiche disposizioni, oltre a comminare la nullità di determinate clausole contrattuali, ne impongano espressamente anche la sostituzione con una normativa legale, mentre tale disposizione non si applica qualora il legislatore, nello statuire la nullità di una clausola, non ne abbia espressamente prevista la sostituzione con una specifica norma imperativa, come appunto si verifica nel caso di specie [101].

10. – Sicuramente più complesso è l'esame del problema se la nullità parziale possa estendersi all'intero contratto ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c, secondo cui "*la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità*".

Al fine di verificare l'impatto di tale principio sulla fattispecie oggetto di questo studio, è necessario tracciare, pur sinteticamente, alcune premesse di ordine generale sulla *ratio*, l'ambito di applicazione e il contenuto di tale disposizione, ovviamente da tenere ben presenti anche per la vicenda specifica in esame.

Il giudizio sulla possibile estensione della nullità parziale è tipicamente un giudizio strettamente di merito legato a un singolo e determinato contratto nel caso concreto [102]; tuttavia, considerata la standardizzazione delle condizioni generali della fideiussione *omnibus*, è possibile per l'interprete effettuare sul punto una valutazione di merito tendenzialmente applicabile a ogni singolo contratto di garanzia [103] (come vedremo, anche nel suo collegamento con il contratto principale di finanziamento).

Il principio di conservazione del negozio giuridico [104] affetto da nullità parziale, costi-

---

scindere dalla sua riconducibilità, o no, al tipo di cui all'art. 1936 c. c., il contratto di fideiussione c.d. omnibus in cui sia sancita la sopravvivenza dell'obbligazione di garanzia anche in caso d'invalidità dell'obbligazione principale e che preveda la rinunzia da parte del fideiussore alla decadenza ex art. 1957 c. c., l'esclusione del beneficio di escussione, il differimento dell'esercizio del regresso e della surroga, la reviviscenza dell'obbligazione fideiussoria in caso di invalidità o revoca di pagamenti da parte del debitore garantito, l'obbligo di pagamento immediato".

[101] Cfr., sia pure in altro contesto, Cass. civ., 2 settembre 1995, n. 9266, in *Giust. civ.*, 1996, I, 3265, nota di PANELLA; Cass. civ., 11 giugno 1981, n. 3783.

[102] Si afferma, infatti, in giurisprudenza che "*Lo stabilire se i contraenti avrebbero o no concluso il contratto senza la parte affetta da nullità costituisce una valutazione di fatto che è rimessa al giudice del merito ed è insindacabile in sede di legittimità, se correttamente motivata*": così, Cass. civ., 17 aprile 1980, n. 2546, in *banca dati Giuffrè* e poi tutta la giurisprudenza successiva, ad es. Cass. civ., 20 aprile 1999, n. 3902, *ibidem* e Cass. civ., 5 febbraio 2016, n. 2314, *ibidem*.

[103] CALABRESE, *Fideiussione omnibus "a valle"*, cit., p. 517 ss.

[104] Nel sistema codicistico della nullità del contratto sono espressione del principio di conservazione del



tuisce nel sistema del codice civile, come interpretato da consolidata giurisprudenza, "la regola", mentre l'estensione all'intero negozio degli effetti di tale nullità, costituendo una deroga alla regola generale, ha carattere assolutamente eccezionale [105], per cui il giudice nel dubbio dovrebbe decidere per la conservazione del contratto [106]. Ciò spiega la scarsa ricorrenza nella prassi di decisioni nel senso dell'estensione della nullità parziale, la quale è stata affermata, per lo più, in ragione dello scopo unitario in vista del quale le clausole siano state convenute come nei casi dei contratti di divisione o di transazione [107].

Addirittura, nel caso delle fideiussioni conformi al modello ABI, si potrebbe ritenere che ogni ipotesi su una possibile estensione della nullità parziale sia bloccata sul nascere, se si segue l'opinione diffusa secondo cui la nullità totale può farsi valere solo dalla parte colpita dallo squilibrio contrattuale indotto dalla nullità parziale (ossia dalla parte privata di clausole a sé favorevoli) e non dall'altra, la cui richiesta di nullità totale di un contratto originariamente per sé vantaggioso senza quelle clausole sarebbe pretestuosa e contraria a buona fede [108]. In questa prospettiva, la nullità totale del contratto di garanzia an-

---

negozio anche gli artt. 1420 c.c. (sulla nullità del contratto plurilaterale) e 1424 c.c. (sulla conversione del contratto nullo): cfr. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. del contratto*, diretto da ROPPO, IV, 1, Milano, 2006, p. 110.

[105] Cass. civ., 13 giugno 2008, n. 16017, in *Contratti*, 2009, 2, 133: "*L'estensione all'intero contratto della nullità delle singole clausole o del singolo patto, secondo la previsione dell'art. 1419 c.c., ha carattere eccezionale perché deroga al principio generale della conservazione del contratto…*"; Cass. civ., 19 luglio 2002 n. 10536, in *banca dati Giuffrè*; Cass. civ., 31 maggio 2012, n. 8776, in motivazione, *ibidem*; Cass. civ., 16 dicembre 2005, n. 27732, *ibidem*; Cass. civ., 27 gennaio 2003, n. 1189, *ibidem*.

[106] Così SACCO-DE NOVA, *Le invalidità*, in *Tratt. dir. priv*., 10, 2, diretto da Rescigno, Torino, 1982, p. 486.

[107] Per un'applicazione, infatti, dell'estensione v. Cass. civ., 25 marzo 1998, n. 3155, in *Riv. Notar*., 1999, 185 in tema di divisione; Cass. civ., 22 marzo 1983, n. 2012, in *banca dati Giuffrè* e Cass. civ., 9 aprile 2019, n. 9905, *ibidem*, in tema di transazione.

[108] Si veda ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 867. In giurisprudenza cfr., implicitamente, Cass. civ., 3 febbraio 1995, n. 1306, in *banca dati Giuffrè*: "*Qualora ad essere colpite da nullità siano clausole sfavorevoli ad una sola delle parti, l'estensione della nullità all'intero contratto, se questo contiene solo clausole per lei favorevoli o non chiaramente legate alla clausola nulla (in modo da giustificare la convinzione che senza la clausola invalida non sarebbero state da lei accettate) non può essere eccepita da detta parte, non avendo costei, alla quale la nullità parziale arreca soltanto vantaggio, alcun interesse all'effetto estensivo*". Un'eco di questa concezione si ritrova anche nella menzionata Cass., 26 settembre 2019, n. 24044, in *banca dati Giuffrè*: "*Non merita condivisione il profilo di doglianza relativo alla impossibilità di provare la decisività delle clausole ai fini della conclusione del contratto, in ragione della predisposizione unilaterale dello schema contrattuale da parte della banca* [i ricorrenti fideiussori avevano osservato che la prova circa la rilevanza delle clausole in merito alla conclusione del contratto sarebbe risultata impossibile, atteso che dette clausole erano state riprodotte dalla banca nel singolo contratto e la concessione del finanziamento era stata condizionata alla firma del contratto fideiussorio]*: in disparte dalla assertività della censura, risulta decisiva la preliminare considerazione che le clausole in questione erano funzionali all'interesse della*



drebbe automaticamente esclusa, perché nel nostro caso è pacifico, da un lato, che il fideiussore non potrebbe qualificarsi come parte pregiudicata dall'eliminazione delle clausole in questione, le quali sono per lui oggettivamente sfavorevoli (cfr. anche il provvedimento dell'Autorità Garante), non risultando quindi legittimato a far valere la nullità totale del contratto; da altro lato, che la banca, effettivamente pregiudicata dall'eliminazione di dette clausole (a sé favorevoli), non sia di fatto interessata a far valere la nullità (né parziale né tanto meno totale) della garanzia.

Per le medesime ragioni, non si porrebbe neppure il problema di una possibile estensione della nullità parziale, ove si dovesse seguire l'orientamento interpretativo, invero minoritario, secondo cui ai fini dell'operatività del principio di cui all'art. 1419, comma 1, c.c. sarebbe necessario verificare che entrambe le parti non avrebbero concluso il contratto senza la parte colpita da nullità (ciò che, come detto, va escluso con immediatezza riguardo al fideiussore) [109].

---

banca e non dei fideiussori e che quindi, logicamente, solo la banca avrebbe potuto dolersi della loro espunzione"; così anche Trib. Arezzo, 1° aprile 2020, n. 254, *ibidem*.

Nella giurisprudenza prevalente e consolidata si affermava del resto, fino a pochi anni orsono, che "*L'estensione all'intero contratto della nullità delle singole clausole può essere dichiarata dal giudice, non di ufficio, ma solo in presenza di una eccezione della parte che vi abbia interesse perché senza quella clausola non avrebbe stipulato il contratto*", spesso con la conseguenza di negare la legittimazione a sollevare tale eccezione, sempre nell'ottica di un giudizio *ex ante*, alla parte che risultava favorita dall'eliminazione di una o più clausole a sé favorevoli: cfr. Cass. civ., 13 giugno 2008, n. 16017, cit.; Cass. civ., 29 maggio 1995, n. 6036, cit., in *Vita Notar*., 1996, 215; Cass. civ., 3 febbraio 1995, n. 1306; Cass. civ., 22 marzo 1983, n. 2012; App. Brescia, sez. I, 31 gennaio 2019. Questo orientamento, in particolare ove prevede la possibilità dell'estensione della nullità parziale solo su eccezione di parte, appare, però, da rimeditare alla luce di Cass. civ., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, *Giur. it*., 2015, 1, 71 nota di PAGNI; *Giur. it*., 2015, 6, 1387 nota di BOVE, secondo cui l'estensione della nullità *ex* art. 1419, comma 2, c.c. sarebbe rilevabile d'ufficio. Ciò non toglie che, ancora di recente, Cass. civ., 5 febbraio 2016, n. 2314, in *Notariato*, 2016, 2, 110, ha ribadito che "*in applicazione del principio di conservazione del contratto (utile per inutile non vitiatur), che costituisce la regola nel sistema del codice civile…l'estensione degli affetti della nullità all'intero contratto…deve essere provata rigorosamente dalla parte interessata, che all'uopo è tenuta a dimostrare che la parte colpita da invalidità non ha un'esistenza autonoma, né persegue un risultato distinto, ma è in correlazione inscindibile con il resto, nel senso che le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità*"; nello stesso senso v. già Cass. civ., 16 novembre 1996, n. 10050; Cass. civ., 26 giugno 1987, n. 5675.

[109] Cass. civ., 3 maggio 1991, n. 4811, sembra richiedere ai fini dell'estensione della nullità parziale che il contratto senza la clausola nulla – ovviamente nel giudizio *ex ante* – non risulti voluto da entrambe le parti; così anche Trib. Torino, 19 gennaio 2000, cit., *Giur. it*., 2000, p. 546, che osserva come la clausola nulla deve risultare essenziale per entrambe le parti contraenti; App. Potenza, 7 settembre 2011. Come si è visto sopra, l'indirizzo prevalente, su un piano generale, è però nel senso che il giudizio sulla volontà ipotetica va riferito solo alla parte interessata a far valere la nullità; cfr. anche Cass. civ., 14 febbraio 1974, n. 420, in *Foro it*., 1974, 1, p. 3092: l'estensione della nullità parziale opera "*se risulta che i contraenti – od anche uno solo di essi – non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità*".



A voler prescindere dalle opinioni più radicali di cui sopra, gli interpreti hanno indicato due possibili criteri (peraltro meno distanti di quanto possa sembrare) su cui basare il giudizio di estensione della nullità parziale [110]. La dichiarazione di nullità dell'intero contratto richiederebbe la dimostrazione, secondo un criterio soggettivo dato dalla volontà ipotetica o potenziale delle parti, ricostruibile sulla base del concreto regolamento di interessi, che le stesse non avrebbero avuto interesse alla conclusione del contratto senza le clausole nulle e quindi non avrebbero concluso il contratto (giudizio *ex ante* o di prognosi postuma). In base ad altro indirizzo prevalente, l'essenzialità della clausola dovrebbe essere valutata in senso oggettivo, ossia con riferimento all'economia del regolamento di interessi e al significato complessivo dell'operazione economica, senza che l'interprete debba essere vincolato dalla volontà, per quanto ipotetica, dei contraenti. La possibilità di estensione della nullità parziale andrebbe valutata oggettivamente, guardando cioè alla perdurante utilità del contratto, dopo la rimozione della clausola nulla, rispetto agli interessi con esso perseguiti [111]. Sotto questo profilo, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità si verificherebbe quando "*la nullità è relativa ad un elemento essenziale del negozio, tale da costituirne una condicio sine qua o ad una pattuizione legata alle altre da un rapporto di interdipendenza ed inscindibilità da non potersi considerare l'una senza le altre*", sì da poter logicamente e fondatamente ritenere che il negozio stesso non si sarebbe concluso senza quelle pattuizioni in quanto il suo contenuto dispositivo, privo di esse, non avrebbe realizzato la finalità cui era preordinata la sua stessa conclusione [112].

Ciò premesso, dal punto di vista del fideiussore e ragionando in termini di volontà ipotetica risulta agevole presumere – come già si è accennato – che se questi ha concluso il contratto con le clausole a lui sfavorevoli, a maggior ragione avrebbe concluso quello stesso contratto depurato di dette clausole [113], essendo per il resto interessato a fornire la

---

[110] Come osserva ROPPO, *Il contratto,* cit., p. 866, complessivamente la *ratio* della estensione della nullità parziale (basata sul principio della causa e sulla buona contrattuale) deve ravvisarsi nel fatto che l'eliminazione di una o più clausole dal contratto potrebbe a tal punto alterare l'assetto distributivo dei sacrifici e vantaggi reciproci concertato originariamente dalle parti da avvantaggiare una parte e penalizzare l'altra in modo ingiusto e contrario a buona fede.

[111] Cass., 23 agosto 2018, n. 20974.

[112] Cass. civ., n. 10536/2002, cit.; Cass. civ., 29 maggio 1995, n. 6036, cit. *Vita notar*., 1996, p. 215; Cass. civ., 17 aprile 1980, n. 2546, cit. In dottrina cfr. ROPPO, *Il contratto,* cit., 866: "'*volontà ipotetica' è la metafora in chiave soggettiva per indicare* il confronto fra l'assetto d'interessi sotteso all'originario programma contrattuale e il diverso assetto d'interessi che scaturirebbe dal contratto residuo' … *Se … il confronto dice che la logica originaria dell'intero contratto esce stravolta dal contratto residuo, allora sarebbe contraria a buona fede la pretesa della parte d'inchiodare l'altra a questo contratto stravolto: la nullità è totale*".

[113] Per le citazioni di dottrina e giurisprudenza, v. nota 16.



garanzia al fine di propiziare la concessione del finanziamento al debitore principale [114].

Il giudizio sulla volontà ipotetica della banca è, invece, complicato dal fatto che si deve tener conto anche della circostanza che la fideiussione *omnibus* viene accettata dall'intermediario in stretto collegamento con il finanziamento erogato al debitore principale, risultando del resto la garanzia connotata dal tradizionale requisito di accessorietà rispetto al debito principale [115]. In sostanza, in prima battuta ci si potrebbe chiedere se la banca "avrebbe voluto" il contratto di garanzia privo delle tre clausole nulle, ipotizzando però che rimanga fermo il contratto di finanziamento stipulato con il debitore principale. Qui la risposta non potrà che essere, in modo scontato, affermativa, posto che per la banca risulta sicuramente preferibile un contratto di finanziamento al debitore principale assistito da una fideiussione "più debole" del garante, anziché un contratto di finanziamento orfano di qualsivoglia garanzia. La risposta deve essere più ponderata, se il giudizio sulla volontà ipotetica della banca si fa, come a mio avviso si deve fare, valutando se senza le clausole nulle la medesima non avrebbe stipulato la garanzia *e, quindi, neppure il finanziamento* (perché non sufficientemente coperto dalla suddetta garanzia). Sul punto deve infatti considerarsi che ai contratti collegati risulta applicabile, *mutatis mutandis*, la disposizione dell'art. 1419, comma 1, c.c., con la conseguenza che la nullità di un contratto importa la nullità dei contratti collegati, allorché si debba presumere – come normalmente si deve presumere ove sia accertato un collegamento funzionale – che senza il contratto nullo non sarebbe stato stipulato neanche quello collegato [116].

---

[114] Si noti, d'altro canto, che, almeno nelle ipotesi in cui il fideiussore sia qualificabile come consumatore, la nullità delle singole clausole in questione, con perdurante validità del contratto per il resto, sarebbe coerente con il principio per cui la nullità delle clausole vessatorie *ex* art. 33 ss. cod. cons. (quali potrebbero essere quelle in esame) è solo parziale: le clausole vessatorie sono nulle ma "*il contratto rimane efficace per il resto*": cfr. art. 36, comma 1, cod. cons.

[115] Sulla necessità che la valutazione *ex* art. 1419, comma 1, c.c. debba essere fatta considerando unitariamente l'operazione giuridico-economica di finanziamento da parte della banca al debitore principale e di prestazione della fideiussione da parte del garante a favore della medesima banca, cfr. anche Coll. ABF Milano, decisione 4 luglio 2019, n. 16558.

Sulla complessa questione se la fideiussione *omnibus* (soprattutto per effetto della clausola "a prima richiesta") trasfiguri in un contratto autonomo di garanzia, privo per ciò stesso del carattere di accessorietà dato per scontato nel testo, rinvio a quanto scritto, *supra*, § 8, in particolare nota 93.

[116] Cfr. Cass. civ., 18 gennaio 1988, n. 321, cit., in *Giust. civ*., 1988, I, 1214 (con riferimento a un caso di negozio di ipoteca connesso a un mutuo stipulato dalla banca con un soggetto terzo): "*Ai contratti collegati è applicabile la disposizione dell'art. 1419 c. c., per modo che la nullità parziale del contratto o la nullità di singole clausole di un contratto importa la nullità dei vari contratti, nullità che può essere rilevata d'ufficio, allorché sia stato accertato il collegamento funzionale tra i negozi stessi*. Cfr. anche motivazione: "*…nell'ipotesi di contratti collegati…la funzione economica che le parti intendono perseguire viene attuata attraverso i più negozi collegati, così che rimanendo inattuato uno di essi viene meno la funzione dell'altro.*



Pur così corretto il giudizio sulla volontà ipotetica, si deve a mio avviso concludere nel senso che l'eventuale nullità parziale non si possa estendere all'intero contratto di fideiussione, in quanto si può presumere che la banca avrebbe concluso il contratto di fideiussione anche senza le clausole in questione, rimanendo integra per essa la sostanziale funzione di garanzia dell'adempimento dell'obbligazione del debitore principale assicurata dagli altri obblighi assunti dal fideiussore (cfr. artt. 1, 3, 4, 7, e 10 dello schema ABI, integrati dalla disciplina codicistica della fideiussione) [117].

Si deve pervenire alle stesse conclusioni anche utilizzando il criterio oggettivo di applicazione della regola di estensione, quello che riecheggia la regola inglese cosiddetta "della matita blu" ("*blue pencil rule*"), secondo cui il contratto si conserva se è formulato letteralmente in modo tale che le parti nulle possano essere cancellate, appunto con un tratto di matita blu, senza che il contratto perda perciò di significato e possibilità di attuazione. Da un punto di vista oggettivo e con riguardo anche all'operazione economica nel suo complesso (finanziamento e prestazione della fideiussione), sembra davvero difficile poter dire che le clausole in questione siano essenziali nell'economia complessiva del negozio di fideiussione, per cui senza di esse la garanzia risulterebbe *inutiliter data*; né d'altro canto si verificherebbero vuoti nella disciplina dei rapporti *inter partes*, sostituendosi il regime legale (cfr. artt. 1939, 1945 e 1957 c.c.) alle clausole che, per la loro nullità, siano prive di ogni effetto giuridico.

Le vicende che riguardano uno dei negozi collegati influenzano perciò necessariamente l'altro, condizionandone non solo l'esecuzione ma anche la validità, dovendosi necessariamente supporre che se le parti (volontà ipotetica delle stesse) avessero conosciuto la ragione di invalidità che colpisce uno dei contratti non avrebbero posto in essere l'altro, e al tempo stesso ritenere che il venir meno dell'uno, impedendo la realizzazione del programma contrattuale che entrambi i negozi dovevano attuare non giustifica il mantenimento in vita dello altro, in base al principio generale, che qui riceve deroga, della conservazione del negozio"; così anche Cass. civ., 6 luglio 2015, n. 13888 e Cass. civ., 30 maggio 1987, n. 4822, ma il principio è pacifico fin da Cass. 25 febbraio 1958, n. 629.

[117] In dottrina, per la tesi della sola nullità parziale (quindi delle sole clausole in questione), cfr. GENTILI, *La nullità dei 'contratti a valle' come pratica concordata*, cit., p. 675 ss., § 7.1; BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, cit., p. 11 ss.; CARRIÈRE, *Lo spinoso tema della validità delle fideiussioni omnibus*, cit., p. 20. In giurisprudenza, v. Trib. Padova, 29 gennaio 2019, n. 7767; Trib. Treviso, sez. III, 26 luglio 2018, n. 1623, cit.; Trib. Rovigo, 9 settembre 2018, n 1925; Trib. Cuneo, 22 febbraio 2019; Trib. Ancona, 17 dicembre 2018, n. 1993; App. Napoli, 20 giugno 2018, n. 3045, confermata da Cass., 26 settembre 2019 n. 24044; Trib. Pavia, sez. III, 5 febbraio 2020, n.184, cit.; Trib. Ancona, 12 novembre 2019, n. 1914, cit.; Trib. Arezzo, 16 aprile 2020, n. 276; Trib. Velletri, sez. II, 11 marzo 2020, n. 550, cit., *banca dati Giuffrè*; Tribunale Fermo, 9 marzo 2020, *ibidem*; Trib. Rimini, 29 febbraio 2020, n. 128, cit. Cfr. anche, da un diverso punto di vista, Trib. Roma, sez. XVII, 3 maggio 2019, n. 9354, in *Giur. it*., 2020, 2, p. 358 nota di DI MICCO, che nell'argomentare a favore della nullità solo parziale della garanzia osserva fra l'altro: "*... non vi è prova della lesione della libertà contrattuale del fidejussore. Il fidejussore infatti appare sempre vincolato alla prestazione della fidejussione nei confronti della banca del debitore principale e non appare potervi essere scelta da parte dello stesso in relazione ad una diversa forma di garanzia ....*".



Con una recente decisione la Cassazione, come si è già accennato, si è pronunciata espressamente e in modo condivisibile in senso contrario all'estensione della nullità delle singole clausole all'intero contratto, con la motivazione che l'assetto degli interessi in gioco non verrebbe pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite; in particolare, le clausole frutto di intese illecite, favorevoli alla banca, non inciderebbero sulla struttura e sulla causa del contratto, e la nullità parziale non pregiudicherebbe la posizione dei garanti, che risulterebbe meglio tutelata proprio in ragione della declaratoria di nullità parziale [118].

Una preziosa indicazione in tal senso ci viene, del resto, dal provvedimento stesso della Banca d'Italia, in funzione di Autorità Garante, che ha valutato lo schema ABI e che, fra l'altro, ha considerato illecite soltanto le tre clausole di cui sopra, confermando la piena validità per il resto del modello ABI [119]. Con quel provvedimento si è considerato da un lato, alla luce dell'istruttoria svolta, che la cosiddetta clausola "a prima richiesta" (qualificata come non anticoncorrenziale) risultava funzionale, quando non assolutamente necessaria, a garantire l'accesso al credito bancario; in sostanza, senza la clausola a prima richiesta la fideiussione non sarebbe stata accettata dagli istituti di credito e non sarebbe stato concesso il finanziamento [120]. Se quindi, in ipotesi, fosse stata colpita da nullità tale clausola, si

---

[118] Cass. civ., 26 settembre 2019, n. 24044, cit. che, come detto, ha precisato: "…*le clausole in questione erano funzionali all'interesse della banca e non dei fideiussori e che quindi, logicamente, solo la banca avrebbe potuto dolersi della loro espunzione*". Questa osservazione del S.C. – conforme all'orientamento interpretativo in base al quale la nullità totale può farsi valere solo dalla parte colpita dallo squilibrio contrattuale indotto dalla nullità parziale (ossia dalla parte privata di clausole a sé favorevoli) e non dall'altra – sembrerebbe superare l'obiezione della dottrina secondo cui non sarebbe possibile ricostruire la "volontà ipotetica" del fideiussore, perché nessuna volontà egli ha mai potuto, in realtà, manifestare, se non una mera adesione alle condizioni contrattuali unilateralmente predisposte dall'intero ceto bancario: in questo senso, CALABRESE, *Fideiussione omnibus "a valle"*, cit., p. 517 ss.

In dottrina, in senso favorevole alla posizione del S.C. nel senso della nullità parziale, v. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi, in Nuova giur. civ. comm.,* 2020, 2, p. 415 ss.

[119] V., in proposito, le osservazioni di Trib. Pavia, sez. III, 5 febbraio 2020, n. 184, cit.: "la soluzione della nullità generale del singolo contratto di fideiussione sarebbe viziata da illogicità, risultando una sanzione non proporzionata rispetto al contenuto decisionale dei provvedimenti 14251 dell'AGCM e n. 55 del 2.5.2005 di Banca d'Italia, posto che si sanzionerebbe in modo maggiormente grave il contratto 'a valle"', tra il consumatore e la banca (nullità totale) dell'intesa 'a monte' tra le banche" (nullità solo delle tre clausole in questione).

[120] Cfr. § 80 del Provvedimento della Banca d'Italia: "*La previsione di talune clausole implicanti oneri aggiuntivi a carico del fideiussore risulta coerente con l'esigenza, presente nell'ordinamento giuridico, di garantire una particolare tutela alle specificità del credito bancario, in considerazione della rilevanza per lo sviluppo economico e sociale dell'attività di concessione di finanziamenti in via professionale e sistematica svolta dalle banche. Tale esigenza viene soddisfatta, nello schema contrattuale predisposto dall'ABI, dalla clausola che dispone il pagamento del fideiussore 'a prima richiesta' della banca. Le altre clausole oggetto di approfondimento istruttorio non sono risultate altrettanto necessarie alla funzione della garan-*



sarebbe senz'altro potuto presumere che senza di essa il contratto non sarebbe stato concluso dall'intermediario. Viceversa, sempre secondo il provvedimento dell'Autorità Garante, le tre clausole considerate anticoncorrenziali non risultavano funzionali e necessarie (quindi "essenziali") per consentire l'accesso al credito bancario, mirando esclusivamente, come si è detto, a scaricare sul fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza di obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa.

A rafforzamento di tale giudizio di non essenzialità delle clausole in questione, si consideri che la clausola cosiddetta "di sopravvivenza" concerne una fattispecie di ricorrenza oggettivamente marginale nella prassi dei rapporti fra banca e cliente, ossia la nullità dell'erogazione del capitale al cliente da parte dell'intermediario (v., *supra*, § 2). La clausola cosiddetta "di reviviscenza" è a sua volta relativa a una vicenda senz'altro statisticamente più frequente nella prassi dei rapporti fra intermediario e cliente, ma comunque ben circoscritta, ossia – principalmente – la sopravvenuta inefficacia, per revocatoria, di un pagamento effettuato dal debitore principale. La clausola di deroga all'art. 1957 c.c. ha, invece, una rilevanza senz'altro maggiore nell'interesse dell'istituto di credito, consentendogli di evitare lo stretto termine di decadenza previsto dalla norma per agire giudizialmente contro il debitore principale (o il fideiussore); pur tuttavia, non va trascurato che l'assenza di tale clausola di deroga sarebbe almeno in parte compensata dalla riconosciuta operatività della clausola "a prima richiesta", che consentirebbe alla banca di rispettare il breve termine di decadenza – secondo giurisprudenza consolidata [121] – anche con una semplice diffida stragiudiziale.

Invero, parte della giurisprudenza di merito ha osservato che le clausole censurate riguarderebbero elementi, essenziali nell'economia negoziale, di efficacia sostanziale e temporale della garanzia fideiussoria per cui le clausole colpite da nullità sarebbero da reputarsi irrinunciabili per i contraenti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1419, comma 1, c.c., con conseguente nullità dell'intero contratto [122]. Tuttavia l'affermazione non pare

---

zia bancaria; in tal senso, la loro diffusione generalizzata potrebbe produrre effetti anticoncorrenziali nella misura in cui inducesse una completa uniformità dei comportamenti delle banche in senso ingiustificatamente sfavorevole alla clientela".

[121] *Ex multis*, Cass., 4 luglio 2003, n. 10574, in *Contr.*, 2004, p. 271, con nota di MONTICELLI.

[122] Trib. Belluno, 31 gennaio 2019, cit.; Trib. Salerno 5 febbraio 2020, cit.: "*…deve escludersi l'applicabilità della nullità parziale ex art. 1419 c.c. perché la gravità delle violazioni in esame, – che incidono pesantemente sulla posizione del garante, aggravandola in modo significativo – rispetto ai superiori valori di solidarietà, muniti di rilevanza costituzionale (art. 2 Cost.), che permeano tutta l'impianto dei rapporti tra privati, dalla fase prenegoziale (art. 1137 c.c.) a quella esecutiva (artt. 1175,1375 c.c.), ben giustifica che sia sanzionato l'intero agire dei responsabili di quelle violazioni; in altri termini, nell'ottica di assicu-*



sul punto sufficientemente circostanziata, alla luce di quanto sopra evidenziato.

Né si potrebbe ritenere che in tema di contratti conclusi mediante utilizzazione di moduli o formulari predisposti da una sola delle parti, le clausole così unilateralmente formate (ed eventualmente sottoposte a doppia sottoscrizione ai sensi dell'art. 1341 c.c.) siano per ciò stesso da ritenersi essenziali, con la conseguente estensione della loro eventuale nullità all'intero contratto [123]. Come osservato, in modo condivisibile, dai giudici di legittimità, anche rispetto alle clausole contenute in moduli o formulari predisposti da una delle parti deve valutarsi l'"essenzialità" della pattuizione in ipotesi nulla, ai fini della estensione della nullità, ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c.: in linea di principio, l'esigenza di un contraente (normalmente un'impresa), di disciplinare in maniera uniforme tramite condizioni generali una serie indefinita di contratti futuri investe per sua natura non soltanto il contenuto ritenuto essenziale di quei contratti, ma anche quello accessorio o marginale e non potrebbe certo ritenersi (almeno dal punto di vista del predisponente) che sia ipoteticamente voluta la nullità totale del contratto – e quindi la cessazione dell'attività di impresa (o di un settore di impresa) regolata da quelle condizioni generali – anche per la mancanza di una condizione che regoli un profilo accessorio del contratto [124].

Certamente, il fatto che, anche successivamente al provvedimento della Banca d'Italia del 2005 e alle raccomandazioni dell'ABI di eliminare le clausole anticoncorrenziali, le banche nel loro complesso – come sembra – abbiano continuato a conservare immutate

---

rare alla nullità la sua funzione 'sanzionatoria', in questo caso di comportamenti precontrattuali e contrattuali caratterizzati da contrarietà a buona fede ed ai canoni minimi di solidarietà sociale, è necessario assicurare in questo caso alla più grave forma di patologia del contratto la sua massima manifestazione, senza consentire che, in nome del principio di conservazione degli atti giuridici, possano essere salvaguardate le restanti pattuizioni o, addirittura, che si dia vita ad un'operazione 'ortopedica' di sostituzione eteronoma di clausole ex articolo 1339 c.c."; così anche Trib. Salerno, sez. I, 23 agosto 2018.

[123] Cfr. ancora Trib. Belluno, 31 gennaio 2019, cit.: l'inclusione delle clausole conformi al modello ABI nelle condizioni generali di contratto, unilateralmente predisposte dalla banca e destinate per loro natura a disciplinare in maniera uniforme quel tipo di rapporti negoziali, indurrebbe a concludere che le parti non avrebbero stipulato il negozio senza tali clausole, perché specificamente funzionalizzate al raggiungimento dell'obiettivo negoziale delle parti.

[124] Cfr. Cass. civ., 5 luglio 2000, n. 8970, in relazione a una fattispecie di concessione di credito su pegno, in cui era stata apposta sul modulo predisposto dall'istituto di credito una clausola "*omnibus*", a garanzia, oltre che di un credito sufficientemente individuato, anche di ogni altro credito che fosse eventualmente insorto a favore della banca verso il cliente, anche se non liquido ed esigibile, ed anche se assistito da altra garanzia reale o personale.

Risulta così superato l'orientamento contrario, sempre in tema di presunta essenzialità della clausola di estensione presente nelle condizioni generali del pegno *omnibus* bancario, espresso da Trib. Torino, 8 marzo 1995, in *Giur. it*., 1995, I, 2, p. 816, nota di ROSBOCH e Trib. Torino, 19 gennaio 2000, in *Giur. it*., 2000, 546, con nota di CALLEGARI.



negli anni tali clausole nei moduli di fideiussione *omnibus*, costituisce un indizio nel senso della rilevanza di tali pattuizioni nell'economia del regolamento complessivo di interessi fra le parti, ma non al punto di sovvertire il giudizio di non essenzialità suggerito dagli indizi precisi e concordanti sopra indicati.

Si osservi, in ogni caso, che nell'ipotesi di ritenuta estensione della nullità parziale all'intero contratto di garanzia, si dovrebbe considerare per coerenza che tale nullità si propaghi a sua volta al contratto principale di finanziamento, alla luce dei principi sul collegamento negoziale. Si è detto, infatti, che ai contratti collegati risulta applicabile la disposizione dell'art. 1419, comma 1, c.c., con la conseguenza che la nullità di un contratto importa la nullità dei vari contratti connessi, allorché sia stato accertato il collegamento funzionale tra i negozi stessi. Orbene, non può disconoscersi – come si è detto – che il contratto di finanziamento e il contratto di fideiussione siano inscindibilmente collegati, anche alla luce del principio di accessorietà che caratterizza tale garanzia, con la conseguenza (che sicuramente accentua gli effetti dirompenti dell'ipotesi dell'invalidità) che la dichiarata nullità totale del contratto di garanzia trascinerebbe seco la nullità del finanziamento al debitore principale.

Anche sul tema cruciale della possibile estensione della nullità parziale, il Collegio dell'ABF di Milano già richiamato (decisione n. 16558/2019) ha suggerito una soluzione diversa, improntata a criteri di originalità, che condurrebbe alla declaratoria di nullità dell'intero contratto di garanzia e che mette conto di considerare.

Secondo il Collegio, nella prospettiva di applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c. occorrerebbe tenere presente che, trattandosi nella specie di contratti di garanzia, per loro natura necessariamente accessori a un contratto principale (il contratto di finanziamento), l'operazione cui partecipa il garante si configura dal punto di vista economico unitaria. Una garanzia "più forte" consentirà di praticare al debitore principale condizioni migliori rispetto a quelle che sarebbero praticate nel caso di una garanzia "più debole". Nell'analisi della volontà presunta non si potrebbe perciò isolare quella relativa alla garanzia, ma bisogna considerare il senso economico dell'intera operazione, comprensiva delle condizioni a cui viene erogato il credito garantito. Inoltre, la verifica della presumibile effettiva volontà delle parti dovrebbe essere compiuta immaginando il contesto che sarebbe esistito in assenza dell'atto principale colpito da nullità (lo schema ABI) e, quindi, in un mercato non falsato dalla presenza dell'intesa. In particolare, afferma il Collegio "*in un contesto di disapplicazione dell'intesa nulla, e di riconosciuta nullità delle clausole in questione, il contratto non sarebbe stato concluso ad analoghe condizioni*" [125]. Dal punto

[125] Così espressamente il Collegio, p. 9 della decisione.



di vista della banca, è presumibile che la stessa avrebbe strutturato il finanziamento per il debitore principale a costi e condizioni differenti. Quanto alla prospettiva del cliente, considerata la non funzionalità delle clausole rispetto alla concessione del credito (come precisato dalla Banca d'Italia) e la conseguente varietà di offerte che avrebbe potuto trovare sul mercato, non esiste alcuna certezza che il contratto privo di quelle clausole avrebbe potuto rappresentare la migliore opzione (intesa, come si è detto, quale credito più garanzia) a sua disposizione. Il Collegio conclude nel senso che "… *un contratto identico a quello stipulato, ma privo della parte colpita nullità, da una parte non sarebbe stato probabilmente offerto e dall'altra non è detto che sarebbe stato accettato*" [126].

La suggestiva e originale soluzione del Collegio ABF di Milano, a mio avviso, difficilmente può conciliarsi con la *ratio* e il contenuto dell'art. 1419, comma 2, c.c., così come intesi nella prevalente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. La norma è chiara nel prevedere la nullità dell'intero contratto, solo se l'interprete possa ritenere, indipendentemente dal fatto che si voglia applicare il criterio soggettivo o quello oggettivo di interpretazione, che le parti non avrebbero concluso quel contratto senza le clausole colpite da nullità. La norma, in altri termini, richiede all'interprete un giudizio su una situazione netta e ben individuata: immaginare il contratto senza le clausole colpite da nullità e valutare se il contratto "resti in piedi" o meno senza quelle clausole.

L'oggetto di questa verifica – richiesta dall'art. 1419, comma 1, c.c. – deve rimanere immutato e il medesimo anche nel contesto ipotizzato dal Collegio di Milano, ossia quello di un mercato improntato alla libera concorrenza, dovendo comunque l'interprete chiedersi, solo e soltanto, se in un immaginario mercato di libera concorrenza senza le clausole nulle il contratto avrebbe comunque conservato un suo senso giuridico-economico in rapporto all'interesse delle parti. Il ragionamento del Collegio ABF sembra invece porsi su un piano diverso, essendo orientato a sostenere (ciò che in sé è assolutamente condivisibile) che in un contesto di disapplicazione dell'intesa nulla anticoncor-

---

[126] La tesi del Collegio di Milano è condivisa, in astratto, da CAMILLERI, *Validità della fideiussione* omnibus *conforme a schema-tipo dell'ABI*, cit., p. 397 ss. che però esclude, come si è visto, la nullità parziale dei contratti di fideiussione e, in giurisprudenza, è recepita pienamente da App. Bari, II sez., 15 gennaio 2020, n. 45, in *banca dati Giuffrè*. Sul tema v. anche DENOZZA [relatore, come detto, della pronuncia del Collegio ABF], *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del 'solo risarcimento' per le vittime di intese ed abusi*", in *Nuova giur. civ. comm*., 2020, 2, p. 406 ss.

Il Collegio ha invece respinto le domande di risarcimento dei danni avanzate dal ricorrente, ritenendo che il medesimo "*non abbia provato né l'esistenza di un effettivo danno emergente (tale non potendosi evidentemente considerare l'ipotetico "costo" delle fideiussioni), né una qualche forma di lucro cessante, né, in generale, la ricorrenza di danni che possano essere considerati come causalmente cagionati dal comportamento della convenuta*".



renziale le parti non avrebbero presumibilmente concluso il medesimo contratto di garanzia (e di finanziamento) di cui oggi si discute, ma un contratto con un contenuto e condizioni in parte diversi. Ciò non appare però sufficiente per fondare la regola di estensione della nullità parziale, anche perché – su un piano generale – si potrebbe osservare che qualsiasi clausola contrattuale ha normalmente un'incidenza più o meno rilevante sulle condizioni complessive (soprattutto economiche) del negozio, sì che in assenza di quella clausola il contratto sarebbe stato pattuito a condizioni diverse.

Pare quindi di poter concludere, sul punto, che proprio la "non funzionalità" all'accesso del credito, per usare l'espressione dell'Autorità Garante, delle clausole in questione (ossia la loro non essenzialità nel contratto di garanzia – dal punto di vista della banca – in relazione alla concessione del credito), se da un lato può giustificare quanto afferma il Collegio ABF di Milano circa il fatto che – in un regime di libera concorrenza – le parti avrebbero concluso l'operazione a condizioni e con clausole diverse, da altro lato non consente di riscontrare (anche immaginando un contesto di libera concorrenza) quanto previsto dall'art. 1419, comma 1, c.c. ai fini dell'estensione della nullità parziale, ossia che il contratto, secondo il criterio oggettivo maggiormente adottato in questo campo, senza le clausole nulle sarebbe rimasto privo di senso e utilità.

11. – Come emerso dalla trattazione fin qui condotta, è chiaro che l'illiceità (in chiave anticoncorrenziale) delle tre clausole in questione, indipendentemente dalla controversa questione se siano anche affette da nullità (suscettibile eventualmente di propagarsi all'intero contratto), legittima il garante, in base alla normativa *antitrust* (in particolare, art. 33), a richiedere il risarcimento del danno, naturalmente ove concretamente provato secondo i principi generali [127]. Il risarcimento del danno costituisce l'unico rimedio a disposizione del garante nel caso di ritenuta validità del singolo contratto di fideiussione "a valle" e assume quindi, almeno sul piano teorico, un rilievo centrale. Per l'ipotesi di ritenuta nullità, si intende che il fideiussore chiamato in giudizio per l'adempimento non chiederà, normalmente, il risarcimento del danno ove sia liberato dall'obbligazione (liberazione che avviene senz'altro in caso di nullità totale e, può avvenire in caso di nullità solo parziale ove l'azione della banca si basi proprio sulle clausole ritenute nulle) [128]; il

[127] Come detto (v., *supra*, § 7), ciò presuppone però – almeno secondo un orientamento interpretativo – che sia accertata con riferimento al singolo contratto di fideiussione un contesto di applicazione uniforme delle suddette clausole.

[128] Ma questa considerazione vale appunto in una prospettiva patologica del rapporto, in cui la nullità sia



garante potrebbe invece essere interessato a chiedere il risarcimento del danno ove non sia liberato in conseguenza della nullità solo parziale, non risultando le clausole illecite azionate in giudizio [129].

Conviene soffermarsi sull'ipotesi in cui il fideiussore intenda chiedere il risarcimento del danno per l'illiceità delle tre clausole, ipotizzando che non risulti nullo, né totalmente né parzialmente, il contratto [130].

Il diritto del fideiussore al risarcimento del danno troverebbe la sua giustificazione nel fatto che l'intesa avente ad oggetto il modulo ABI, e dichiarata illecita dall'Autorità Garante, ha determinato – come si è visto – una uniformità delle condizioni dell'offerta sul mercato in senso deteriore per lo stesso garante; lo ha costretto a concludere un contratto a condizioni più onerose di quelle che avrebbe potuto ottenere su un mercato concorrenziale, comprimendo illegittimamente la sua libertà di autodeterminazione negoziale e pregiudicando la sua libertà contrattuale di scegliere un contratto con un contenuto e condizioni diversi [131].

Nel caso in cui si ritenga che il singolo contratto di fideiussione "a valle" sia valido, ricorrerebbe la fattispecie, di recente elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, della cosiddetta responsabilità precontrattuale (della banca) da contratto valido, ma sconveniente o meno conveniente (per il fideiussore) di quanto sperato, perché stipulato "a valle" del contegno sleale di uno dei contraenti [132], figura ravvisabile ad esempio – oltre che nella situa-

---

eccepita dal garante che è stato chiamato in giudizio per il pagamento del debito principale. Già dovrebbe farsi altro discorso, se la nullità del contratto venga chiesta da una delle parti subito dopo la stipulazione o nella fase fisiologica dell'esecuzione.

[129] Su un piano generale, per quanto concerne il fondamento del diritto al risarcimento del danno, in caso di ritenuta nullità totale o parziale del singolo contratto "a valle", si dovrebbe configurare secondo un'autorevole opinione una responsabilità precontrattuale *ex* art. 1338 c.c., per omessa comunicazione alla controparte della cause di invalidità del contratto conosciute o conoscibili secondo l'ordinaria diligenza, così da suscitare in quest'ultima l'affidamento incolpevole nella validità del contratto: v. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che* antitrust, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 452. Sul tema dell'art. 1338 c.c. v. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, cit., p. 105 ss.

Qui non dovrebbe applicarsi il tradizionale limite dell'art. 1338 c.c., per cui esso non dovrebbe operare per la causa di invalidità derivante da una norma imperativa o proibitiva di legge, tali cioè da essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini (v. ad es. Cass., civ., 18 maggio 2016, n. 10156), considerato il carattere riflesso della eventuale nullità del singolo contratto "a valle" e, comunque, il carattere occulto dell'intesa "a monte".

[130] Come detto, il fideiussore avrebbe interesse al risarcimento del danno anche per il caso di nullità parziale, ove non risulti liberato dalla sua obbligazione, anche se qui il modello di responsabilità e di risarcimento del danno da seguire sarebbe quello dell'art. 1338 c.c. Nel senso che l'art. 1338 c.c. si applichi anche all'ipotesi di nullità parziale del contratto, v, Cass. civ., 8 luglio 2010, n. 16149, in *Fam. e dir.*, 2011, 2, 137, nota di OBERTO; *Foro pad.*, 2011, 1, 15, nota di ZENNARO.

[131] Al di fuori del tema delle fideiussioni ABI, cfr. Coll. ABF Napoli, decisione 16 febbraio 2015, n. 1126, relativa a un caso in cui un'intesa "a monte" fra istituti di credito aveva determinato un significativo e generalizzato incremento dei costi del servizio (commissioni per disposizioni RID).

[132] In tal senso, ancorché in relazione ad altra situazione di specie, v. Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19024.



zione di specie – nell'ipotesi di violazione di obblighi informativi previsti da norme imperative c.d. di comportamento e non presidiati da nullità testuale [133]. Tale rimedio "correttivo" risulterebbe azionabile ogni qualvolta un contratto presenti condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se una parte non avesse tenuto un comportamento contrario a buona fede nella fase delle trattative. In dette situazioni, su un piano generale, il risarcimento non potrà essere commisurato al c.d. interesse negativo (a non essere coinvolti in trattative o stipulazioni risultate inutili e dispendiose), posto che il contratto è stato validamente concluso, sia pure a condizioni diverse da quelle alle quali esso sarebbe stato stipulato in assenza del comportamento scorretto. Il risarcimento del danno precontrattuale dovrà essere ragguagliato "*al minor vantaggio o al maggior aggravio economico*" [134] determinato dal contegno sleale di una delle parti ovvero dalle deteriori condizioni imposte in senso contrario alla buona fede: il danno è cioè pari alla differenza (scarto di convenienza) tra le condizioni del contratto stipulato in virtù della scorrettezza precontrattuale e quelle del contratto che sarebbe stato stipulato senza tale scorrettezza [135].

Ciò chiarito sul piano teorico, va però riscontrato che nella fattispecie delle fideiussioni ABI, la tutela risarcitoria risulta, almeno *prima facie*, davvero di ardua applicazione, sotto due diversi profili.

Innanzitutto, è un dato di fatto che qui verrebbe contestata un'intesa collusiva che non ha inciso su prezzi o condizioni economiche, ma su condizioni puramente contrattuali, con conseguente incertezza sull'*an* e sul *quantum* dei danni risarcibili [136]. Deve, infatti, essere tenuto ben presente che la fideiussione (in particolare, quella *omnibus*) viene normalmente prestata a favore della banca senza alcun corrispettivo e quindi senza alcun costo "vivo" per il fideiussore, posto che quest'ultimo è cointeressato in qualità di socio d'affari o di parente del debitore principale alla concessione del finanziamento [137] (come è noto, solo le garanzie autonome in senso proprio – tra cui le polizze fideiussorie – vengono rilasciate da

---

[133] Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, 3, I, 784, nota di SCODITTI.

[134] Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24795; cfr. anche Cass. civ., 23 marzo 2016, n. 5762.

[135] ROPPO, *Il contratto*, cit., p.187.

[136] Cfr. GENTILI, *La nullità dei 'contratti a valle' come pratica concordata*, cit., p. 675 ss., § 4.7 e, *ivi*, nota 64: le clausole in questione sono di tipo normativo e pregiudicano il patrimonio giuridico ma non il patrimonio economico del fideiussore, non comportando per esso alcun danno emergente o lucro cessante.

Si è visto, del resto, che lo stesso Collegio di Milano, pur favorevole a una tutela, tendenzialmente, "a tutto campo" del garante non ha ritenuto fondate le domande di risarcimento dei danni avanzate dal ricorrente fideiussore.

[137] Cfr. provvedimento n. 55 della Banca d'Italia, § 62: "*Nella maggior parte dei casi il fideiussore è una persona che ha un interesse diretto all'erogazione del finanziamento e, pertanto, non richiede un corrispettivo economico al debitore della banca. Di norma, si tratta di un congiunto dell'imprenditore che presta la garanzia a favore dell'impresa familiare gestita da quest'ultimo*".



banche o compagnie di assicurazione in cambio di una commissione quale corrispettivo per il servizio professionale di intermediazione svolto). Quindi è da escludere che il garante possa lamentare un danno *sub specie* di maggiori costi "vivi" subiti per effetto delle clausole illecite imposte dall'intesa anticoncorrenziale "a monte" [138].

Inoltre, sempre in una prospettiva squisitamente economico-patrimoniale, se si parte dal presupposto – invero non certo nella prassi – che quanto più sono stringenti gli obblighi contrattuali imposti al fideiussore, tanto meno sono onerose le condizioni economiche del finanziamento per il debitore principale (ad esempio, in termini di tasso di interessi) [139], si potrebbe addirittura pensare che, per effetto di quella clausole più onerose per il garante, il debitore principale ha ottenuto un finanziamento a condizioni economiche meno pesanti, ciò che in un certo senso finirebbe per avvantaggiare lo stesso fideiussore, cointeressato al finanziamento!

Alla stregua di quanto sopra, l'indicazione giurisprudenziale secondo cui il risarcimento del danno precontrattuale da contratto valido deve essere ragguagliato al minor aggravio economico del contratto che sarebbe stato concluso senza contegno sleale di una delle parti, fatica a trovare appigli nella fattispecie delle fideiussioni conformi al modello ABI [140]. Si può solo osservare che le clausole anticoncorrenziali in questione (sul cui contenuto e finalità rinvio a quanto scritto, *supra*, nel § 2) sono volte complessivamente a dilatare l'efficacia, soprattutto temporale, della garanzia (il fideiussore, con la

---

[138] Nel caso, invece, deciso dal Coll. ABF Napoli, n. 1126 del 16 febbraio 2015, venendo in considerazione un'incidenza della intesa illecita "a monte" sui costi del servizio reso dall'intermediario, risultati maggiorati per effetto di quell'intesa, pur ritenendosi come detto valido il contratto con il cliente finale, si è potuto riconoscere il diritto dello stesso a una riduzione del *surplus* di costo del servizio determinato dall'intesa illecita "a monte".

[139] Cfr. Coll. Milano ABF, n. 16558/2019: "*…è da ritenere che il prezzo del credito dipende e varia, non solo in rapporto alle sue caratteristiche intrinseche, ma anche in rapporto a quelle della garanzia da cui venga, originariamente o successivamente, assistito. Una garanzia 'più forte' consentirà di praticare al debitore principale condizioni migliori rispetto a quelle che sarebbero praticate nel caso di una garanzia 'più debole'*".

Nel Provvedimento n. 55 della Banca d'Italia § 62 si afferma, però, che "*Il garante può tuttavia essere estraneo all'attività dell'impresa e in ogni caso il suo patrimonio rimane distinto da quello del garantito; non può affermarsi, quindi, che l'eventuale onere sostenuto dal fideiussore ricada sul debitore incidendo sul costo complessivo del finanziamento*". Cfr. anche il parere dell'AGCM, Provvedimento n. 14251 del 20 aprile 2005, § 43: "*Non appare significativo lo studio della relazione che vige fra i tassi medi di interesse praticati e l'esistenza di una garanzia personale. Risulta, infatti, dal campione di banche censite, che non esiste una relazione univoca, per effetto della quale in presenza di garanzie personali i tassi di interesse sono maggiori o minori che in assenza di esse*".

[140] *È evidente come l'individuazione di tale minore aggravio economico virtuale postuli la fictio iuris della conclusione di un contratto diverso da quello in concreto stipulato. Nel caso delle fideiussioni ABI, si dovrebbe ipotizzare – in un contesto di libera concorrenza – il minor aggravio economico di un contratto, ad esempio, senza clausola di deroga all'art. 1957 c.c., senza clausola di reviviscenza o di sopravvivenza, o comunque con pattuizioni sul punto meno onerose per il garante.*



clausola di deroga dell'art. 1957 c.c. è tenuto al pagamento del debito altrui anche dopo il decorso dei sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale; con quella di reviviscenza è tenuto ad adempiere anche dopo che il debitore principale ha già pagato, se successivamente il pagamento in tutto o in parte venga revocato; la clausola di sopravvivenza assicura la permanenza della garanzia anche in caso di mancanza dell'obbligazione principale, nei limiti già illustrati). Ponendosi nella prospettiva del momento in cui viene stipulata la fideiussione, queste condizioni contrattuali potrebbero, seppure solo indirettamente, avere riflessi economici negativi sulla posizione del garante, costringendolo – in funzione della garanzia dell'adempimento del debito altrui – a predisporre misure per tenere "bloccate" e indisponibili le sue risorse patrimoniali per un tempo più lungo (e sotto certi profili anche in una quantità più ampia [141]) rispetto a quanto sarebbe risultato necessario senza le suddette clausole, con possibili pregiudizi di natura patrimoniale (danni eventualmente da liquidarsi in via equitativa, se venga provato almeno l'*an* del pregiudizio in questione). Quanto all'incidenza delle clausole in questione sull'esecuzione del contratto, ove all'esito della controversia il garante risulti tenuto a pagare una somma inferiore rispetto all'ammontare del debito preteso dal creditore, tali clausole possono avere costretto il garante a tenere immobilizzate risorse patrimoniali per un tempo più lungo del necessario, con perdita della possibilità di altri impieghi di tali risorse, oppure (anche in caso di pagamento integrale) possono avere impedito o reso più difficile un eventuale esercizio del diritto di regresso verso il debitore principale.

In alternativa, e in modo più semplice, si potrebbe pensare, come soluzione praticabile, a una liquidazione in via equitativa *ex* art. 1226 c.c. di una somma come perdita di chance [142], per non avere potuto il fideiussore scegliere liberamente sul mercato un contratto di garanzia a condizioni per lui più favorevoli e meno onerose [143].

---

[141] Si è detto, ad esempio (v., *supra*, § 2), che per effetto della clausola di reviviscenza in tutti i casi in cui il debitore agisca nei confronti della banca ottenendo la restituzione di quanto abbia eventualmente pagato in eccedenza rispetto al dovuto, il fideiussore sarebbe comunque obbligato a rimborsare alla banca le somme che la stessa risulti tenuta a restituire all'originario debitore, senza poter far valere le eccezioni spettanti al debitore.

[142] In generale, sulla liquidazione in via equitativa del danno da perdita di chance, v. Cass. civ., 8 giugno 2018, n. 14916.

[143] Per un caso di pratica commerciale scorretta nel quale è stata liquidata equitativamente una somma come perdita di chance per non avere potuto il consumatore scegliere liberamente sul mercato a condizioni migliori, v. Coll. Milano ABF, 16 marzo 2015, n. 1899.

JUS CIVILE



ROCCO ALESSIO ALBANESE

Assegnista di ricerca – Università di Torino

LOTTIZZAZIONI, CONVENZIONI E CONFISCHE IN PROSPETTIVA CIVILISTICA. LA TUTELA DI PAESAGGI E PROPRIETÀ TRA ORDINAMENTO NAZIONALE E GIURISPRUDENZA CONVENZIONALE

SOMMARIO: *1. Introduzione e obiettivi del presente lavoro. – 2. Lottizzazioni, convenzioni e confische. Cenni sulla normativa italiana. – 3.* Segue*. I rimedi contro le lottizzazioni convenzionate abusive. – 4. Da Sud Fondi a Varvara: breve cronistoria di una polemica tra Corti e ordinamenti. – 5.*Segue*. La sentenza n. 49/2015 della Corte Costituzionale e la sentenza G.I.E.M. – 6. Lo statuto della confisca urbanistica tra rigidità e aporie nazionali ed europee. – 7. La confisca della proprietà per lottizzazione abusiva: un dispositivo irragionevole e poco efficace. – 8. Un approccio civilistico rinnovato per uscire dall'impasse. La rilevanza dei beni comuni. – 9.* Segue*. Le lottizzazioni abusive nella prospettiva dei beni comuni. – 10. Su alcuni rimedi esperibili a tutela delle utilità paesaggistiche e ambientali. – 11. Conclusioni*

1. – Il presente lavoro costituisce un'indagine sulle complesse relazioni tra attività lottizzatoria convenzionata, lottizzazioni abusive, confisca della proprietà e tutela del paesaggio. La prospettiva di analisi è quella civilistica: in particolare, l'approccio adottato intende prestare la massima attenzione agli aspetti ecologici della vita associata, prospettando una teoria dei beni più sofisticata e caratterizzata dalla rilevanza della dimensione sovra-individuale delle utilità [1].

La materia che ci si accinge a trattare è assai nota, in quanto costituisce uno dei principali gangli del diritto urbanistico italiano; ma da più di dieci anni si caratterizza per una rinnovata e crescente attualità. Infatti, attorno alle sanzioni predisposte dalla legislazione nazionale per reprimere gli abusi nell'attività lottizzatoria [2] – in particolare quella che si

[1] Per l'apertura di prospettive di indagine sintetizzate nella locuzione "ecologia del diritto", v. F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, San Sepolcro, 2017; nonché U. Mattei, A. Quarta, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, San Sepolcro, 2018. V. inoltre A. Gambaro, *I beni*, in Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012.

[2] A partire dall'entrata in vigore dell'articolo 18, comma 1 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 (oggi ar-



fonda su convenzioni tra proprietà private e pubbliche amministrazioni – si è sviluppata negli ultimi anni una vera e propria "saga", che ha visto i giudici di Strasburgo ingaggiare con dottrina e corti nazionali un dialogo piuttosto polemico.

Nelle loro linee essenziali, i termini della questione sono noti. Mobilitando disposizioni cruciali nel sistema convenzionale, quali gli articoli 7 e 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)[3] e l'articolo 1 del primo Protocollo aggiuntivo (P-1)[4], la Corte EDU ha censurato in tre occasioni – nel 2009 il caso Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia (Sud Fondi); nel 2013 il caso Varvara c. Italia (Varvara); il 28 giugno 2018, la più recente decisione G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia (G.I.E.M.) resa dalla *Grand Chamber*[5] –

---

ticolo 30, comma 1, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, T.U. Edilizia) «si ha lottizzazione (…) di terreni a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi (…); nonché quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio».

[3] L'art. 7 della CEDU («nulla poena sine lege») statuisce al primo paragrafo che «[n]essuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso». Secondo l'articolo 6 della CEDU («diritto a un equo processo»), «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. (…). 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza».

[4] L'articolo 1 P-1 («protezione della proprietà») recita, com'è noto, che «[o]gni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende». Per un recente aggiornamento del largo dibattito su questa disposizione e sulle sue possibili interpretazioni, sia consentito il rinvio a U. Mattei, R.A. Albanese, R.J. Fisher, *Commons as* possessions*. The path to protection of the commons in the ECHR system*, in *European Law Journal*, 2019, pp. 230-250.

[5] Le sentenze della Corte EDU sono agevolmente reperibili sul database HUDOC, consultabile online (ultimo accesso il 12 settembre 2018). Per il presente lavoro ci si è avvalsi delle redazioni in lingua francese e inglese. L'analisi delle sentenze menzionate e dei dibattiti che esse hanno generato è contenuta *infra* nel testo.



l'istituto della confisca urbanistica disposta dal giudice penale, previsto dall'ordinamento italiano quale sanzione delle attività di lottizzazione abusiva [6]. Come si vedrà l'arresto nel caso G.I.E.M. può ritenersi, in particolare, un esempio di "diplomazia interpretativa", con il quale i giudici di Strasburgo hanno inteso rispondere alla sentenza n. 49/2015 della Corte Costituzionale: pronuncia, questa, con cui la Consulta aveva a sua volta tentato di preservare un equilibrio precario, garantendo allo stesso tempo margini di effettiva operatività alla confisca urbanistica senza sconvolgere le relazioni giuridiche e istituzionali tra giudici nazionali e Corte EDU [7].

A fronte di una simile *querelle* tra Corti e ordinamenti, occorre riconoscere che lo stato della discussione sui problemi agitati dalle lottizzazioni convenzionate e dalla confisca urbanistica appare piuttosto insoddisfacente, in quanto caratterizzato da approcci per lo più riduzionisti. Da un lato si tende a dare il benvenuto alla giurisprudenza della Corte EDU, sposando in maniera forse frettolosa la ricostruzione della confisca come *penalty* riconducibile all'art. 7 CEDU. Dall'altro lato ci si ritrae con reazioni "campanilistiche", che accusano i giudici di Strasburgo di smantellare l'apparato normativo nazionale eretto (in materia urbanistica/edilizia) a tutela di paesaggio ed ecosistemi e giungono a invocare, *ex* artt. 9, comma 2 e 42, comma 2, Cost., l'attivazione dei "contro-limiti" a difesa del sistema costituzionale italiano [8].

---

[6] Si veda oggi l'art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, T.U. Edilizia. In passato il riferimento normativo era l'articolo 19 della legge 28 febbraio 1985, n. 47. Uno degli obiettivi di questo lavoro è proprio una discussione critica del diritto legislativo italiano in materia di lottizzazioni convenzionate.

[7] Tra i plurimi interventi relativi alla sentenza n. 49 si vedano, per lo meno: G. Repetto, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2, pp. 411-421; V. Mongillo, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2, pp. 421-432; D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: «il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2015, pp. 400-405. Assai importante l'approfondimento dedicato alla decisione da *Diritto Penale Contemporaneo*, con numerosi contributi rilevanti contenuti nel fascicolo 2/2015 della rivista (consultabile all'indirizzo http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljustice network.eu/it/archivio/rivista-trimestrale-2-2015; ultimo accesso il 22.03.2019): M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra costituzione, CEDU e diritto vivente*, pp. 288-302; G. Martinico, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, pp. 303-317; D. Pulitanò, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questini lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, pp. 318-324; A. Ruggeri, F*issati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, pp. 325-332; F. Viganò, *La consulta e la tela di Penelope*, pp. 333-343. Per uno sguardo complessivo v. ancora V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, consultabile all'indirizzo https://www.penalecontemporaneo.it/d/3837-la-confisca-senza-condanna-al-crocevia-tra-roma-e-strasburgo-il-nodo-della-presunzione-di-innocenza (ultimo accesso il 22.03.2019).

[8] Per un approccio di apertura nei confronti degli orientamenti promossi dalla Corte EDU, v. C. Tenella



In un tale contesto, il presente lavoro adotta un punto di vista squisitamente civilistico allo scopo di offrire, sotto due aspetti connessi e interferenti, un contributo ricostruttivo al problema trattato. Anzitutto, il profilo della tutela costituzionale della proprietà è ricondotto alla dimensione pluralistica ricostruita, a partire dalle sentenze gemelle n. 348 e 349 rese nel 2007 dalla Corte Costituzionale, per inquadrare lo statuto della CEDU (e delle sentenze che la interpretano) nel "sistema" di fonti del diritto operanti in Italia [9]. In secondo luogo, e soprattutto, una prospettiva civilistica sufficientemente problematica sembra facilitare – anche sul terreno rimediale – la ricerca di un soddisfacente equilibrio nella dialettica tra lottizzazione abusiva, confisca della proprietà e tutela del paesaggio. A ben vedere, le condanne irrogate dalla Corte EDU ai danni della Repubblica italiana costringono l'interprete ad aggiornare le riflessioni sulla tenuta che la confisca (specie

---

Sillani, *Panoramica del diritto di proprietà*, in AA.VV., *Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI. Atti del convegno svoltosi a Milano dall'8 al 9 novembre 2012*, Milano, 2013, pp. 53-68; R. Rolli, *La proprietà come diritto dell'uomo?*, in *Contratto e Impresa*, 2011, pp. 1014-1075. Altri autori esprimono, al contrario, forti riserve: v. C. Salvi, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2009, pp. 409-430; Id., *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Europa e diritto privato*, 2011, pp. 437-458; v. inoltre G. Ramaccioni, *"Ecomostro" e diritti umani*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2009, pp. 501-512. Per l'orientamento che, prendendo congedo da impostazioni dualistiche, ricostruisce la protezione multi-livello dei diritti in un'ottica di complessità e di unitarietà ordinamentale, v. P. Perlingieri, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008.

[9] Le decisioni "gemelle" n. 348 e 349 del 2007, così come le successive sentenze gemelle n. 311 e 317 del 2009, sono state notoriamente cruciali per comprendere l'approccio adottato dalla Corte Costituzionale italiana nei riguardi tanto della qualificazione della CEDU come fonte del diritto, quanto dello statuto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Allude a una giurisprudenza costituzionale «di passaggio», intuendo la futura rilevanza delle sentenze di rigetto per inammissibilità (in difetto di interpretazione conforme), A. Ruggeri, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in *Politica del diritto*, 2008, 3, pp. 443-460. V., inoltre, P. Perlingieri, *Leale collaborazione*, cit.. Una indagine d'insieme è svolta da I. Carlotto, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte Costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *Politica del diritto*, 2010, 1, pp. 41-100 (parte I) e in *Politica del diritto*, 2010, 2, pp. 285-317 (parte II). Più di recente, v. A. Guazzarotti, *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze "gemelle" della Corte Costituzionale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2018. Sull'attuale, "disordinato", discorso sulle fonti del diritto la bibliografia è sterminata: per tutti si rinvia, qui, a U. Breccia, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Politica del diritto*, 3/2006, pp. 361-384. Con approccio tanto convincente quanto foriero di complessità, inscrive le fonti europee nei meccanismi di tutela costituzionale della proprietà A. Gambaro, *Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2/2010, pp. 115-132. V. anche A. Gambaro, *La dinamica dei princìpi: due esempi ed una ipotesi*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche – nuova serie*, 2014, numero speciale: I principi nell'esperienza giuridica. Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Roma, 14-15 novembre 2014, pp. 209-226. Non meno importante, da ultimo, il contributo in questa materia di L. Nivarra, *La proprietà europea tra controriforma e «rivoluzione passiva»*, in *Europa e diritto privato*, 3/2011, pp. 575-624.



quella disposta dal giudice penale) ha quale istituto cardine del diritto urbanistico italiano. Storicizzare e contestualizzare l'istituto consente a questo studio di mostrare in maniera peculiare gli elementi di obiettiva fragilità e irragionevolezza del diritto positivo italiano in materia di lottizzazione abusiva. Nondimeno, ricostruire la *ratio* di questa disciplina a partire da cruciali istanze di tutela delle utilità paesaggistiche (di carattere diffuso, collettivo, inclusivo) può condurre oggi a valorizzare la categoria dei beni comuni, il che permette di non ratificare le conclusioni della giurisprudenza di Strasburgo. La considerazione di paesaggio ed ecosistemi quali beni comuni sembra anzi illuminare, proprio sul terreno degli assetti proprietari, così caro alla Corte EDU, aspetti aporetici della giurisprudenza europea in materia di lottizzazione abusiva.

Si tratta allora di uscire dall'*impasse* generata dal "dialogo" tra giudici di Strasburgo e corti nazionali, emancipando l'analisi giuridica da approcci informati al solo diritto penale e fedeli alla rigida (e ormai mitologica) *divisio* pubblico/privato [10]. Come risulta evidente nei casi più delicati – ossia quelli in cui è presente una convenzione tra proprietà private e amministrazioni pubbliche –, l'attuale funzionamento della confisca urbanistica non può essere ritenuto soddisfacente. Esso, di per sé, non garantisce in alcun modo che al trasferimento coattivo e gratuito della proprietà seguano la demolizione degli abusi e il ripristino dello stato dei luoghi, ossia le attività che più danno corpo alla tutela di paesaggi e territori. Di conseguenza, emerge l'opportunità di discutere in modo preciso di quali possano essere i rimedi più efficaci ad assicurare protezione e riproduzione di *habitat* ed ecosistemi. La rilevanza dei beni comuni e il ricorso a un rimedio come la denuncia di nuova opera (art. 1171 c.c.) suggeriscono, ad avviso di chi scrive, percorsi ricostruttivi che, ponendosi accanto e oltre il deludente dato legislativo e operando in maniera efficace, potrebbero – in attesa di una auspicabile revisione della legislazione urbanistica statale – perfino limitare le occasioni di intervento della Corte EDU, così sdrammatizzando la polemica tra CEDU e ordinamento italiano

2. – Rievocando lo stato degli studi sulle trasformazioni urbanistiche di matrice convenzionale negli anni immediatamente antecedenti all'approvazione della legge 17 agosto 1942, n. 1150 (legge urbanistica fondamentale, d'ora in avanti l.u.), Massimo Severo Giannini po-

[10] V. P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007. Quanto alla (davvero *summa*, ossia fondativa) *divisio* pubblico/privato, per tutta la sterminata produzione scientifica in materia ci si limita a segnalare: S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milano, 1964, *ad vocem*; U. Breccia, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1989, pp. 191-219; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011.



teva rilevare, in maniera tanto ironica quanto immaginifica, che «[c]omunque urbanisticamente apprezzabili o no, le centauresse che erano le convenzioni urbanistiche manifestavano una perseverante presenza di deità reggenti, potenti ma amiche dell'ombra» [11].

Il lemma *centauresse*, impiegato dal grande Maestro per catturare la singolarità dell'istituto delle convenzioni urbanistiche, è divenuto un riferimento usuale nella letteratura amministrativistica, così come negli studi civilistici che non hanno rinunciato a contribuire – con il bagaglio di categorie e strumenti offerto dal diritto privato – alle discussioni sulla vita e sulle trasformazioni dei sistemi urbani e dei territori [12]. Del resto

---

[11] M.S. Giannini, *Prefazione*, in V. Mazzarelli, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979, p. 6.

[12] La letteratura in materia di convenzioni urbanistiche e, più in particolare, di lottizzazioni convenzionate è sterminata. A mero titolo esemplificativo, si vedano peraltro: AA.VV., *Il piano di lottizzazione oggi; Le nuove leggi ospedaliere. Atti del XV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 18-21 settembre 1969*, Milano, 1971; A. Gambaro, *Proprietà privata e disciplina urbanistica*, Bologna, 1977; V. Mazzarelli, *Le convenzioni*, cit.; T. Galletto, *Le convenzioni urbanistiche*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1989, II, p. 117 ss.; R. La Barbera, *L'attività amministrativa dal piano al progetto*, Padova, 1990; A. Candian, A. Gambaro, *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, 1992; M. Costantino (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1995 (rist.); P. Urbani, S. Civitarese Matteucci (a cura di), *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica. Nuovi moduli convenzionali*, Torino, 1995; A. Sandulli, *Le convenzioni di lottizzazione: natura e tutela*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1995, 4, p. 416 ss.; A. Travi, *Piano di lottizzazione e comparti edificatori*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1996, *ad vocem*; V. Mazzarelli, *Convenzioni urbanistiche*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, V, Milano, 2001, pp. 294-303; P. Urbani, *Pianificare per accordi*, in *Riv. giur. edilizia*, 4/2005, p. 177 ss.; A. Marra, *L'interesse dei terzi nelle convenzioni di lottizzazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2006, p. 736 ss.; P. Urbani, *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011; A. Gambaro, U. Morello (a cura di), *Trattato dei diritti reali, vol. IV, Proprietà e pianificazione del territorio*, Milano, 2012; G. Durano, *La disciplina degli accordi amministrativi e il loro utilizzo quale strumento di gestione e pianificazione del territorio*, in P. Urbani (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino, 2015, pp. 299-324; R. Martuscelli, *Profili delle convenzioni di lottizzazione nel quadro dell'amministrazione per accordi*, consultabile all'indirizzo http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/martuscelli_contratti.pdf (ultimo accesso 04.06.2019); P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2017; F.G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, I, Torino, 2018. Per una prospettiva di indagine più ampia, ossia relativa alla materia degli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni – di cui le convenzioni di lottizzazione sono ritenute figura esemplare – v., tra i moltissimi: A. Amorth, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. Pubblico*, 1938, pp. 455-556; P. Virga, *Contratto di diritto pubblico (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, *ad vocem*; F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo (Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico)*, Torino, s.d. (ma 1965); F.P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1971, pp. 1469-1509; G. Barbagallo, E. Follieri, G. Vettori (a cura di), *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995; E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, V, Milano, 2001, pp. 1-34; G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; V. Mengoli, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2003; V. Cerulli Irelli, *Note critiche*



una tale fortuna è ben comprensibile, poiché questa immagine è capace di alludere al difficile inquadramento teorico di un istituto che deve senz'altro annoverarsi tra i più longevi e indiscussi protagonisti dei processi di urbanizzazione occorsi in Italia. Come è emerso grazie a studi ormai classici, la diffusione delle convenzioni urbanistiche – e tra di esse, in particolare, delle convenzioni di lottizzazione – può farsi risalire agli ultimi decenni del XIX secolo [13]. È ormai noto, infatti, che all'indomani dell'unificazione strumenti convenzionali furono usati per organizzare e regolare la maggior parte dei programmi di urbanizzazione che interessarono le città italiane, investite da processi di modernizzazione stimolati dall'industrializzazione e da significative dinamiche demografiche e migratorie. Già in quegli anni tali convenzioni mostravano uno straordinario tasso di ambiguità: presentavano (donde il *nomen iuris* affermatosi) una indubbia struttura negoziale, sebbene avessero a che fare con l'urbanizzazione e la trasformazione delle città, ossia con attribuzioni senz'altro riservate alle pubbliche amministrazioni; erano pensate e usate come contratti, ma allo stesso tempo rilevavano quali moduli atti a organizzare efficacemente l'esercizio di poteri e funzioni amministrativi; erano suscettibili di esprimere ragionevoli assetti sinallagmatici (con i lottizzatori privati che, pur perseguendo obiettivi imprenditoriali, si impegnavano a effettuare importanti opere di urbanizzazione), e però risultavano spesso veicoli di fenomeni corruttivi e di speculazione immobiliare [14].

Simili peculiarità possono forse spiegare due caratteristiche dell'evoluzione che il regime delle convenzioni urbanistiche ebbe nella prima metà del Novecento. Anzitutto, la costruzione istituzionale dello Stato di diritto amministrativo, e dunque dello Stato-apparato, comportò una "pubblicizzazione" dei processi di trasformazione urbanistica. In tal senso il momento convenzionale risultò, almeno sul piano declamatorio, ridimensionato a vantaggio della centralità del provvedimento espressivo della volontà dei poteri pubblici: la conseguenza di ciò fu, nel 1942, lo strabiliante silenzio serbato dalla l.u. sulle convenzioni urbanistiche [15]. Com'è noto, la zona d'ombra che minava il diritto urbani-

---

in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali, in *Dir. Amm.*, 2/2003, pp. 217-276; M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2010, 1, p. 270 ss.

[13] V. V. Mazzarelli, *Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi. Notazioni storiche*, in M. Costantino (a cura), *Convenzioni urbanistiche*, cit., pp. 67-89; ead., V. Mazzarelli, *Le convenzioni*, cit.; R. La Barbera, *L'attività amministrativa*, cit.

[14] A riguardo della "prima stagione" delle convenzioni urbanistiche v. V. Mazzarelli, *Convenzioni urbanistiche come contratti*, cit., pp. 67-74. Per due contributi non squisitamente giuridici, ma assai significativi dal punto di vista urbanistico e storico, v. F. Sullo, *Lo scandalo urbanistico*, Firenze, 1964; E. Salzano, *Fondamenti di urbanistica. La storia e la norma*, Roma-Bari, 2016.

[15] Quanto alle traiettorie storiche evocate, v. i classici lavori di M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, Mila-



stico italiano fu illuminata soltanto dopo venticinque anni di elusioni e danni, spesso irreversibili [16]. L'articolo 28 della l.u. fu riscritto grazie alla legge 6 agosto 1967, n. 765 (c.d. legge Ponte). In seno a un intervento normativo di indubbia ispirazione riformatrice [17], le convenzioni di lottizzazione trovarono così una disciplina legislativa recante, tra le altre, indicazioni sugli obblighi del proprietario privato lottizzatore e sui termini (di dieci anni al massimo) previsti per l'esecuzione dei lavori.

Negli anni successivi, una tappa saliente dello sviluppo del regime giuridico delle lottizzazioni convenzionate deve individuarsi nella legge 28 febbraio 1985, n. 47 [18]. Questo intervento del legislatore, passato alla storia come il primo criticatissimo condono edilizio, introdusse un organico apparato sanzionatorio per le lottizzazioni abusive. In parti-

---

no, 1973, pp. 179-274; e di S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971. In anni successivi v. G. Berti, *Principio contrattuale nell'amministrazione pubblica*, in *Jus*, 1987, 2, pp. 160-173; B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. Amm.*, 4/1995, pp. 483-518. Nel disciplinare le lottizzazioni, l'originario art. 28 della legge n. 1150 si limitò ad attribuire al sindaco un solitario potere di emanare provvedimenti autorizzatori, senza nulla disporre sugli aspetti convenzionali e senza apprestare adeguate forme di controllo su eventuali abusi e collusioni: duro, in proposito, il giudizio di M.S. Giannini, *Prefazione*, cit., pp. 7-8.

[16] Per avere almeno un'idea di cosa abbia significato la stagione del "sacco" di interi paesaggi e territori italiani, v. G. Barbera, *Conca d'oro*, Palermo, 2012.

[17] Tra le previsioni più avanzate della legge ponte era senz'altro da annoverarsi quel celebre art. 10 che, sostituendo l'articolo 31 della l.u., introduceva al comma 9 del nuovo articolato la (tanto promettente, quanto discussa) "azione popolare urbanistica". Secondo la versione dell'articolo 31, comma 9 della l.u. vigente a partire dal 1967, «[c]hiunque può prendere visione presso gli uffici comunali, della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione». L'innovazione normativa così apportata dal legislatore, potenzialmente dirompente, fu largamente ridimensionata in via interpretativa dalla giurisprudenza, la quale da un lato incontrava difficoltà nel concettualizzare situazioni giuridiche collettive cui attribuire rimedi, dall'altro lato – e soprattutto – negava con decisione che nell'ordinamento italiano fossero configurabili forme di azione popolare (ulteriori rispetto a quelle tassativamente ed eccezionalmente previste per legge). Per tutte le pronunce si rinvia a Cons. Stato, V, 9 giugno 1970, n. 523, vero e proprio *arrêt de principe* in materia. Tra i moltissimi interventi relativi a questa disposizione rilevano in particolare, anche ai fini di questo studio: V. Spagnuolo Vigorita, *Interesse pubblico e azione popolare nella «legge-ponte» per l'urbanistica*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1967, II, pp. 387-399; E. Guicciardi, *La decisione del "chiunque"*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1970, parte terza, cc. 193-198; S. Rodotà, *Disciplina della proprietà e controlli privati nell'esecuzione delle convenzioni urbanistiche*, in M. Costantino (a cura di), *Convenzioni urbanistiche*, cit., pp. 261-272; A. Romano, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, in AA.VV., *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*, Milano, 1978, pp. 33-59. Per una riflessione pionieristica in materia di azione popolare e protezione del paesaggio, v. M. D'Amelio, *La tutela giuridica del paesaggio*, in *Giur. it.*, 1912, parte IV, cc. 129-146. L'art. 31 della l.u. doveva infine essere abrogato dall'art. 136, comma 1, lett. a) del T.U. Edilizia.

[18] A proposito di questa legge è sufficiente, per il momento, il rinvio ad A. Carullo, *Nota introduttiva* al Commentario della legge 28 febbraio 1985, n. 47, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1985, p. 1014.



colare: l'articolo 18 conteneva una articolata disciplina delle attività di lottizzazione, con un primario rilievo delle previsioni in materia di lottizzazione abusiva, ossia condotta «in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione»; l'articolo 19 era rubricato «confisca dei terreni» e, come si è già intravisto, attribuiva al giudice penale che accertasse una lottizzazione abusiva il potere/dovere di irrogare la confisca urbanistica; l'articolo 20 era invece dedicato più in generale alle «sanzioni penali» previste per le violazioni della disciplina urbanistica ed edilizia. Le disposizioni della legge n. 47 sono oggi state trasfuse nel T.U. Edilizia. Rileva in particolare il capo II («sanzioni») titolo IV («vigilanza sull'attività urbanistico edilizia, responsabilità e sanzioni») del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. Gli articoli 30 e 44 sono i riferimenti normativi di cui tenere principalmente conto, poiché contengono rispettivamente le regole in materia di «lottizzazione abusiva» e le previsioni sulle «sanzioni penali»: è nel secondo comma dell'articolo 44, come noto, che trova oggi collocazione il vecchio articolo 19 della legge n. 47, sicché nella disciplina vigente la confisca urbanistica irrogata dal giudice penale si trova affiancata alle altre pene in passato previste da una diversa disposizione.

Per avere una sufficiente comprensione dei meccanismi sanzionatori predisposti dal T.U. Edilizia devono segnalarsi ulteriori articoli. L'articolo 31, in merito agli «interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali», reca una disciplina diversa da quanto previsto in materia di lottizzazione abusiva: per contrastare i singoli interventi *contra legem* si ha un apparato rimediale piuttosto sofisticato, in applicazione del quale la confisca della proprietà è sanzione solo residuale, che scatta qualora il "responsabile" non provveda da sé alla riduzione in pristino dei luoghi interessati dall'abuso nel termine di 90 giorni dal ricevimento dell'ingiunzione emanata dall'autorità amministrativa [19]. Gli articoli 39 («annullamento del permesso di costruire da parte della regione») e 40 («sospensione o demolizione di interventi abusivi da parte della regione»), poi, attribuiscono all'ente regionale un importante ruolo di controllo e sanzione sulle trasformazioni urbanistiche avallate dalle amministrazioni comunali [20].

---

[19] Sui rimedi previsti dal T.U. Edilizia in caso di singolo abuso si tornerà nelle pagine conclusive di questo scritto. Nondimeno si può segnalare sin da ora, per l'attenzione dedicata all'articolo 31 del Testo Unico, G. Tucci, *Confisca "urbanistica" e circolazione dei beni dopo la sentenza Sud Fondi della Corte dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto privato*, 1/2009, pp. 15-52.

[20] Ad esempio, ai sensi della disposizione generale di cui all'art. 39, comma 1 «[e]ntro dieci anni dalla loro adozione le deliberazioni ed i provvedimenti comunali che autorizzano interventi non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della loro adozione, possono essere annullati dalla regione».



Si è detto che il carattere abusivo di una lottizzazione è dovuto non solo all'assenza di autorizzazione, ma anche alla «violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali»: donde la possibile illiceità anche delle lottizzazioni a base convenzionale. Alla luce di un tale rinvio (oggi disposto dall'art. 30, comma 1 T.U. Edilizia), occorre menzionare, sia pur di sfuggita, almeno alcune tra le numerose previsioni – legislative statali e regionali, ovvero regolamentari – potenzialmente rilevanti e contenute nel d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, recante codice dei beni culturali e del paesaggio [21]. Vengono in particolare in evidenza le disposizioni contenute nella parte terza del codice, quella relativa ai beni paesaggistici. Ferme restando le indicazioni generali contenute nell'articolo 131 («paesaggio») [22], in questa sede ci si può limitare a sottolineare la portata dell'articolo 142, che offre una corposa elencazione di aree interessate *ex lege* dai meccanismi di tutela paesaggistica [23]. Non meno importanti risultano le previsioni contenute negli articoli 146 e ss.: il capo relativo a «controllo e gestione dei beni soggetti a tutela» costituisce il cuore della disciplina paesaggistica di fonte statale, e comporta una significativa conformazione dei poteri di uso e di godimento in capo ai soggetti proprietari (nonché ai possessori e ai detentori), alludendo a una tutela giuridica particolarmente intensa degli interessi diffusi di tipo paesaggistico [24-25].

---

[21] Antesignano del codice è stato il celebre d.l. 27 giugno 1985, n. 312, convertito dalla legge 8 agosto 1985, n. 431: questo intervento normativo, passato alla storia come "legge Galasso", risulta oggi quasi integralmente abrogato, ma alla metà degli anni '80 del secolo scorso esso costituì un fondamentale avanzamento in materia di «tutela delle zone di particolare interesse ambientale».

[22] Ai sensi del comma 1 dell'art. 131 del d.lgs. n. 42, «[p]er paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni».

[23] Tra i beni contemplati dall'articolo si segnalano per lo meno: «i territori costieri compresi in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia, anche per i terreni elevati sul mare», di cui alla lett. a); «i parchi e le riserve nazionali o regionali, nonché i territori di protezione esterna dei parchi» di cui alla lett. f); «le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici» di cui alla lett. h).

[24] In merito alla conformazione del diritto di proprietà resta ancora ineludibile la pagina di S. Rodotà, *Il terribile diritto*, Bologna, 2013, pp. 273-423. Per una prospettiva differente e altrettanto importante, v. invece E. Finzi, *"L'officina delle cose". Scritti minori*, Milano, 2013. Come è noto, la prospettiva della conformazione normativa di una situazione giuridica soggettiva che resta, comunque, imputata al suo titolare, reca con sé il problema logico di isolare le ipotesi in cui una data conformazione risulti tanto intensa da trascendere in vera e propria ablazione del diritto. La questione è stata decisiva anche in merito alla frizione tra prerogative proprietarie e prescrizioni urbanistiche: per un quadro aggiornato sul punto v., per tutti, A. Gambaro, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso. Seconda edizione completamente rifatta*, Milano, 2017, pp. 304-354. Anche nella giurisprudenza della Corte EDU la distinzione tra *control of use* dei beni e *deprivation* della proprietà (nella forma del *regulatory taking*, ossia della c.d. espropriazione sostanziale) è da sempre delicatissima e cruciale: ciò è attestato da *landmark cases* come Sporrong and Lönnroth v. Sweden (deciso nel 1982) e J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. the United Kingdom (deciso,



3. – Un tale *excursus*, necessario per cominciare l'analisi dei problemi oggetto di questo studio, impone di evidenziare gli aspetti di stratificazione e di complessità che riguardano la disciplina legislativa delle trasformazioni urbanistiche, degli eventuali abusi in materia e delle relative sanzioni. La notazione riguarda in particolare l'istituto della lottizzazione convenzionata, da sempre protagonista dei processi di urbanizzazione dei territori italiani e oggi ricostruibile – come si è visto – anzitutto sulla base di una lettura incrociata degli artt. 28 l.u., 30 e 44 T.U. Edilizia.

Come anticipato poc'anzi, l'art. 28, comma 2 l.u. abilita le amministrazioni comunali, che si siano dotate di piani regolatori generali e di programmi di fabbricazione, ad autorizzare attività di lottizzazione in via sostitutiva rispetto all'adozione di strumenti urbanistici attuativi (i piani particolareggiati). Ai sensi del comma 5 dell'articolo 28 l.u. «[l]'autorizzazione comunale è subordinata alla stipula di una convenzione, da trascriversi a cura del proprietario»: la conclusione di convenzioni di lottizzazione tra privati e autorità pubbliche assume quindi un ruolo cruciale, dal momento che i contenuti delle stesse rappresentano il "cuore" dei processi di urbanizzazione [26]. Nel silenzio della legge sui rapporti tra i vari strumenti attuativi, in via di prassi le lottizzazioni convenzionate si sono affermate – *rectius* confermate – come il modulo largamente dominante [27]. Nella concreta esperienza del diritto urbanistico italiano, dunque, sono stati i grandi proprietari privati (e, in particolare, i grandi attori del sistema immobiliare) ad assumere l'iniziativa

---

con pronunce opposte, nel 2005 dalla IV sezione e nel 2007 dalla *Grand Chamber*). Il secondo dei casi menzionati ha, in particolare, suscitato attenzione negli osservatori italiani: v. S. Patti, *Perdita del diritto a seguito di usucapione e indennità (alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo)*, in *Rivista di diritto civile*, 6/2009, pp. 663-668; A. Guarneri, *Usucapione, acquisti a non domino e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, parte seconda, pp. 339-352.

[25] Quanto al potenziale di protezione degli interessi diffusi si segnala in particolare l'articolo 146, comma 12 del codice, a mente del quale «[l]'autorizzazione paesaggistica è impugnabile, con ricorso al tribunale amministrativo regionale o con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, dalle associazioni portatrici di interessi diffusi individuate ai sensi delle vigenti disposizioni di legge in materia di ambiente e danno ambientale, e da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse. Le sentenze e le ordinanze del Tribunale amministrativo regionale possono essere appellate dai medesimi soggetti, anche se non abbiano proposto ricorso di primo grado».

[26] V. i riferimenti contenuti sopra, nota 12.

[27] Sono state relegate in posizioni minoritarie o perfino residuali l'adozione amministrativa di piani particolareggiati e il peculiare meccanismo della lottizzazione a iniziativa comunale (secondo l'art. 28, comma 11 l.u., «[n]ei Comuni forniti di programma di fabbricazione e in quelli dotati di piano regolatore generale anche se non si è provveduto alla formazione del piano particolareggiato di esecuzione, il Sindaco ha facoltà di invitare i proprietari delle aree fabbricabili esistenti nelle singole zone a presentare entro congruo termine un progetto di urbanizzazione delle aree stesse. Se essi non aderiscono, provvede alla compilazione d'ufficio»).



proponendo alle amministrazioni comunali piani di lottizzazione capaci di trasformare significativamente i tessuti urbani [28].

Nel caso di una lottizzazione abusiva l'ordinamento predispone reazioni differenti e, come si vedrà, non sufficientemente coordinate. In primo luogo è possibile una reazione amministrativa, disciplinata dai commi 7 e 8 dell'art. 30 T.U. Edilizia: le attività abusive di lottizzazione vengono colpite da ordinanze di sospensione le quali – trascorsi novanta giorni dall'emanazione del provvedimento, e in assenza di revoca dello stesso – conducono alla confisca, con acquisizione di diritto delle aree lottizzate al patrimonio disponibile del comune; è quindi l'amministrazione comunale, divenuta ormai proprietaria, a dover provvedere a proprie spese alla demolizione delle opere abusivamente realizzate. Sennonché è noto che la reazione amministrativa ha un margine di operatività piuttosto ristretto. Infatti, secondo la lettera della legge essa può essere attivata solamente ove sia accertata «l'effettuazione di lottizzazione di terreni a scopo edificatorio *senza la prescritta autorizzazione*» (comma 7 dell'art. 30, sul punto identico all'art. 18, comma 7 legge n. 47 del 1985) [29]. L'individuazione di simili presupposti sembra suggerire che la reazione amministrativa comunale non è percorribile in tutti quei casi più complessi e problematici, in cui il carattere abusivo di interventi di lottizzazione intrapresi da soggetti privati emerga *nonostante* l'autorizzazione rilasciata da una pubblica amministrazione.

In altri termini, può ben darsi che per differenti ragioni – erronea convinzione nella legittimità del proprio operato, imperizia o negligenza, dolosa collusione; non importa qui indagare il c.d. "elemento soggettivo" – le pubbliche amministrazioni concludano con i privati proprietari convenzioni di lottizzazione, sulla base delle quali vengono autorizzati vasti interventi di cui, in un momento successivo, si accerti la contrarietà a previsioni normative in materia urbanistica, paesaggistica, ambientale. È proprio di questo insieme di situazioni, del resto, che si era occupata la cruciale sentenza 8 febbraio 2002, n.

[28] Come è stato documentato dagli studi sulle convenzioni urbanistiche citati in particolare alla nota 12, i poteri privati hanno sempre – i.e. anche nell'epoca in cui si asseriva che le decisioni strategiche sugli usi dei territori fossero rimesse esclusivamente alla pianificazione assunta dalle pubbliche amministrazioni – giocato un ruolo determinante nell'orientare e/o determinare i grandi processi di trasformazione urbana. Oggi, peraltro, il protagonismo dei soggetti privati in materia urbanistica è un dato assolutamente pacifico: per un recente contributo v. A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018. Occorre infine ricordare che le trasformazioni urbane sono il prodotto non solo delle strategie delle grandi concentrazioni di potere (privato o pubblico), ma anche di processi più dinamici e collettivi: v. ad esempio, sulla rendita fondiaria, A. Quarta, *La polvere sotto il tappeto. Rendita fondiaria e accesso ai beni comuni dopo trent'anni di silenzio*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2/2013, pp. 253-272. In una prospettiva non giuridica, merita inoltre attenzione F. La Cecla, *Contro l'urbanistica*, Torino, 2015.

[29] Il corsivo è aggiunto.



5115, resa dalle Sezioni Unite penali della Cassazione [30]: con questa pronuncia-spartiacque la Suprema Corte confermò (sconfessando l'orientamento di Cass. pen., sez. III, 4 giugno 1991, n. 6094, Ligresti) che la lottizzazione abusiva è reato a consumazione alternativa, sussistente nella sua variante c.d. materiale anche in presenza di una "complicità" della pubblica amministrazione con il lottizzatore.

Nei casi in parola – lasciando a margine della trattazione il profilo relativo alla responsabilità dei soggetti che abbiano deliberato sulla conclusione della convenzione e sulle successive autorizzazioni – oltre alle possibilità di autotutela i rimedi specificamente predisposti per contrastare una lottizzazione formalmente convenzionata ma effettivamente abusiva sembrano principalmente due. Da un lato, un importante ruolo in ambito amministrativo è attribuito alle Regioni dal già menzionato articolo 39 T.U. Edilizia: ai sensi del comma 1, infatti, nel termine di dieci anni gli enti regionali possono annullare deliberazioni comunali «che autorizzano interventi non conformi» alla normativa urbanistica (regolamentare e legislativa) in vigore al momento della loro adozione [31]. Dall'altro lato, e soprattutto, viene in considerazione la rilevanza penalistica delle attività di lottizzazione abusiva, che sono qualificate come reato contravvenzionale dall'art. 44, comma 1 lett. c) T.U. edilizia [32]. Il comma 2 di questo articolo, la cui rubrica è dedicata alle «sanzioni penali», stabilisce che «[l]a sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottiz-

[30] La sentenza n. 5115, che può essere considerata uno spartiacque, è consultabile corredata dalla nota di E. Fiorino, *Sulla lottizzazione abusiva come reato a consumazione alternativa*, in *Giur. It.*, 2003, 10, p. 1908 ss.

[31] Anche le lottizzazioni convenzionate devono ritenersi assoggettate al potere regionale di cui all'articolo 39 del Testo Unico, recentemente al centro della significativa decisione di Cons. Stato, IV, 16 agosto 2017, n. 4010. Una massima di questa pronuncia, in particolare, recita che «[i]l potere della Regione di annullare i permessi di costruire differisce da quello attribuito all'amministrazione comunale perché non costituisce esercizio di attività di controllo in funzione di riesame, bensì esercizio di una competenza (concorrente) di pianificazione e programmazione dell'uso del territorio. Si conferma anche, in tal modo, la piena compatibilità della previsione rispetto all'impianto costituzionale, che per l'appunto prevede nella materia del governo del territorio una competenza concorrente nell'art. 117 Cost.; sicché la Regione è tenuta a valutare l'interesse pubblico con esclusivo riferimento alla conservazione della situazione esistente rispetto agli strumenti urbanistici vigenti, secondo la scansione temporale disegnata dall'art. 39 del D.P.R. n. 380/2001 e, in precedenza, dall'art. 27, della legge 17 agosto 1942, n. 1150 e, soprattutto, senza che vengano in rilievo problemi di bilanciamento comparativo tra l'interesse pubblico al ristabilimento della legalità violata e l'interesse privato al mantenimento della costruzione. L'esercizio del potere sostitutivo di annullamento regionale delle concessioni di costruzione, infatti, a differenza dei poteri di autotutela del comune, non comporta un riesame del precedente operato, ma è finalizzato a ricondurre le amministrazioni comunali al rigoroso rispetto della normativa in materia edilizia, onde l'interesse pubblico all'annullamento è in re ipsa».

[32] Secondo tale disposizione, «[s]alvo che il fatto non costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative, si applica (…) c) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 15493 a 51645 euro nel caso di lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio, come previsto dal primo comma dell'articolo 30. (...)».



zazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione (…)».

Risulta perfino superfluo rilevare che l'inquadramento della confisca urbanistica disposta dal giudice penale è stato il "punto di partenza" delle operazioni interpretative condotte dalla Corte EDU in polemica con l'ordinamento italiano. Nondimeno, di una tale vicenda non può che darsi conto.

4. – All'indomani del duemila le convinzioni dei giudici italiani circa la natura e la funzione della confisca urbanistica di cui agli artt. 30 e 44 T.U. Edilizia erano a dir poco solide. Con l'Ordinanza n. 187 del 1998, la Corte Costituzionale avallò l'orientamento, già emerso negli anni '80, secondo cui «in tema di lottizzazione abusiva, la confisca dei terreni, che ha natura di sanzione amministrativa, e non di misura di sicurezza, consegue ad una sentenza che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, prescindendo, pertanto, da una condanna al riguardo». La qualificazione della confisca urbanistica come sanzione amministrativa fu senz'altro la chiave di volta dell'assetto interpretativo messo a punto dalla giurisprudenza italiana in merito ai rimedi esperibili contro le lottizzazioni abusive. A tale inquadramento si perveniva prendendo le mosse dagli elementi differenziali rispetto alla confisca di cui all'articolo 240 c.p. Venne valorizzata, quindi, la possibilità (o meglio il dovere) del giudice di disporre – in via di supplenza rispetto all'amministrazione – una confisca urbanistica senza condanna: ossia anche nel caso di proscioglimento dell'imputato per intervenuta prescrizione, se l'istruttoria svolta avesse evidenziato la sussistenza della lottizzazione abusiva. Si sottolineò inoltre il fatto che la proprietà del bene fosse (nel 1985 così come nell'odierna disciplina) acquisita gratuitamente al patrimonio comunale, e non al patrimonio statale, come previsto dalla disciplina "ordinaria". Si ritenne dirimente, sopra ogni cosa, la *ratio* «del buon governo del territorio e della tutela dell'ambiente» che sorreggeva l'istituto: elemento, questo, che portava gli interpreti a distinguerlo dalle misure di sicurezza e al contempo a ritenere il giudice penale senz'altro autorizzato e tenuto a ricorrervi [33].

Né si è ritenuto, a seguito dell'entrata in vigore del T.U. Edilizia nel 2001, che la successione dell'articolo 44 del Testo Unico all'art. 19 della legge n. 47/1985, con una mo-

[33] Sul punto v., tra i tanti, F. Monaldi, *Commentario della legge 28 febbraio 1985, n. 47*, *sub* art. 19, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1985, p. 1097. Per una sintesi di un'interpretazione giurisprudenziale invalsa v. Cass. pen., sez. III, 7 luglio 2004, n. 38728 (consultabile su online.leggiditalia.it).



dificazione non trascurabile della *rubrica legis*, avesse comportato innovazioni giuridiche sostanziali di cui tenere conto [34].

Sono noti i corollari di questa ricostruzione. Anzitutto, anche il proscioglimento di un imputato per estinzione del reato di lottizzazione abusiva, dovuta a prescrizione, è stato ritenuto – fino alla sentenza Varvara – compatibile con l'applicazione della sanzione amministrativa, a condizione che fosse sostanzialmente accertata una responsabilità dell'imputato prosciolto «sotto il profilo oggettivo e soggettivo» [35]. Per quanto riguarda, invece, la posizione dei soggetti terzi rispetto a un processo penale instaurato per sanzionare una lottizzazione abusiva, l'orientamento della giurisprudenza italiana si è delineato nel senso di impedire la confisca ai danni di chi, estraneo alla commissione del reato, sia entrato in buona fede nel possesso dei beni interessati dagli abusi. In altri termini, il terzo che in mala fede sia venuto in possesso di terreni abusivamente lottizzati è un possibile destinatario di confisca urbanistica, pur non potendo di regola essere chiamato a rispondere del reato di cui all'art. 44, comma 1, lett. c) del T.U. Edilizia [36].

---

[34] Se nel 1985 si aveva un articolo specificamente dedicato alla «confisca dei terreni», dal 2001 il Testo Unico ha incluso la confisca urbanistica in un articolo relativo alle «sanzioni penali». A un simile cambiamento la giurisprudenza ha potuto agevolmente opporre l'argomento per cui *rubrica legis non est lex*. Cfr., in ogni caso, alcune voci critiche in dottrina: M. Panzarasa, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Penale*, 2010, pp. 1684-1685; S. Vinciguerra, *Appunti su lottizzazione abusiva e confisca*, in *Giur. It.*, 2005, III, pp. 1911-1916; G. Tucci, *Ascesa e caduta della confisca "urbanistica"*, in G. Tucci (a cura di), *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo dall'accessione invertita alla confisca "urbanistica"*, Bari, 2009, pp. 61-92. Sulla discussa natura giuridica della confisca urbanistica si tornerà *amplius* nel prosieguo della trattazione.

[35] V., ancora in anni recenti, Cass. pen., sez. III, 4 febbraio 2013, n. 17066. Un tale principio di diritto implica, per converso, che sia illegittima una confisca urbanistica irrogata dal giudice penale nel caso in cui l'estinzione del reato per prescrizione sia maturata prima dell'esercizio dell'azione penale: il che sembra comprensibile, posto che la prescrizione che sia perfino antecedente all'esercizio dell'azione penale pregiudica radicalmente la potestà istituzionale di accertamento attribuita al giudice. Danno conto di questo punto Cass. pen., sez. III, 6 ottobre 2010, n. 5857; nonché, più di recente, Cass. pen., sez. III, 19 maggio 2016, n. 35313. Tutte le sentenze richiamate sono state consultate tramite il portale online.leggiditalia.it.

[36] È rappresentativa di un tale orientamento Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 2008, n. 42741. V. anche Cass. pen., sez. III, 22 settembre 2009, n. 36844. Per la consultazione si rinvia a online.leggiditalia.it. L'interpretazione di cui si è dato atto nel testo è l'esito di un'evoluzione non certo esente da discussioni. In merito alla posizione dei soggetti terzi, estranei al reato di lottizzazione abusiva ma potenziali destinatari della confisca urbanistica, si vedano le notazioni critiche di B. Manfredonia, *La tutela del terzo nella confisca c.d. urbanistica*, in S. Mazzarese e A. Aiello (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Milano, 2011, pp. 361-381. V. anche g. Tucci, *Confisca "urbanistica" e tutela del mercato tra la Costituzione italiana e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 3, 2009, pp. 614-628. Inoltre, in merito alla tutela dei terzi di buona fede nei casi di operatività dell'istituto della confisca, v. senz'altro S. Mazzamuto, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, in *Jus civile*, 2013, 7, pp. 406-435; Id., *Gli aspetti civilistici della confisca dei beni alla criminalità organizzata*, in *Contratto e Impresa*, 2012, pp. 1387-1414.



L'impostazione complessiva che si è ora sintetizzata può agevolmente reputarsi molto rigida, se non addirittura draconiana; essa, tuttavia, è sempre apparsa funzionale ad ampliare il più possibile l'operatività della confisca urbanistica disposta in un giudizio penale. La ragione di ciò è presto detta: in presenza di una significativa asimmetria dell'art. 30 del Testo Unico rispetto a quanto disposto dall'art. 31 per sanzionare i singoli interventi edilizi eseguiti «in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali»[37], l'istituto contemplato dall'art. 44, comma 2 risultava nei fatti il principale rimedio per contrastare con una qualche efficacia le lottizzazioni abusive di cui le amministrazioni comunali fossero "corresponsabili", per aver esse concluso convenzioni con i privati lottizzatori e rilasciato le successive autorizzazioni edificatorie.

Sono state proprio queste – peculiari perché caratterizzate da una corresponsabilità dei poteri pubblici – le situazioni che sono state portate all'attenzione della Corte EDU, consentendo ai giudici di Strasburgo di smantellare parti essenziali del diritto vivente italiano in materia di lottizzazione abusiva e confisca urbanistica. È pertanto opportuno rammentare brevemente le tre celebri "tappe" della polemica europea nei confronti dell'ordinamento italiano.

Con la notissima decisione Sud Fondi, emanata nel 2009 sui principali profili di merito, la Corte EDU sconfessò una sentenza della Suprema Corte italiana risalente al 2001 e inaugurò un orientamento giurisprudenziale riassumibile in quattro snodi ermeneutici[38]. Primo, a differenza di quanto opinato dalle Corti italiane, per anni e con interpretazione granitica, la confisca urbanistica deve qualificarsi non come una mera sanzione amministrativa, bensì come una pena soggetta all'applicazione dell'art. 7 CEDU, fin dalla rubrica espressione del primario principio «nulla poena sine lege» (par. 106 e 115). Secondo, i riferimenti alla pena e alle nozioni di *guilty* e *personne coupable* rendono necessario

---

[37] Come già visto, l'articolo 31 T.U. Edilizia descrive un insieme di rimedi piuttosto articolato e ragionevole: posta la centralità della riduzione in pristino dei luoghi interessati dal singolo abuso, la confisca della proprietà si atteggia a sanzione residuale che scatta (in un'ottica di gradualismo sanzionatorio) in caso di protratta inerzia del responsabile dell'abuso.

[38] Per alcuni commenti degli osservatori italiani a seguito della decisione Sud Fondi si vedano i richiami contenuti nelle note 8 e 9. Si segnalano inoltre: per l'attenzione agli orientamenti che, in materia di confisca, la Corte di Strasburgo ha sviluppato prima del c.d. "caso Punta Perotti", M. Robles, *La nuova proprietà: ovvero il "governo dei diritti" nel dialogo tra Corti*, in *Giur. it.*, 2009, pp. 2398-2406; per un commento complessivo sulla vicenda, R. Petruso, *L'*affaire *Punta Perotti davanti la Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Europa e diritto privato*, 2010, pp. 243-284. La decisione di Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2001, che pose fine alla vicenda giudiziaria dinanzi alle corti nazionali, può essere letta con il commento di L. Barbiera, *Norme paesaggistiche e norme urbanistiche: una difficile convivenza*, in *Giur. It.*, 2001, pp. 1919-1928.



l'accertamento di un elemento soggettivo – per lo meno di «coscienza e volontà» – affinché la sanzione del reo possa dirsi giustificata (par. 116)[39]. Terzo, nel caso di specie la contrarietà della confisca urbanistica all'art. 7 CEDU è ravvisata nel carattere imprevedibile, oscuro, e in definitiva contrario alla certezza del diritto, della normativa rilevante. Oltre a imporre l'assoluzione (in punto colpevolezza) degli imputati nel processo penale per lottizzazione abusiva, ciò implica giocoforza che l'ingerenza sulla proprietà privata – in cui la confisca si risolve – sia di per sé in violazione dell'art. 1 P-1 (par. 137). Quarto, anche valutando nel merito tale violazione si rimarca che la confisca risulta sanzione non rispettosa del canone di proporzionalità richiesto dalla Corte affinché una ingerenza pubblica sulle *possessions* dei privati sia lecita, a tacer d'altro perché l'amministrazione comunale di Bari risultava, allo stesso tempo, il soggetto che aveva acquisito la proprietà dei beni confiscati e l'ente responsabile di aver concluso ed eseguito le convenzioni di lottizzazione illecite sanzionate con la confisca (par. 141).

Ferma restando l'articolazione di motivazioni che sorreggono la decisione, a ben vedere per comprendere l'impostazione interpretativa adottata dalla Corte EDU è cruciale il passaggio appena riportato, che ne costituisce forse il cuore. Sul punto si tornerà nel prosieguo, ma sin da ora occorre evidenziare che, secondo i giudici di Strasburgo, un trasferimento di proprietà coattivo e gratuito a scapito di un privato e in favore di un ente pubblico non rispetta elementari esigenze di giustizia e non può essere ritenuto compatibile con il sistema convenzionale, qualora il beneficiario pubblico della confisca sia il medesimo soggetto che ha materialmente concorso a determinare la situazione di illiceità sanzionata con la perdita della proprietà[40].

Con la sentenza Varvara la Corte EDU ha inteso ribadire e rafforzare le conclusioni già raggiunte con Sud Fondi. Se nel 2009 i giudici di Strasburgo negavano che una confisca urbanistica potesse essere disposta dal giudice penale unitamente a un'assoluzione

[39] Secondo la Corte EDU, «la logique de la peine et de la punition ainsi que la notion de «guilty» (dans la version anglaise) et la notion correspondante de «personne coupable» (dans la version française) vont dans le sens d'une interprétation de l'article 7 qui exige, pour punir, un lien de nature intellectuelle (conscience et volonté) permettant de déceler un élément de responsabilité dans la conduite de l'auteur matériel de l'infraction».

[40] Così erano andate le cose, del resto, nel caso Sud Fondi. Nel 1992 un grande piano di lottizzazione dell'area nota come "Punta Perotti" era stato approvato dal comune di Bari su proposta di soggetti privati; seguiva nel 1993 la conclusione di convenzioni di lottizzazione, le quali a loro volta consentivano nel 1995 il rilascio di permessi di costruire. Nonostante il dibattito pubblico che gli "ecomostri" di Bari avevano suscitato, solo grazie all'attività della magistratura penale emergeva – nel 1999 con pronuncia del Tribunale, nel 2001 in Cassazione – la contrarietà del progetto di trasformazione urbanistica alle leggi n. 431 e 47 del 1985. I giudici nazionali avevano potuto così disporre la confisca delle aree abusivamente lottizzate, sebbene la sentenza di Cassazione avesse assolto i soggetti imputati.



nel merito, con la decisione sul caso Varvara il principio desunto dall'art. 7 CEDU è stato esteso all'ipotesi in cui l'imputato, pur non venendo assolto, vada esente da giudizio di condanna (nelle parole della Corte, «jugement de condamnation») per intervenuta prescrizione (par. 72). Il rafforzamento dell'orientamento della Corte EDU è registrabile anche con riguardo all'art. 1 P-1: se in Sud Fondi la Corte si dava cura di denunciare, sia pur *ad abundantiam*, il carattere non proporzionato della confisca irrogata a un soggetto assolto dal reato di lottizzazione abusiva, in Varvara ci si limita a rilevare che la violazione dell'art. 7 CEDU, riverberando in un'ingerenza nella proprietà privata contraria all'art. 1 P-1, «dispense la Cour de rechercher s'il y a eu rupture du juste équilibre» (par. 85) [41].

Pur rinviando al prosieguo della trattazione una discussione più approfondita, può qui notarsi che il tenore così perentorio degli argomenti adottati dai giudici di Strasburgo nel decidere il caso Varvara non poteva che dare adito a discussioni [42]. Ad esempio, all'interno della stessa Corte EDU si registrava l'importante *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, che perveniva a ravvisare un vero e proprio squilibrio di fondo in seno agli atteggiamenti interpretativi adottati dalla Corte EDU. In tal senso si individuavano "confische", assai invasive sul piano patrimoniale e personale, capaci persino di sfuggire a ogni controllo della Corte; mentre alcune altre misure amministrative – come la confisca urbanistica – erano ricondotte alle garanzie degli articoli 6 e 7 CEDU. Un simile rilievo era senz'altro condivisibile e avrebbe meritato di essere adeguatamente sviluppato [43]. Esso restava tuttavia minoritario tra i giudici di Strasburgo, facendo della sentenza Varvara la base dei più recenti sviluppi della "polemica" tra ordinamento italiano e sistema convenzionale in materia di confisca urbanistica.

---

[41] È bene chiarire, per dovere di cronaca, la complessità dei fatti alla base del caso Varvara: a un primo piano di lottizzazione convenzionata (1984/1985) seguiva una nuova convenzione, contenente una variante ai progetti originari (1993/1994). Seguiva un lungo processo penale che qualificava detta variante come iniziativa lottizzatoria sostanzialmente nuova, e dunque assoggettata *ratione temporis* alla legge n. 431/1985 (attuata in Puglia con la legge regionale n. 30/1990). Nel 2008 il giudice penale dispose la confisca urbanistica delle aree interessate dal processo nonostante l'imputato non potesse essere condannato, non dovendosi procedere in quanto la prescrizione del reato contestato era intervenuta sin dal 2002.

[42] Nel contesto italiano prende spunto dal *decisum* del caso Varvara, e in particolare dalla dialettica tra prescrizione e confisca, L.V. Lo Giudice, *Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei controlimiti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2017, consultabile all'indirizzo https://www.penalecontemporaneo.it/upload/4022-logiudice417.pdf (ultimo accesso il 22.03.2019).

[43] Nel contesto italiano, si sofferma sulla pluralità di ricostruzioni presente in seno alla stessa giurisprudenza della Corte EDU A.M. Maugeri, *Confisca (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Milano, 2015, *ad vocem*.



5. – In un quadro di complessa riconfigurazione delle fonti del diritto, attestata dall'interpretazione apprestata dalla Consulta per l'art. 117, comma 1, Cost., la confisca disposta dal giudice penale ai sensi dell'art. 44 T.U. Edilizia viene dunque stravolta, nella sua operatività, dall'intervento ermeneutico del giudice convenzionale, il quale impiega l'art. 7 CEDU congedandosi dalla nozione formale di pena (propria delle tradizioni penalistiche nazionali) per sposare una concezione «tipologico-sostanziale» e molto estensiva della sanzione penale [44].

A quanto consta, la giurisprudenza di legittimità italiana si è esplicitamente adeguata agli orientamenti della Corte EDU con la sola decisione di Cass. pen., sez. I, 20 gennaio 2015, n. 7860 [45]. Al di là di questa pronuncia isolata non stupisce, allora, che la sentenza Varvara abbia suscitato nei giudici italiani due reazioni uguali e contrarie, ben riassunte nelle ordinanze di rimessione che hanno portato la Consulta a pronunciare nel 2015 la già citata sentenza n. 49. Da un lato, adeguandosi alla supposta tensione innovatrice del «vento dell'Europa» [46] il Tribunale di Teramo riteneva l'art. 44 del d.P.R. n. 380 e la confisca urbanistica incostituzionali poiché contrari all'art. 117, comma 1 Cost., disposizione tramite la quale l'articolo 7 CEDU (come interpretato dai giudici di Strasburgo) fa ingresso nel sistema italiano delle fonti come norma interposta di rango sub-costituzionale e sovra-legislativo. Dall'altro lato, la terza sezione penale della Corte di Cassazione pronunciava una ordinanza di rimessione molto lunga e articolata rilevando la necessità di sollevare «(…) questione di costituzionalità dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, come interpretato dalla Corte EDU (sentenza Varvara) (…), atteso che tale norma deve ritenersi in contrasto con gli artt. 2, 9, 32, 41, 42, 117, primo co., Cost. – i quali, come in precedenza specificato, impongono che il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute siano tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà (…)» [47].

---

[44] In questi termini V. Mongillo, *La confisca senza condanna*, cit., p. 423.

[45] Nella massima di questa sentenza (per la quale v. online.leggiditalia.it) è possibile leggere che «[l]'estinzione del reato per prescrizione preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prodotto o il profitto, a prescindere dalla sua connotazione come obbligatoria o facoltativa, per la necessità di interpretare tassativamente il concetto di condanna quale presupposto dell'ablazione, che è inibita dalla sentenza della Corte EDU del 29 ottobre 2013 nel caso Varvara c. Italia, in quanto il principio di legalità in campo penale preclude interpretazioni estensive o analogiche delle norme interne in danno dell'imputato».

[46] Al "vento" europeo, giudicato in maniera senz'altro positiva, ha fatto riferimento C. Tenella Sillani, *Panoramica del diritto di proprietà*, cit., pp. 66-67.

[47] Quanto alle due ordinanze di rimessione, agevolmente reperibili sul web (chi scrive si è avvalso del portale online.leggiditalia.it), si fa riferimento: a Trib. Teramo, ord. 17 gennaio 2014; nonché a Cass. pen., III, ord. 20 maggio 2014, n. 20636. In merito al ruolo dei giudici comuni nella ricostruzione di un quadro di



Con la sentenza n. 49/2015 la Corte Costituzionale ha formalmente dichiarato, sotto più profili, l'inammissibilità delle questioni proposte dai giudici *a quibus* [48]. La pronuncia è apparentemente paragonabile alla sentenza n. 239/2009, con la quale peraltro la Consulta aveva manifestato prime, significative aperture a seguito di Sud Fondi [49]. A ben vedere, però, nel 2015 la decisione nel senso dell'inammissibilità è stata raggiunta tramite un percorso argomentativo sofisticato e attento al merito dei problemi posti nelle ordinanze di rimessione: tanto da suscitare reazioni numerose e di diverso tenore nella cultura giuridica italiana [50]. Particolarmente felice è apparsa l'immagine della «tela di Penelope», impiegata per offrire un giudizio sintetico sull'approccio adottato dalla Consulta [51]. Vero è, infatti, che il nostro giudice delle leggi sembra aver ormai aderito *in toto* all'orientamento di fondo inaugurato dalla Corte EDU con Sud Fondi, avallando l'inquadramento della confisca urbanistica come "pena" assoggettata all'applicazione dell'art. 7 CEDU (v. par. 5 in diritto della sentenza n. 49). Sennonché, dopo aver adottato nei confronti del sistema convenzionale un approccio assai adesivo – ben al di là, ad esempio, dell'interpretazione proposta dal giudice Pinto De Albuquerque nella sua opinione dissenziente in Varvara – la Corte Costituzionale dedica gli interi, articolati paragrafi 6 e 7 in diritto della sentenza n. 49 a ridimensionare l'*interpretative authority* della Corte EDU. I dispositivi impiegati a tale scopo paiono assumere il tenore e l'ambizione di una *doctrine*, non fosse altro perché ripresi dalla stessa Consulta nella succinta Ordinanza 23 luglio 2015, n. 187. Come noto, essi sono individuabili: nella distinzione tra «forma del-

---

fonti vieppiù complesso, e ormai caratterizzato da norme interposte di indubbia portata, v., per tutti, P. Perlingieri, *Leale collaborazione*, cit.

[48] Tra gli argomenti mobilitati per affermare l'inammissibilità delle censure proposte nelle ordinanze di rimessione, la Consulta ha anzitutto segnalato l'erronea indicazione della disposizione legislativa di cui si sospettava l'illegittimità costituzionale. La questione di costituzionalità, infatti, avrebbe dovuto essere sollevata non con riguardo all'articolo 44 del T.U. Edilizia, bensì in merito alla legge 4 agosto 1955, n. 848, recante «[r]atifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952».

[49] Nella sentenza n. 239 la Consulta si limitava a statuire che spetta «(…) agli organi giurisdizionali comuni l'eventuale opera interpretativa dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 che sia resa effettivamente necessaria dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo; a tale compito, infatti, già ha atteso la giurisprudenza di legittimità, con esiti la cui valutazione non è ora rimessa a questa Corte. Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge». Per un accenno critico a questa pronuncia v. B. Manfredonia, *La tutela del terzo*, cit., pp. 371-373.

[50] Per riferimenti in proposito si rimanda alla nota 7, *supra*.

[51] L'immagine è stata prospettata da F. Viganò, *La consulta e la tela di Penelope*, cit.



la pronuncia» e «sostanza dell'accertamento»; nel canone interpretativo del «diritto consolidato». Quanto al primo argomento, esso sembra costituire nient'altro che un'estremizzazione e un rovesciamento delle concezioni sostanzialistiche promosse dai giudici di Strasburgo: in altri termini, secondo il giudice delle leggi italiano l'assunto per cui l'art. 7 CEDU si applica a ogni tipo di pena sarebbe tanto vero da rendere compatibile con il sistema convenzionale una sanzione amministrativa applicata all'esito di un accertamento sostanziale di responsabilità, ma in assenza di un formale provvedimento di condanna (ciò può avvenire quando sia pronunciato non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato di lottizzazione abusiva) [52]. Il cuore della sentenza n. 49 è però nel paragrafo 7: infatti, è qui che l'argomento ricostruttivo sviluppato nel paragrafo 6 viene innestato dalla Consulta in un ordine di considerazioni di matrice più sistematica e istituzionale, riassunto nel canone del «diritto consolidato». In breve, la Corte ribadisce che nell'attività giurisdizionale che interessa l'ordinamento italiano i giudici nazionali sono vincolati a uniformarsi alla CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo e sino a quando non ritengano che ciò ponga questioni di costituzionalità. D'altra parte, ciò non significa ridurre i giudici italiani a «passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale». Al contrario, i giudici nazionali sono autorizzati e perfino tenuti a ri-espandere le proprie attribuzioni ermeneutiche ogniqualvolta una porzione del diritto italiano non risulti "coperta", sul piano del sistema convenzionale europeo, da indicazioni interpretative sufficientemente affidabili provenienti da Strasburgo. E anche alla luce di una serie di indici enumerati nella decisione n. 49, la sentenza Varvara – *ça va sans dire* – apparterrebbe proprio a quell'insieme di pronunce dotate di una «carica innovativa» incapace di esprimere «alcun orientamento consolidato» [53]. Su tali basi, diventa possibile sintetizzare il ragionamento in

[52] Secondo la Consulta, «[a]llo stato, e salvo ulteriori sviluppi della giurisprudenza europea (...), deve perciò ritenersi erroneo il convincimento, formulato dai rimettenti come punto di partenza dei dubbi di costituzionalità, che la sentenza Varvara sia univocamente interpretabile nel senso che la confisca urbanistica possa essere disposta solo unitamente ad una sentenza di condanna da parte del giudice per il reato di lottizzazione abusiva» (par. 6.2).

[53] Sul punto l'argomentazione della Consulta è esplicita. Da un lato, si ammette che «[n]on è sempre di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento (…)». Dall'altro lato, e nonostante tale premessa, si indicano al giudice nazionale alcuni indici ritenuti senza dubbio rilevanti: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale (…)».



questi termini: «[è], pertanto, solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo».

Dunque secondo la sentenza n. 49, definita come un episodio di «disobbedienza funzionale» suscettibile di profondi effetti istituzionali [54], i giudici nazionali non sono in alcun modo vincolati a uniformarsi alla sentenza Varvara, potendo continuare a disporre la confisca *ex* art. 44 T.U. edilizia nel caso in cui, nonostante la prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, siano sostanzialmente accertate responsabilità e colpevolezza dell'imputato. La sentenza G.I.E.M., pronunciata il 28 giugno 2018 dalla *Grand Chamber*, può allora leggersi come risposta della Corte EDU alla Corte Costituzionale italiana, meritevole di grande attenzione anche per il fatto di essere stata formulata dai giudici di Strasburgo nella composizione più autorevole. La decisione G.I.E.M., articolata e considerabile (come anticipato in sede introduttiva) un esempio di "diplomazia interpretativa", ha definito tre ricorsi riuniti, tra i quali è significativo annoverare nuovamente un contenzioso relativo alla vicenda barese di Punta Perotti [55].

La sentenza della Corte EDU si misura esplicitamente con le posizioni italiane (tanto

---

[54] È questo l'approccio del saggio di Giuseppe Martinico, citato alla nota 7. Gli effetti istituzionali menzionati nel testo sono connessi, naturalmente, all'espansione del sindacato di costituzionalità dei giudici ordinari nazionali. Al paragrafo 52 della sua *partly concurring, partly dissenting opinion* allegata alla sentenza G.I.E.M., il giudice Pinto De Albuquerque ha inteso sottolineare questi aspetti con apprezzabile chiarezza: «[s]urprisingly, the Constitutional Court is ready to accept a diffuse control by every ordinary judge of the "consolidated" nature of the Court's judgments. Thus, in 2015 the ordinary judges have regained a truly uncontrolled power over the application of the Convention, which the first "twin judgments" had intended to strictly limit. There is, however, one major difference. While until 2007 the ordinary judges had a final say on the application of the Convention to the detriment of national law, in 2015 they gained the power to disapply the Court's judgments when they find that they are not "consolidated law"». V. anche F. Viganò, *La Consulta*, cit., pp. 338-340.

[55] Le proprietà della G.I.E.M. S.r.l. erano state incluse nel 1992 nel piano di lottizzazione che doveva poi dare origine della vertenza Sud Fondi, e la società comunicava la propria disponibilità a siglare una convenzione di lottizzazione per evitare di subire un'eventuale espropriazione (attuabile dall'autorità pubblica ai sensi dell'art. 28, comma 12 l.u.). Nulla accadeva fino all'anno 2001, quando la società si attivava nei confronti dell'amministrazione comunale con l'obiettivo di stipulare una convenzione di lottizzazione ma veniva al corrente, suo malgrado, dell'intervenuta confisca delle sue proprietà. Da ultimo i terreni venivano restituiti alla G.I.E.M. nell'anno 2013, quando l'amministrazione comunale di Bari – a seguito del caso Sud Fondi, e in particolare della pronuncia con cui nel 2012 la Corte EDU accordò ai ricorrenti risarcimenti per complessivi 49 milioni di euro – chiedeva e otteneva per via giudiziaria la revoca della confisca. Diverso, e più complesso, il caso delle società R.I.T.A. Sarda S.r.l. e Hotel Promotion Bureau S.r.l., avente a oggetto un sito insistente nel comune di Golfo Aranci. Non erano invece relative a lottizzazioni convenzionate le posizioni della Falgest S.r.l. e del signor Filippo Gironda.



quelle espresse dal governo, quanto quelle contenute nella sentenza n. 49 della Consulta) e si risolve in una lunga riaffermazione dell'orientamento inaugurato con Sud Fondi e sedimentato con Varvara in punto natura della confisca urbanistica: questa sanzione è una pena ai sensi dell'art. 7 CEDU. Ciò consente senz'altro di collocare i concreti casi decisi nella più ampia prospettiva di un intervento giurisprudenziale con ambizioni "nomofilattiche". Tuttavia il risultato della vasta operazione interpretativa appare deludente, poiché pregiudicato da profili di ambiguità che sono attestati – a parere di chi scrive – anche dal numero di *separate opinions* allegate alla sentenza. Non è esagerato, peraltro, sostenere che la *ratio decidendi* della pronuncia è tutta contenuta in soli due paragrafi: il 252 e il 253.

Nel primo la Corte EDU ha affrontato la c.d. dottrina del diritto consolidato, come formulata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 49. Il tentativo ermeneutico dei giudici delle leggi italiani è confutato in tre soli periodi: proclamato il proprio compito di assicurare la compatibilità con gli articoli 7 e 6 CEDU delle dichiarazioni di responsabilità penale e dei procedimenti che a esse conducono, la Corte di Strasburgo sottolinea che le proprie decisioni hanno tutte lo stesso valore giuridico, con una obbligatorietà e una *interpretative authority* che non mutano al mutare della composizione del collegio giudicante. In capo ai giudici ordinari nazionali scompare – si direbbe: a dispetto degli sforzi della Consulta – ogni margine di apprezzamento in merito al carattere più o meno consolidato degli orientamenti adottati a Strasburgo [56]. Del resto, il carattere così perentorio delle statuizioni della Corte EDU è presto spiegato: sconfessare la dottrina del diritto consolidato è necessario allo scopo di tutelare e rafforzare un monopolio interpretativo e una facoltà di *last say* in merito all'interpretazione della CEDU.

È però nel secondo dei due paragrafi evidenziati, il 253, che la Corte EDU – dopo aver confermato la riconduzione all'art. 7 CEDU della confisca urbanistica, e dopo aver ribadito che ogni sua decisione ha il medesimo valore giuridico – ha rivelato l'ambiguità

[56] Nella sua *separate opinion* il giudice Pinto De Albuquerque è entrato nel merito di questo passaggio, mostrando come e quanto la nozione di diritto consolidato (giudicata assai «volatile») sia diversa dal concetto di *well-established case law*, menzionato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 49 con riguardo all'art. 28 CEDU e al Protocollo n. 14 alla Convenzione: «The only function of well-established case-law is to give a Committee the "competence" to adjudicate a case instead of referring it to a Section of the Court. This is not because well-established case-law is superior in any way to the rest of the case-law, but only because it allows a more "simplified" procedure for "repetitive" cases. Furthermore, applicants can challenge the character of well-established case-law under Article 28 § 3 of the Convention. Well-established case-law permits this Court to differentiate case-law according to the simplicity of its interpretation, but this does not say anything about the binding force of its judgments» (sono state omesse le note al testo riportato).



del proprio ragionamento, verosimilmente frutto della scelta di non andare allo scontro frontale con la Corte Costituzionale italiana. Infatti, con la sentenza G.I.E.M. è possibile scoprire che la «compliance with Article 7 as interpreted in the Varvara judgment does not require that all disputes under that Article must necessarily be dealt with in the context of criminal proceedings stricto sensu». Questo passaggio costituisce una vera e propria svolta dal punto di vista argomentativo, che sembra abilitare la Corte EDU a convergere sulle posizioni della Consulta italiana "reinterpretando" Varvara e concludendo esplicitamente nel senso della legittimità convenzionale di una confisca urbanistica irrogata nonostante la prescrizione del reato di lottizzazione abusiva [57]. Con G.I.E.M., insomma, la Corte EDU ha inequivocabilmente ritenuto la confisca senza condanna plausibile e compatibile con l'art. 7 CEDU. Nondimeno, la portata di una tale decisione non ha impedito ai giudici di Strasburgo di ritenere violata la regola *nulla poena sine lege* sotto un altro profilo. La personalità giuridica delle società e il noto brocardo *societas delinquere non potest* sono infatti mobilitati per qualificare le società responsabili delle lottizzazioni abusive come soggetti terzi rispetto ai processi che avevano condotto alle confische [58]. Venuta meno la necessità di un formale provvedimento di condanna in nome di un approccio sostanzialistico alla responsabilità, un nuovo diaframma formale (la personalità giuridica) viene insinuato dalla Corte EDU tra l'accertamento di una lottizzazione abusiva e il rimedio costituito dalla confisca urbanistica disposta dal giudice penale. All'evidenza, le ricadute di una simile opzione interpretativa sono suscettibili di ridimensionare di molto (salvi i "ripensamenti" delle amministrazioni comunali e i poteri

[57] Si legga il paragrafo 251 della sentenza G.I.E.M.: «(…) where the courts find that all the elements of the offence of unlawful site development are made out, while discontinuing the proceedings solely on account of statutory limitation, those findings can be regarded, in substance, as a conviction for the purposes of Article 7, which in such cases will not be breached».

[58] La questione è nota da tempo alla dottrina. Già in anni risalenti, infatti, ai fini dell'affermazione della specificità della confisca amministrativa – distinta dall'omologa sanzione penale – si poté rilevare che «ancora più decisiva si presenta, forse, l'osservazione che le sanzioni penali non possono essere applicate a persone giuridiche, ma soltanto a persone fisiche; la confisca, invece, può colpire, e più propriamente avere a soggetto passivo, anche una fondazione o una corporazione, proprietaria dei beni da confiscare»: P. Piscione, *Confisca (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano, 1961, *ad vocem*. Quanto alla funzione della personalità giuridica – e al ruolo di persone come le corporation multinazionali – nell'esperienza giuridica contemporanea, v. U. Mattei, A. Quarta, *Punto di svolta*, cit., pp. 93-137; v. anche U. Mattei, *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, V, Milano, 2012, pp. 1117-1133. Restano poi classiche le pagine di F. Galgano, *Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6, Milano, 1976-77, pp. 681-701. Di pari importanza, poiché dedicati agli *Itinerari moderni della persona giuridica*, i volumi 11-12 dei *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1982-83, consultabili all'indirizzo http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/11/index.htm (ultimo accesso il 22.03.2019).



sostitutivi delle Regioni) la possibilità di reagire a convenzioni di lottizzazione che si traducono in abusi [59].

6. – La sentenza G.I.E.M. risulta opinabile per almeno due ragioni di fondo. Anzitutto appare piuttosto altalenante l'approccio che i giudici di Strasburgo adottano, prima adeguandosi a una visione sostanzialistica della condanna e della responsabilità e poi virando su un rigido formalismo al fine di escludere, per ragioni inerenti più all'integrazione del contraddittorio di cui all'art. 6 CEDU che non all'art. 7 CEDU, che una persona giuridica possa essere assoggettata a confisca urbanistica. In secondo luogo, e soprattutto, sembra incoerente ribadire con forza la natura di pena ai sensi dell'art. 7 della confisca, salvo poi diluire la portata garantistica di questa disposizione convenzionale accettando la nozione di accertamento sostanziale di responsabilità, come elaborata e difesa dalla Consulta italiana.

Muovendosi oramai a braccetto su questo punto giuridicamente cruciale, la Corte EDU e la Corte Costituzionale si espongono alle medesime considerazioni critiche, ben riassunte in una domanda retorica: «[m]a veramente la condanna penale si riduce a mero ornamento formale dell'accertamento e del connesso pronunciamento giudiziale, insignificante nella prospettiva del *fair trial*?» [60]. A ben vedere, infatti, la qualificazione della confisca urbanistica come una *penalty*, una sanzione di matrice penale, non può che spostare il discorso su un piano logico e categoriale destinato a far emergere contraddizioni non sanabili. Basti pensare alla fragilità dell'assunto confutato in Varvara e riabilitato con G.I.E.M. L'idea per cui un provvedimento di proscioglimento per intervenuta prescrizione non impedisce al giudice penale di disporre la confisca (ove sia stato possibile accertare "nella sostanza" una responsabilità per lottizzazione abusiva) finisce con l'obliterare, in maniera inaccettabile, la funzione garantista e la natura sostanziale attribuite nell'ordinamento italiano all'istituto della prescrizione, conducendo all'esito assur-

[59] Sul punto v. uno dei primissimi commenti alla sentenza G.I.E.M. apparsi in lingua italiana: A. Galluccio, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte Edu, Grande Camera, in materia urbanistica*, reperibile all'indirizzo https://www.penalecontemporaneo.it/d/6141--confisca-senza-condanna-principio-di-colpevolezza-partecipazione-dell-ente-al-processo-l-attesa-se (ultimo accesso il 14.10.2018). V. inoltre P. Santoro, *Punta Perotti e non solo: una nuova condanna risarcitoria (per il momento solo annunciata) per l'Italia*, in *Danno e responsabilità*, 2018, 5, p. 567 ss.; nonché A. Quattrocchi, *Lottizzazione abusiva e confisca urbanistica: la discussa compatibilità convenzionale davanti alla Grande Camera della Corte Edu*, in *Dir. Pen. Proc.*, 11, 2018, pp. 1505-1515.

[60] V. Mongillo, *La confisca senza condanna*, cit., p. 430.



do dell'accertamento dell'estinzione di un reato da cui derivi l'applicazione di una sanzione penale [61].

Insomma, l'intensa dialettica che Corte EDU e giudici nazionali hanno sviluppato negli ultimi anni, confrontando interpretazioni assai differenti in materia di lottizzazione abusiva e di confisca urbanistica, porta a ritenere che delle due l'una: o si tiene ferma la qualificazione della confisca come pena, traendo tuttavia da un tale inquadramento ogni conseguenza pertinente in punto accertamento, colpevolezza e responsabilità (e dunque riconoscendo che il giudice penale potrà disporre una confisca urbanistica *ex* art. 44, comma 2 T.U. Edilizia solo in presenza di una formale condanna per il reato di lottizzazione abusiva); oppure si rimette in discussione proprio la natura giuridica della confisca, prendendo congedo da un approccio penalistico e orientando l'analisi in una prospettiva differente. Una soluzione mediana tra queste due ipotesi teoriche non sembra sostenibile, anzitutto sul piano della coerenza logica. A riprova di ciò sembra sufficiente rifarsi alle *opinion* redatte dal giudice Pinto de Albuquerque. In Varvara questo giudice aveva allegato alla sentenza della Corte EDU una *opinion* volta a qualificare la confisca urbanistica prevista dall'ordinamento italiano come "semplice" ingerenza sulla proprietà rilevante *ex* art. 1 P-1 (e da valutare, semmai, con un giudizio di proporzionalità), escludendo che essa fosse riconducibile *sub* art. 7 CEDU [62]. Tuttavia una volta accettata – sia pur malvolentieri – la natura penale della confisca urbanistica l'interprete non può venire meno al proprio rigore. Così, nella sua *separate opinion* alla sentenza G.I.E.M. il giudice Pinto de Albuquerque non ha potuto che muovere dure critiche nei confronti della decisione della Corte EDU, ritenendo che l'adesione alle tesi della Corte Costituzionale in merito alla dichiarazione sostanziale di responsabilità configuri una grave violazione del divieto costituzionale di analogia *in malam partem* in ambito penale [63].

È dunque evidente che il nodo teorico da sciogliere è – ed è sempre stato – lo statuto della confisca urbanistica disposta dal giudice penale, da ricostruire muovendo dai dati di diritto positivo italiano già presi in considerazione e, soprattutto, procedendo a un'opera-

---

[61] Il punto è ben evidenziato da L.V. Lo Giudice, *Confisca senza condanna e prescrizione*, cit., pp. 259-262.

[62] In questi termini opina un passaggio saliente (p. 11) della *separate opinion* del giudice Pinto de Albuquerque in Varvara. La medesima impostazione è fatta propria dai giudici Lemmens e Spano nella *separate opinion* che essi hanno allegato alla sentenza G.I.E.M.

[63] Per il giudice Pinto de Albuquerque, «such extension of the concept of "conviction" to the detriment of the defendant corresponds to an inadmissible analogy *in malam partem*. The legal fiction of a "conviction in substance" contradicts the very essence of the prohibition of analogy to the detriment of the defendant, which lies at the heart of the principle of legality». L'affermazione può leggersi nella *opinion* depositata a margine della sentenza G.I.E.M. (p. 103).



zione di contestualizzazione [64]. Una adeguata storicizzazione consente infatti di rilevare quanto l'ambigua fisionomia dell'istituto fosse discussa sin dalla fine degli anni '70 del secolo scorso. Due erano i profili oggetto del dibattito nella cultura giuridica e nelle corti italiane: da un lato si dubitava del fatto stesso che il giudice penale potesse irrogare la sanzione della confisca in un processo relativo al reato di lottizzazione abusiva; dall'altro lato, dopo lo "spartiacque" costituito dalla legge n. 47/1985 – che aveva disciplinato in maniera esplicita l'istituto con l'articolo 19 – si cominciò a discutere della natura amministrativa ovvero penale della confisca urbanistica disposta dal giudice penale.

Si è già detto sopra in che termini la qualificazione della confisca *ex* art. 19 legge n. 47 come sanzione in senso lato amministrativa si affermò, sin dai primi commenti della disciplina introdotta nel 1985. In sintesi, si può ribadire che la lettura della confisca urbanistica come sanzione *sui generis* ma di natura certamente reale e amministrativa, quand'anche disposta dal giudice penale – ad esempio perché il carattere abusivo di una lottizzazione era accertato malgrado l'esistenza di una convenzione tra amministrazione comunale e lottizzatore –, è risultata prevalente.

In tal senso, è opportuno sottolineare nuovamente che, dal punto di vista ermeneutico, le interpretazioni prevalenti hanno fatto leva sulla tecnica del *distinguishing*, valorizzando gli elementi di differenza tra la disciplina contenuta nell'articolo 240 c.p. e i dati testuali offerti in merito alla confisca urbanistica dalla legge sul condono edilizio [65]. Va da sé che una tale opzione interpretativa può risultare opinabile. Da un lato, è stato ben possibile ritenere irragionevole la diversa qualificazione della sanzione. Dall'altro lato, sono state mostrate le conseguenze negative che l'inquadramento "tradizionale" – confisca urbanistica come sanzione amministrativa di natura reale, che prescinde dalla condanna formale dell'imputato – era suscettibile di comportare a carico dei terzi che, totalmente estranei al reato di lottizzazione abusiva, acquistassero in buona fede beni poi "colpiti" dal processo penale [66].

---

[64] Oltre ai contributi più specifici già citati, per alcuni ragguagli di piglio complessivo sull'istituto della confisca v., a titolo esemplificativo: P. Piscione, *Confisca (dir. amm.)*, cit.; P. Gotti, *Confisca nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1989, *ad vocem*; A.M. Maugeri, *Confisca (diritto penale)*, cit.; F. Vergine, *Confisca*, in *Dig. Disc. Pubbl. – sez. penale*, Torino, 2016, *ad vocem*.

[65] Per una prima informazione sulla tecnica del *distinguishing*, opportunamente collocata in una più ampia trattazione sul funzionamento della giurisprudenza nei sistemi di *common law*, v. U. Mattei, E. Ariano, *Il modello di common law. Quinta edizione*, Torino, 2018, pp. 177-232 (spec. 192-199).

[66] Evidenzia «la singolarità e, sotto molti aspetti, l'anomalia della confisca urbanistica, specie nei confronti dei terzi in buona fede estranei al reato», G. Tucci, *Confisca "urbanistica"*, cit., p. 33. Si rinvia nuovamente, inoltre, a B. Manfredonia, *La tutela del terzo*, cit.



D'altra parte può forse riconoscersi che, nel tentativo di delineare contorni, pregi e limiti di questo istituto, sono state trascurate le ragioni "contingenti" che spinsero il legislatore ad attribuire esplicitamente il potere/dovere di confisca al giudice penale. In tal senso è facilmente ipotizzabile che la disciplina dell'articolo 19, così come l'inasprimento del trattamento sanzionatorio penale di cui all'articolo 20, siano stati elementi normativi volti a bilanciare un intervento legislativo come la legge n. 47/1985, che nel complesso fu assai criticato [67]. Questa, infatti, fu l'esito di una stagione di produzione normativa confusa e problematica, caratterizzata dall'ampio ricorso alla decretazione d'urgenza, dalla frequente mancata conversione di decreti legge molto contestati e da ulteriori interventi normativi, adottati immediatamente dopo la promulgazione della legge n. 47. In un quadro così farraginoso, nel condono edilizio si era ravvisata una «legge a formazione successiva» foriera di gravi incertezze nei rapporti tra poteri pubblici e cittadinanza; parimenti si era parlato di un'amnistia non rispettosa del dettato dell'articolo 79 Cost. [68]. Si può dire che nel 1985 il legislatore portò a termine un'operazione di politica del diritto essenzialmente contradditoria: con un occhio rivolto al passato (e con in mente i potenziali incassi conseguibili nel breve periodo dall'erario), sacrificò con il condono vaste porzioni di territorio italiano abusivamente lottizzate e/o trasformate; con l'altro occhio proteso verso il futuro, introdusse una disciplina molto severa e imperniata sull'istituto della confisca, la cui applicazione era per la prima volta rimessa – in termini di potere/dovere – anche al giudice penale. A distanza di più di trent'anni, e a seguito di nuove stagioni di condono edilizio [69], è senz'altro possibile concordare con chi ha sottolineato che «[l]a fuga nel diritto amministrativo sanzionatorio allora risponde (…) alla ricerca di una via più efficace, ed in definitiva talvolta più invasiva, per reprimere viola-

---

[67] Nel commentare l'articolo 20 della legge n. 47 era possibile rilevare che «(…) è quanto meno curioso che un simile intervento normativo sia contenuto in una legge che ha per fondamentale obiettivo un quasi indiscriminato *condono*, per di più conseguibile *a buon mercato*, di abusi già consumati; questo andamento a forbice rende francamente perplessi circa la reale efficacia deterrente delle nuove pene (…)»: G. Fornasari, *Commentario della legge 28 febbraio 1985, n. 47*, *sub* art. 20, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1985, p. 1100. In ambito non giuridico, una interessante e agile retrospettiva è in V. De Lucia, *Nella città dolente. Mezzo secolo di scempi, condoni e signori del cemento dalla sconfitta di Fiorentino Sullo a Silvio Berlusconi*, Roma, 2013.

[68] Sul punto è sufficiente rinviare ad A. Carullo, *Commentario della legge 28 febbraio 1985, n. 47*, Nota introduttiva, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1985, p. 1014-1015. Per un approfondimento in merito ai dibattiti dell'epoca, v. AA.VV., *Sanzioni e sanatoria nella nuova urbanistica*, Padova, 1985.

[69] Come è noto, dopo quello del 1985 si sono avuti i condoni del 1994 (ai sensi dell'articolo 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724) e del 2003 (previsto in seno al d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326).



zioni di particolare gravità. Una di queste strade è stata percorsa quanto alla confisca urbanistica, seppure in un modo del tutto peculiare, perché l'inerzia e talora la connivenza delle amministrazioni locali a fronte della lottizzazione abusiva ha reso vantaggioso affidare, in via di supplenza, al giudice penale la sanzione (amministrativa), al contempo svincolandolo dall'handicap dei fugaci termini di prescrizione del reato» [70].

Sulla scorta di quanto osservato diventa agevole evidenziare che le contraddizioni delle linee di politica del diritto tradotte in legislazione nel 1985 sono all'origine delle principali ambiguità riscontrabili nell'istituto della confisca urbanistica, specie quando essa sia disposta dal giudice penale ai sensi dell'odierno art. 44, comma 2 T.U. Edilizia.

In primo luogo, il crescente ruolo dei giudici penali – specie nelle situazioni più complesse, perché caratterizzate da forme di "corresponsabilità" delle amministrazioni pubbliche nella commissione di lottizzazioni abusive – ha rafforzato la tendenza a mutuare una griglia di categorie e tecniche interpretative propria del diritto penale. In altri termini, negli ultimi trent'anni un campo di problemi così delicato, com'è quello urbanistico e paesaggistico, è stato vieppiù fagocitato nell'ordine discorsivo penalistico [71]. In questo mutato contesto il baricentro delle riflessioni teoriche e delle interpretazioni giurisprudenziali non poteva che spostarsi strutturalmente: la natura della confisca è stata sempre meno inquadrata come rimedio (severo quanto si vuole, ma chiaramente) predisposto a tutela dell'ambiente e del paesaggio, per venire discussa anzitutto alla stregua del principio *nulla poena sine lege* e dunque del complesso di garanzie costituzionali a presidio del carattere personale della responsabilità penale. Una vera e propria torsione, questa, occorsa ben prima degli interventi della Corte EDU e destinata inevitabilmente a mandare in crisi la tenuta teorica della confisca urbanistica disposta dal giudice penale, specie se in assenza di formale provvedimento di condanna: tanto che si è potuto opportunamente considerare questo istituto come «l'ennesimo ibrido nostrano (…) escogitato per ovviare ad endemiche carenze nella gestione del territorio e nella repressione degli abusi edilizi» [72].

Una seconda ambiguità strutturale della confisca urbanistica deve essere individuata nell'automatismo che si registra nel funzionamento di questo istituto. Tanto ai sensi dell'art. 30, commi 7 e 8, quanto *ex* art. 44, comma 2 del T.U. Edilizia, la confisca urbanistica risulta una sanzione rigidissima: nel primo caso essa scatta decorso un termine di

---

[70] M. Bignami, *Le gemelle crescono*, cit., pp. 301-302 (nota al testo citato omessa).

[71] In questa direzione sembrano andare, con riguardo alla posizione del terzo estraneo al reato di lottizzazione abusiva, le considerazioni di B. Manfredonia, *La tutela del terzo*, cit., pp 377-379.

[72] V. Mongillo, *La confisca senza condanna*, p. 432.



90 giorni dall'adozione dell'ordinanza che sospende le attività di «lottizzazione di terreni a scopo edificatorio senza la prescritta autorizzazione»; nel secondo caso, come ampiamente discusso, è necessaria e sufficiente non la formale condanna dell'imputato, bensì una «sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva».

A costo di formulare una – solo apparente – provocazione, occorre allora riconoscere che è perfino secondario soffermarsi in maniera astratta sulla natura penale (e personale) ovvero amministrativa (e reale) della confisca urbanistica. Il punto dirimente, perfettamente colto dal giudice Pinto de Albuquerque nella sua *opinion* allegata alla sentenza Varvara, non è l'eventuale applicabilità dell'articolo 7 CEDU, bensì la concreta modalità di ingerenza sulla proprietà in cui la confisca si risolve. Da questo punto di vista operazionale, l'interprete si misura con una sanzione che produce un trasferimento coattivo e gratuito della proprietà da un soggetto privato a un'amministrazione comunale (spesso corresponsabile degli abusi che sono alla base della confisca stessa) e che è caratterizzata da un funzionamento draconiano. Ma se così è, lungi da discussioni tanto complesse quanto interessanti sembra davvero agevole, per qualsiasi osservatore, riconoscere la natura inaccettabilmente indiscriminata della confisca urbanistica. In sintesi, con Sud Fondi e Varvara (più che con G.I.E.M.) la Corte EDU ha adottato – lo si è visto – scelte interpretative assai opinabili, ma ha anche avuto il grande merito di chiarire un punto dirimente: una interferenza così invasiva e automatica sulle proprietà dei privati è sproporzionata rispetto alle meritorie esigenze di controllo dell'uso dei beni, riassunte nelle normative urbanistiche e a tutela di paesaggio e ambiente; pertanto essa finisce con l'essere contraria a basilari esigenze di tutela costituzionale, ponendosi in violazione dell'art. 1 P-1 [73].

7. – Le considerazioni da ultimo svolte autorizzano a sottolineare che la dialettica tra lottizzazione convenzionata, abusi, confisca della proprietà e tutela del paesaggio può essere studiata anche prescindendo, almeno in parte, dal ginepraio costituito dalle discussioni relative alla natura giuridica, penale o amministrativa, della confisca urbanistica.

[73] Ad avviso di chi scrive, la conclusione dovrebbe valere anche e soprattutto per coloro i quali si rifiutano di dare dell'articolo 1 P-1 una interpretazione semplicistica come quella dominante nella giurisprudenza della Corte EDU, che risulta tutta imperniata sul principio generale di tutela della libertà proprietaria, delle *possessions* esclusive dei privati e dell'individualismo possessivo. Sul punto sia consentito il rinvio a U. Mattei, R.A. Albanese, R.J. Fisher, *Commons as* possessions, cit.



È allora possibile e opportuno adottare un punto di vista civilistico, con gli obiettivi di restituire protagonismo alla *ratio* di una disciplina tanto dibattuta e di spostare il baricentro dell'analisi sulle utilità offerte dai beni e sulla teoria della proprietà. Da questa differente prospettiva è necessario soffermarsi su come una certa articolazione – o redistribuzione – delle sfere proprietarie può essere, o non essere, conseguita tramite un certo dispositivo giuridico [74]. È in tale ottica che alcuni dei profili discussi nei paragrafi precedenti si rivelano meno decisivi di quanto potesse sembrare. Emerge invece un aspetto cruciale, rispetto al quale le sentenze con cui la Corte EDU ha ripetutamente condannato la Repubblica italiana hanno operato (ancora una volta [75]) come "marcatore", capace di evidenziare inadeguatezze e contraddizioni del nostro ordinamento. Ci si riferisce, chiaramente, al problema della compatibilità tra un certo insieme di interferenze sulle proprietà private e di regole di controllo sull'uso dei beni, da un lato, ed esigenze di tutela proprietaria provviste di matrice costituzionale, dall'altro lato.

Come si è visto, è proprio su questo punto che il concreto funzionamento della confisca urbanistica, quale sanzione delle lottizzazioni abusive, rivela la sua irragionevolezza. Scattando in maniera indiscriminata e sostanzialmente automatica, essa non supera il test di proporzionalità e pertanto appare contraria non solo all'articolo 1 P-1 ma perfino – non è forse peregrino ipotizzarlo – all'articolo 42 Cost. [76]. Anche a non voler approfondi-

---

[74] Per una tale sofisticazione dell'analisi della materia proprietaria si rinvia a U. Mattei, *La proprietà*, in Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Torino, 2015. V. inoltre A. Gambaro, *Diritti reali (diritto internazionale e comparato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, 2007, pp. 473-449; Id., *La proprietà*, cit.

[75] Quanto alla ben nota *querelle* che i giudici europei hanno ingaggiato con l'ordinamento italiano, in merito all'istituto dell'occupazione acquisitiva, ci si limita a rinviare, *ex multis*, a G. Ramaccioni, *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda dell'occupazione acquisitiva*, Torino, 2013. In merito alle violazioni dell'articolo 3 CEDU («[n]essuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»), di cui la Repubblica Italiana si è drammaticamente resa responsabile a più riprese, si segnalano due recenti sentenze della Corte EDU, legate ai fatti del tristemente celebre G8 di Genova del 2001: Azzolina e altri c. Italia e Blair e altri c. Italia, decisioni entrambe rese il 26 ottobre 2017. Infine, con riguardo alla possibilità di attribuire a un soggetto neonato il cognome materno in aggiunta o in sostituzione del solo cognome del padre, v. Corte EDU, 7 gennaio 2014, Cusan e Fazzo c. Italia. V., in termini, la successiva sentenza della Corte Costituzionale, 21 dicembre 2016, n. 286, secondo cui «[t]ale diversità di trattamento dei coniugi nell'attribuzione del cognome ai figli, in quanto espressione di una superata concezione patriarcale della famiglia e dei rapporti fra coniugi, non è compatibile né con il principio di uguaglianza, né con il principio della loro pari dignità morale e giuridica». A partire dalla sentenza dei giudici di Strasburgo, una ricostruzione della materia è offerta da C. Battiato, *Il cognome materno alla luce della recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, consultabile all'indirizzo https://www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/cassandra-battiato/il-cognome-materno-alla-luce-della-recente-sentenza-della-corte-europea-dei-diritti-dell-uomo (ultimo accesso il 22.03.2019).

[76] In seno alla vastissima bibliografia in materia di giudizio di proporzionalità, vero e proprio pilastro argomentativo nella dimensione giuridica europea, si rinvia per lo meno a D. Kennedy, *A Transnational*



re un tale profilo di incostituzionalità "interna", la confisca urbanistica risulta censurabile alla luce della ricostruzione dei rapporti tra fonti nazionali e convenzionali che è stata elaborata in Italia. È infatti plausibile concludere che le previsioni legislative italiane in materia di confisca urbanistica per lottizzazione abusiva – gli artt. 30, comma 8 e 44, comma 2 T.U. Edilizia – sono illegittime per violazione dell'articolo 1 P-1, ossia una norma interposta operante nel nostro ordinamento con un rango sub-costituzionale (e sovra-legislativo) in virtù dell'art. 117, comma 1 Cost.[77]. D'altra parte, anche sul terreno rimediale – ove occorre verificare quanto un dispositivo giuridico sia capace di assicurare protezione e riproduzione di utilità primarie come quelle paesaggistiche ed ecologiche – è purtroppo facile rilevare che questo istituto costituisce uno strumento spuntato e ben poco efficace. Appare infatti evidente che l'attuale funzionamento draconiano della confisca urbanistica non può ritenersi soddisfacente: esso, di per sé, non garantisce in alcun modo che al trasferimento coattivo della proprietà seguano la demolizione degli abusi e il ripristino dello stato dei luoghi, ossia le attività in cui la tutela paesaggistica si può e deve concretizzare. Un simile argomento è esplicitamente proposto nella sentenza G.I.E.M.[78], e gli stessi dubbi possono trarsi dalla lettura del dossier "Abbatti l'abuso. I numeri delle (mancate) demolizioni nei comuni italiani", pubblicato nel 2018 da Legambiente[79]. In particolare questo studio è stato capace di attestare, sulla base delle risposte fornite volontariamente (e quindi da un campione statistico non del tutto rappresentativo) da oltre 1.800 comuni italiani, che «[d]al 2004 a oggi, in Italia, risultano eseguite il 19,6% delle ordinanze di demolizione emesse» per sanzionare gli abusi riscontrati sia nei singoli interventi edilizi sia nelle lottizzazioni.

8. – È dunque vero che – con riguardo ai rimedi predisposti per reagire alle lottizza-

---

Genealogy of Proportionality in Private Law, e a N. Reich, *Balancing in Private Law and the Imperatives of the Public Interest: National Experiences and (Missed?) European Opportunities*, entrambi in R. Brownsword, H.-W Micklitz, L. Niglia, S. Weatherill (a cura di), *The Foundations of European Private Law*, Oxford and Portland, 2011, pp. 185-248.

[77] V. P. Perlingieri, *Leale collaborazione*, cit., passim.

[78] La Corte EDU – dopo aver rammentato gli avvenimenti relativi ai complessi immobiliari litigiosi (la G.I.E.M. S.r.l. aveva ottenuto la restituzione dei terreni confiscati nel 2013, all'esito della vicenda Sud Fondi; a fine luglio 2015 la Hotel Promotion Bureau S.r.l. occupava ancora i terreni confiscati dal comune di Golfo Aranci) – ha potuto soggiungere (par. 299) che «[i]t may thus be questioned whether the confiscation of the property has actually contributed to the protection of the environment».

[79] Il dossier può essere consultato al seguente indirizzo: https://www.legambiente.it/abbatti-abuso-i-numeri-delle-mancate-demolizioni (ultimo accesso il 12.12.2018).



zioni che si rivelano abusive – l'attuale quadro normativo italiano è viziato da carenze in termini di effettività, da contraddizioni teoriche e operazionali non secondarie, da profili di contrarietà al sistema convenzionale europeo di tutela della proprietà. Tali criticità, di per sé gravi, risaltano soprattutto nel caso in cui a risultare abusiva sia una lottizzazione convenzionata. In queste ipotesi, come si è già evidenziato, pericoli o lesioni (spesso irreversibili, purtroppo) delle utilità generate da paesaggi ed ambiente sono il prodotto di una "alleanza" che proprietà privata lottizzatrice e pubbliche amministrazioni suggellano con la convenzione. Il settore pubblico, da garante degli interessi sovra-individuali affidatigli, si fa corresponsabile degli abusi; e un rimedio come la confisca urbanistica disposta dal giudice penale – limitandosi a trasferire la proprietà in maniera coattiva e gratuita, proprio in favore della persona pubblica corresponsabile – contribuisce ben poco a un'efficace tutela dei contesti ecologici minacciati o pregiudicati dalle attività di lottizzazione sanzionate.

Eppure, ammettere i limiti del vigente diritto positivo italiano non obbliga ad aderire pedissequamente agli orientamenti della Corte di Strasburgo. Già nei paragrafi precedenti, anzi, si è cominciato a verificare che un approccio più problematico consente di mostrare quanto le criticità che affliggono la confisca abbiano avuto l'effetto collaterale di sviare l'attenzione da quello che dovrebbe essere il cuore della discussione giuridica e di politica del diritto in materia di lottizzazione abusiva. A tal proposito, non è difficile ricordare che la formale imputazione del diritto (soggettivo, individuale, esclusivo) di proprietà ha un rilievo secondario, ai fini di una soddisfacente regolazione delle questioni discusse in questo lavoro. A essere cruciali, in termini di *ratio* della disciplina sulla lottizzazione abusiva, sono invece le istanze di tutela delle utilità (diffuse, collettive, inclusive) che possono emergere dalla relazione giuridica tra coloro i quali abitano un territorio e quel complesso di beni qualificato come paesaggio, ambiente o *habitat* [80].

Una tale, ritrovata consapevolezza consente all'analisi condotta di fare due avanzamenti. Anzitutto, diventa possibile riportare alla luce le ragioni di fondo che hanno giustificato – per quanto in un contesto giuridico caratterizzato da regolazioni amministrative che erano appannaggio del settore pubblico – e tuttora giustificano le previsioni legi-

[80] Su paesaggio, ambiente e *habitat* si vedano, a titolo meramente esemplificativo: M.S. Giannini, *«Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, pp. 15-53; A. Predieri, *Paesaggio*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milano, 1981, pp. 503-531; U. Breccia, *Diritto all'abitare*, in *XXI Secolo*, Roma, 2009, consultabile all'indirizzo http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-all-abitare_%28XXI-Secolo%29/ (ultimo accesso il 22.03.2019); A. Gambaro, *Proprietà privata*, cit.. In ambito non giuridico, v. G. Agamben, *L'uso dei corpi*, Vicenza, 2014; R. Bodei, *Paesaggi sublimi. Gli uomini davanti alla natura selvaggia*, Milano, 2008.



slative che si sono discusse. Inoltre, e soprattutto, può cogliersi l'opportunità di adottare un innovativo approccio civilistico, mostrando come le categorie e le tecniche del diritto privato possono mettere in forma e tutelare interessi sovra-individuali [81]. In altri termini, analizzare le questioni oggetto del presente studio con le lenti del diritto privato rafforza l'impostazione che intende sganciare da ottiche di troppo estesa penalizzazione gli obiettivi di ordinata trasformazione del territorio e di tutela di utilità paesaggistiche e ambientali: in questo ambito della vita associata, infatti, la priorità non è costituita dalla sanzione afflittiva del responsabile. Una tale prospettiva permette, più in particolare, di far emergere con maggiore chiarezza la pluralità di interessi che ruotano attorno a processi e operazioni negoziali di trasformazione territoriale. In proposito è ben possibile evidenziare che accanto agli interessi qualificati come pubblici, e pertanto imputati agli apparati amministrativi, e alla posizione giuridica idiosincratica dei proprietari privati lottizzatori, nella ricostruzione dell'assetto negoziale definito dalle convenzioni urbanistiche non devono essere ignorati interessi ulteriori, non confinabili nello schema riduzionistico pubblico-privato [82].

Un adeguato inquadramento della pluralità di interessi cui si è alluso può essere conseguito anzitutto dal diritto dei beni e dagli studi sulla proprietà, con riguardo alle prospettive di indagine aperte (*rectius* rinnovate) dagli studi, ormai innumerevoli, sui beni comuni [83]. Specialmente nel contesto italiano, le riflessioni e i vivaci dibattiti che hanno

---

[81] Pensare un diritto privato "non proprietario" e sovra-individuale significa sviluppare un ambito di ricerche tanto importanti quanto attuali. In proposito tra le letture più risalenti, oltre a S. Rodotà, *Il terribile diritto*, già cit., v. per tutti N. Lipari (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Roma-Bari, 1974; e L. Bigliazzi Geri, *Divagazioni su tutela dell'ambiente ed uso della proprietà*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1987, pp. 495-510. Più di recente, v. A. Quarta, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016; nonché M. Spanò, *Making the Multiple: Toward a Trans-Subjective Private Law*, in *The South Atlantic Quarterly*, 118:4, October 2019, pp. 839-855.

[82] Per recenti ricerche che, nel contesto italiano, sono volte a ripensare e arricchire il ruolo istituzionale del contratto, v. A. Nervi, *Beni comuni e ruolo del contratto*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, pp. 180-203; Id., *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, in *Rassegna di diritto civile*, 2/2016, pp. 418-443; M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Persona e mercato*, 2015, pp. 37-50; Id., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rassegna di diritto civile*, 4, 2016, pp. 1291-1323; Id., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 1, 2017, pp. 4-31. Critico nei riguardi di tale approccio è S. Pagliantini, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2016, pp. 337-344.

[83] In una bibliografia vastissima è sufficiente menzionare alcune recenti pubblicazioni in lingua italiana: U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; P. Grossi, *I beni: itinerari tra "moderno" e "pos-moderno"*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4/2012, pp. 1059-1085; L. Nivarra, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 4/2013, pp.



preso le mosse dai lavori della c.d. commissione Rodotà – secondo cui, come è noto, sono beni comuni le «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona»[84] – consentono oggi di impostare in termini promettenti l'analisi di tutti i problemi che riguardano la tutela e gestione del paesaggio e degli ecosistemi, le trasformazioni urbanistiche, il regime giuridico delle attività di lottizzazione.

Infatti, ammettere (come proposto dalla commissione Rodotà) la riconduzione alla categoria dei beni comuni dei «beni archeologici, culturali, ambientali e [del]le altre zone paesaggistiche tutelate» è un passaggio di non poco momento.

In primo luogo, prospettare una tutela inibitoria a legittimazione diffusa – aspetto, questo, assunto nelle proposte della commissione Rodotà e acquisito nella quasi totalità

503-530; N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013; A. Di Porto, *Res in usu publico e "beni comuni". Il nodo della tutela*, Torino, 2013; Y. Thomas, *Il valore delle cose*, Macerata, 2015 (edizione curata da M. Spanò con un saggio di G. Agamben); L. Nivarra, *Quattro usi di «beni comuni» per una buona discussione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1/2016, pp. 41-62; A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Milano-Udine, 2016. Si segnala inoltre l'utile approfondimento contenuto nel fascicolo 2/2017 di *Questione giustizia*, consultabile all'indirizzo http://questione giustizia.it/rivista/2017-2.php (ultimo accesso il 22.03.2019). Per una prospettiva critica nei confronti della categoria v. E. Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari, 2013; nonché C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

[84] È opportuno riportare la formulazione integrale dell'ormai celebre articolo 1, comma 3 lett. c) dell'articolato redatto dalla commissione Rodotà come proposta di disegno di legge delega per la riforma del diritto dei beni pubblici: sono beni comuni le «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge. Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe. Sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate. La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici. Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti ed interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato. Allo Stato spetta pure l'azione per la riversione dei profitti. I presupposti e le modalità di esercizio delle azioni suddette saranno definite dal decreto delegato».

La relazione di accompagnamento predisposta dalla commissione è consultabile online all'indirizzo https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_10&facetNode_2=0_10_21&previsiousPage=mg_1_12&contentId=SPS47617 (ultimo accesso il 12.12.2018). Per maggiori ragguagli v. U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007; Eid. (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010.



degli studi sui beni comuni – significa prendere le distanze dalle tradizionali costruzioni sui beni pubblici e sulla demanialità (imperniate sul ruolo di tutela attribuito *ex* articolo 823 c.c. alle pubbliche amministrazioni [85]) per riproporre, seppur in termini aggiornati, l'insieme di problemi legati all'emersione, al riconoscimento e alla tutela degli interessi diffusi e collettivi. Sarebbe del tutto inappropriato soffermarsi qui su discussioni che sono state centrali negli anni '70 del secolo scorso [86]. È pertanto sufficiente dare atto della rinnovata attualità di questioni come la configurabilità di situazioni soggettive «adespota», che, anche ai sensi dell'art. 24 Cost., non sono meno «proprie» per il fatto di non essere esclusive [87]; o anche i numerosi limiti strutturali – tra tutti la matrice individualistica, nonché il carattere prevalentemente impugnatorio del giudizio amministrativo – che le giurisdizioni civile e amministrativa mostrano di fronte alle esigenze tecniche poste dalle istanze di tutela degli interessi diffusi e dei beni comuni [88].

Rispetto ai dibattiti ruotati attorno alla qualificazione e alla fisionomia degli interessi diffusi, peraltro, oggi sembra possibile un avanzamento consistente nel riconoscimento – non soltanto dottrinale, ma anche emergente in fonti legislative regionali e in regolamenti

---

[85] Ai sensi dell'art. 823, comma 2 c.c., rubricato «condizione giuridica del demanio pubblico», «spetta all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico. Essa ha facoltà sia di procedere in via amministrativa, sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso regolati dal presente codice». Peraltro, per lo meno con riguardo agli enti locali una tale disposizione dovrebbe essere coordinata con quanto previsto dall'articolo 9, comma 1 d.lgs. (Testo Unico degli Enti Locali), che in materia di «azione popolare e delle associazioni di protezione ambientale» stabilisce che «ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia». Come si sa, questa norma descrive un'azione popolare meramente "sostitutiva", caratterizzata da ristretti margini di operatività e da una portata istituzionale non innovativa: *ex* articolo 9 TUEL, infatti, il singolo elettore non può far valere una situazione soggettiva "propria", e la sua azione popolare è dunque da ricondurre a una prospettiva lontana dai modelli rimediali a legittimazione diffusa prospettati per i beni comuni.

[86] Sterminata la produzione scientifica in materia. V., a mero titolo esemplificativo, AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padova, 1976; AA.VV., *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato. Con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, Milano, 1976; AA.VV., *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi*, cit.. Per due ulteriori contributi apparsi nel decennio successivo v. V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; F.G. Scoca, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabille*, in *Diritto e Società*, 1985, pp. 637-656. Per una prospettiva d'insieme v. L. Nivarra (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato. Atti del Convegno. Palermo, 7-8 luglio 2006*, Milano, 2008.

[87] Da ultimo v., in questi termini, P. Duret, *Taking "commons" seriously: spigolature su ambiente come bene comune e legitimatio ad causam*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 1/2013, pp. 44-45. V., inoltre, M. Spanò, *Making the Multiple*, cit.

[88] Per tutti, a questo proposito v. M Cappelletti, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., in particolare pp. 191-221; e A. Romano, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, in AA.VV., *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi*, cit., pp. 33-59.



comunali [89] – del protagonismo delle relazioni giuridiche di uso pubblico intrattenute tra soggetti e beni. Infatti, la tutela e riproduzione delle utilità comuni offerte dal paesaggio è anzitutto derivante dall'uso pubblico che, a vari livelli di intensità (dalla mera fruizione sino a una cura più attiva), dei beni paesaggistici viene fatto. Specularmente, è in tali forme di uso e godimento che possono trovare soddisfazione interessi e diritti fondamentali di soggetti che, proprio in riferimento alla dimensione collettiva dell'uso di questi beni, possono riconoscersi come parte di una più ampia comunità di riferimento [90]. Una tale centralità dell'uso pubblico conduce a ridimensionare il ruolo dell'imputazione formale del diritto soggettivo di proprietà – che infatti può essere in capo tanto a persone pubbliche, quanto a soggetti privati – e la portata dello *ius excludendi* tradizionalmente attribuito all'individuo proprietario, con un inedito protagonismo delle prerogative di accesso [91].

In sintesi, dunque, rispetto a un passato anche recente il discorso sui beni comuni rende più plausibile un ripensamento delle ricostruzioni in materia di proprietà e di forme di appartenenza, così come delle coppie teoriche "soggetto/oggetto", "privato/pubblico", "individuale/collettivo" [92]. Il Pubblico non può più considerarsi il tutore unico di interessi giuridici sovra-individuali, magari perseguiti con provvedimenti amministrativi di conformazione dei diritti soggettivi di proprietà: tra i due poli della sovranità pubblica e dell'idiosincrasia proprietaria è finalmente possibile attribuire piena consistenza giuridica a interessi diffusi, non riducibili a forme di appartenenza individualistiche ed esclusi-

---

[89] Tra le diverse leggi regionali è bene riportare l'art. 1, comma 1 della legge regionale Toscana 10 novembre 2014, n. 65, a mente del quale «[l]a presente legge detta le norme per il governo del territorio al fine di garantire lo sviluppo sostenibile delle attività rispetto alle trasformazioni territoriali da esse indotte anche evitando il nuovo consumo di suolo, la salvaguardia e la valorizzazione del patrimonio territoriale inteso come bene comune e l'uguaglianza di diritti all'uso e al godimento del bene stesso, nel rispetto delle esigenze legate alla migliore qualità della vita delle generazioni present i e future». Toni non dissimili si hanno, ad es., nella legge regionale Emilia-Romagna 21 dicembre 2017, N.24, nonché nella legge regionale Veneto 06 giugno 2017, n. 14. Quanto al livello municipale, sono ormai oltre duecento i regolamenti comunali che disicplinano i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadinanza per la cura, gestione e rigenerazione di beni comuni urbani. Sul punto v., oltre al testo di A. Giusti citato alla nota 28, *retro*, C. Angiolini, *Possibilità e limiti dei recenti regolamenti comunali in materia di beni comuni*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0*, cit., pp. 147-156; F. Giglioni, F. Di Lascio (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017.

[90] Oltre che al determinante insegnamento di Yan Thomas, sopra citato alla nota 83, sia consentito il rinvio a R.A. Albanese, *L'uso pubblico e il diritto privato. Una relazione da ripensare*, in U. Mattei, A. Candian, B. Pozzo, A. Monti, C. Marchetti (a cura di), *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017, pp. 531-548.

[91] V. l'importante lavoro di A. Quarta, *Non-proprietà*, cit.

[92] V. tra i molti F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del diritto*, cit.; nonché A. Gambaro, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, cit.



ve né integralmente sussumibili nell'azione autoritativa delle persone pubbliche [93].

Sono da sottolineare, in particolare, le implicazioni della consapevolezza per cui la promozione di certi interessi, fondamentali e diffusi, non può essere integralmente assorbita nella categoria degli «interessi pubblici» perseguiti dalle autorità amministrative. Da un lato, una tale acquisizione consente di rinnovare le riflessioni problematiche su questioni classiche: si pensi, ad esempio, a come la categoria della demanialità e la nozione di beni pubblici siano state rilette nel 2011 dalle Sezioni Unite civili della Suprema Corte, con la giurisprudenza c.d. di San Valentino [94]. Dall'altro lato, e soprattutto, occorre ammettere che il riconoscimento giuridico dei beni comuni conduce, specie in un ambito come quello paesaggistico e ambientale, a nuovo assetto istituzionale delle relazioni tra le funzioni delle pubbliche amministrazioni e le situazioni soggettive della cittadinanza: «questo modo di considerare il territorio come bene comune, imposta allora, sia il problema della pianificazione, che il problema della tutela o, meglio, della posizione sostanziale del cittadino nell'ambito della destinazione e dell'uso del territorio» [95]. A questo proposito, non è certo casuale che, proprio nel solco dei lavori sui beni comuni, sia stato possibile discorrere di *urban commons* come dispositivo per contrastare i processi di speculazione immobiliare e di *gentrification*, così come vedere nei beni comuni urbani

---

[93] Per un'autorevole visione d'insieme in materia di interessi diffusi v. G. Alpa, *Interessi diffusi*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1993, *ad vocem*; Id., *Interessi diffusi* (I° agg.), in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 2014, *ad vocem*.

[94] Secondo un passaggio ormai celebre della pronuncia di Cass. SS.UU., 14 febbraio 2011, n. 3665, "là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del dominium romanistico e della proprietà codicistica, "comune" vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini». A proposito di questa giurisprudenza v., tra i molti, E. Pellecchia, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in *Il Foro Italiano*, 2012, c. 573 ss.; G. Carapezza Figlia, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle sezioni unite*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, pp. 535-548. Sia consentito il rinvio anche a R.A. Albanese, *Dai beni comuni all'uso pubblico e ritorno. Itinerari di giurisprudenza e strumenti di tutela*, in *Questione Giustizia*, 2/2017, pp. 104-111, consultabile all'indirizzo http://questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-2_18.pdf (ultimo accesso il 21.12.2018). Occorre peraltro rammentare che sulla questione dell'appartenenza delle valli da pesca della laguna di Venezia – oggetto della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione – si è pronunciata anche la Corte EDU, decidendo il 23 settembre 2014 il caso Valle Pierimpiè Società Agricola S.p.a. c. Italia. In proposito, v. T. Greco–M. Greco, *Valli da pesca, demanialità marittima ed espérance légitime del privato nella giurisprudenza CEDU*, in *Danno e responsabilità*, 2/2015, pp. 134-149; C. Angiolini, *L'interpretazione estensiva dell'art. 1, prot. 1, Cedu: fra tutele proprietarie e beni comuni*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2/2016, pp. 328-336. Per uno sguardo più generale in merito alla tutela giuridica delle aspettative legittime e delle *chances*, v. S. Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e diritto privato*, 2010, pp. 49-89.

[95] F. Benvenuti, *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, in *Jus*, 1987, p. 137.



la frontiera più avanzata della rigenerazione urbana e della c.d. amministrazione collaborativa [96].

9. – Nell'ottica così delineata, anche i problemi relativi a fruizione e tutela del paesaggio e degli ecosistemi sono un laboratorio molto promettente. È ben noto, infatti, che nella cultura giuridica italiana le impostazioni tradizionalmente prevalenti hanno fatto leva in maniera consistente sulla dicotomia pubblico-privato. In particolare, la disciplina degli usi del territorio è stata lungamente considerata appannaggio delle pubbliche amministrazioni, abilitate e tenute ad adottare – con provvedimenti unilaterali e autoritativi – sequenze pianificatorie organizzate secondo criteri gerarchici e c.d. "a cascata" [97]. Simili approcci, sia detto per inciso, hanno storicamente contribuito all'insufficiente comprensione della portata istituzionale e della concreta diffusione delle convenzioni di lottizzazione. Per quanto risultasse sovente tradita [98], la fiducia nella pianificazione pubblicistica, quindi, ha impedito di mettere adeguatamente a fuoco la capacità degli strumenti negoziali di conformare le proprietà e di influenzare il regime giuridico dei beni, così

---

[96] In merito a *urban commons* e *gentrification* v., a titolo esemplificativo, M.R. Marella, *Oltre il pubblico e il privato*, cit.; G. Semi, *Gentrification. Tutte le città come Disneyland?*, Bologna, 2015. Più in generale v. R. Cavallo Perin, *Beyond the Municipality: the City, its Rights and its Rites*, in *Italian Journal of Public Law*, 2/2013, pp. 307-315; F. Giglioni, F. Di Lascio (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017; A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, cit. Contributi più specifici sono P. Michiara, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, 2/2016, consultabile all'indirizzo http://www.aedon.mulino.it/archivio/2016/2/michiara.htm (ultimo accesso 8.03.2019); G. Calderoni, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in *Aedon*, 2/2016, consultabile all'indirizzo http://www.aedon.mulino.it/archivio/2016/2/calderoni.htm (ultimo accesso 8.03.2019); E. Fidelbo, *Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini*, in *Aedon*, 3/2018, consultabile all'indirizzo http://www.aedon.mulino.it/archivio/2018/3/fidelbo.htm (ultimo accesso 8.03.2019); S. Franca, *Cura dei beni comuni e responsabilità condivisa: spunti ricostruttivi*, in *Munus*, 1/2018, pp. 47-85. In materia di amministrazione collaborativa, nell'ottica di una netta valorizzazione della sussidiarietà orizzontale, resta sempre utile la consultazione del portale dell'associazione Laboratorio per la Sussidiarietà, www.labsus.org (ultimo accesso il 22.03.2019).

[97] Per un'autorevole espressione dell'orientamento menzionato nel testo v., per tutti, A. Predieri, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione: saggi*, Milano, 1969; Id., *La legge 28 Gennaio 1977 N. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, 1977; A.M. Bartoli, A. Predieri, *Piano regolatore*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, 1983, *ad vocem*.

[98] In tal senso, già nel 1973 – anno in cui gli orientamenti che valorizzavano il ruolo della pianificazione autoritativa erano senz'altro dominanti – si poteva constatare che «non vi è stato un solo caso di città importante, in nessuna parte del mondo, che possa essere additato ad esempio di una pianificazione urbanistica organicamente realizzata»: M.S. Giannini, *«Ambiente»*, cit., p. 21 (nel testo della nota n. 5).



ostacolando l'elaborazione di più sofisticate teorie della proprietà e dei beni [99].

A fronte di tali tendenze normative e culturali, ma in un contesto che risulta oggi profondamente mutato e assai incline a riconoscere il ruolo decisivo dell'urbanistica negoziata [100], la crescente attenzione nei riguardi dei beni comuni pare avere un'implicazione in ciò: che sembrano maturi i tempi per rendere più sofisticati (e dunque per cominciare a ripensare) gli assetti istituzionali figli delle impostazioni culturali tradizionalmente prevalenti. In tal senso, come autorevolmente intuito in passato, «[p]artendo da altre premesse, sono state date altre classificazioni dei beni ambientali come beni a proprietà divisa o come *beni supporto di situazioni diverse di fruizione*. Tale fruizione potrà essere *maggiore o minore, andrà da quella visiva e collegata prevalentemente ad una difesa dello status quo, all'accesso per consentire talune forme di godimento tipiche di un uso collettivo*; e comporterà una *partecipazione nell'attività di tutela e di pianificazione così come la possibilità di tutela, anche giudiziaria*, tanto della funzione collettiva quanto dalla stessa consistenza patrimoniale del territorio o del paesaggio» [101].

Prendendo le mosse da una simile consapevolezza, si ha conferma del fatto che nell'ambiente e nel paesaggio possono identificarsi beni comuni, ossia forme di appartenenza «trans-soggettiva» imperniate sull'uso pubblico, sull'accesso, su un approccio relazionale ed ecologico, sulla tutela delle utilità comuni generate nell'interesse della presente e delle future generazioni [102]. In una tale prospettiva – peraltro già delineata autorevolmente anche nella cultura giuridica pubblicistica [103] – alcune delle principali contraddizioni della materia oggetto di questo studio possono evidenziarsi con chiarezza. A fronte dei fondati dubbi rilevati nei riguardi della confisca urbanistica – specie di quella disposta dal giudice penale ai sensi dell'art. 44, comma 2, T.U. Edilizia –, deve notarsi che il mancato riconoscimento di strumenti per porre efficacemente rimedio a lottizzazioni convenzionate che minaccino o ledano il paesaggio o la qualità ecologica di un territorio è suscettibile di tradursi in una paradossale redistribuzione di *property rights* in favore dei lottizzatori abusivi.

---

[99] In proposito si rinvia, per tutti, allo studio di V. Mazzarelli, *Le convenzioni*, cit.; e alle riflessioni di S. Rodotà, *Disciplina della proprietà e controlli privati nell'esecuzione delle convenzioni urbanistiche*, in M. Costantino (a cura di), *Convenzioni urbanistiche*, cit., pp. 261-272.

[100] Si rinvia, sul punto, ai riferimenti contenuti alla nota 12.

[101] A. Predieri, *Paesaggio*, cit., p. 522 (corsivi aggiunti).

[102] Per una prospettiva espressamente «trans-soggettiva», v. P. Femia, *Il civile senso dell'autonomia*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, vol. 25, 2019, consultabile online; v. inoltre M. Spanò, *Making the Multiple*, cit.

[103] V. F. Benvenuti, *Pianificazione*, cit.



In altri termini, in assenza di una sofisticazione dell'apparato rimediale – tale ad esempio da valorizzare tutele in forma specifica, inibitorie e ripristinatorie – si corre il serio rischio che la collettività debba sopportare pesanti esternalità negative, venendo espropriata delle proprie prerogative relative ai beni comuni paesaggistici per il tramite di una convenzione di lottizzazione che, pur risultando abusiva, potrebbe spesso andare esente da adeguate sanzioni ove ricondotta al criticabile orizzonte penalistico sopra discusso. Il tutto risulta ancora più insoddisfacente nella misura in cui – lungi dall'imporre complessi accertamenti sull'elemento soggettivo delle persone fisiche (e non delle società) che possono essere chiamate a rispondere di reati – è noto che le questioni relative alla ripartizione delle sfere proprietarie prescindono di regola dalla colpevolezza dei soggetti coinvolti nella vicenda giuridica controversa [104].

10. – All'esito dell'analisi svolta fino a ora, diventa dunque opportuno soffermarsi brevemente – accanto e oltre quel che si è discusso in merito al ruolo delle pubbliche amministrazioni o della magistratura penale – sui rimedi prospettabili per reagire a forme di lottizzazione convenzionata in cui autorità pubbliche e poteri privati finiscano con il risultare, di fatto, alleati nella realizzazione di interventi abusivi e nocivi per le utilità comuni offerte dai territori [105].

Un primo spunto potrebbe essere colto e valorizzato restando all'interno del T.U. Edilizia. Infatti, la constatata illegittimità della confisca urbanistica disciplinata dagli artt. 30, comma 8 e 44, comma 2 del Testo Unico non impedisce all'interprete di ricercare, nel medesimo ambito normativo, soluzioni plausibili per apprestare rimedi nei confronti delle lottizzazioni abusive. In proposito, non sembra impossibile prospettare un'applicazione analogica dei meccanismi rimediali predisposti dal decreto n. 380 per il caso di singoli interventi edilizi abusivi (art. 31, commi 2-4). I rimedi operanti per i singoli abusi, tali da costituire un dispositivo giuridico articolato e modulabile, potrebbero quindi

[104] Sul punto è sufficiente rinviare a U. Mattei, *La proprietà*, in Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Torino, 2015, in particolare pp. 317-352. Inquadrando da questa prospettiva le contraddizioni della giurisprudenza Varvara, si potrebbe perfino affermare che la prescrizione del reato di lottizzazione abusiva si risolve in una contestuale prescrizione acquisitiva a favore del lottizzatore, il quale accresce la propria sfera proprietaria a scapito della collettività che vanta diritti sui beni comuni paesaggistici e ambientali.

[105] È appena il caso di evidenziare, a questo proposito, che "a monte" sarebbe ben possibile che, in un'ottica di pubblicità e trasparenza, le negoziazioni che conducono alla lottizzazione convenzionata siano aperte anche alla partecipazione fattiva – più intensa rispetto a quanto previsto dagli articoli 9 e 10 legge 7 agosto 1990, n. 241 – di individui e formazioni sociali interessati alla cura e riproduzione dei beni comuni paesaggisti e ambientali.



applicarsi anche per il caso di lottizzazione abusiva: sarebbe ragionevole reputare prioritario che un rimedio a tutela del paesaggio e degli interessi urbanistici abbia effetti ripristinatori, com'è per l'ordine di demolizione e di riduzione in pristino; solo in ipotesi estreme (reiterata inerzia del lottizzatore abusivo) un trasferimento coattivo della proprietà come quello provocato dalla confisca sarebbe una sanzione proporzionata. Non si ignora, d'altra parte, che una simile operazione interpretativa risulterebbe piuttosto delicata con riguardo alla riserva di legge *ex* articolo 42, comma 2, Cost., dal momento che essa – venuta meno *ex* art. 117, comma 1, Cost. la confisca urbanistica di cui agli artt. 30, comma 8 e 44, comma 2, T.U. Edilizia – porterebbe a configurare per analogia un modo di estinzione della proprietà privata [106].

Il profilo che, in ogni caso, risulta più interessante trattare – sulla scorta delle considerazioni contenute nei due paragrafi precedenti – è relativo ai rimedi che il diritto privato, riletto alla luce della rilevanza dei beni comuni, può mettere a disposizione dei soggetti "immersi" in paesaggi ed ecosistemi (e dunque interessati a fruizione e riproduzione dei medesimi) [107]. Come si è già accennato, le tutele più efficaci a difesa dei beni comuni – specie in casi come quelli decisi dalla Corte EDU, in cui la causa dei pericoli o dei danni sia una lottizzazione convenzionata concordata da enti pubblici e soggetti privati – sono da individuare in dispostivi cautelari e inibitori azionabili con una ampia legittimazione, attribuita a tutti i soggetti (potenzialmente o attualmente) lesi dagli abusi.

Sennonché è noto che rimedi così incisivi rispetto alle posizioni giuridiche altrui sono ricondotti all'ascrizione di situazioni giuridiche "proprietarie" ai soggetti che si facciano attori in giudizio [108]. Nel caso dei beni comuni paesaggistici e ambientali, invece, ci si trova dinanzi – come autorevolmente riconosciuto – a forme di «generale interesse che sta fuori dei concetti arcaici di proprietà o di possesso, ma costituisce una nuova forma

---

[106] A proposito di quanto rilevato nel testo è qui sufficiente rinviare, per tutti, a U. Mattei, *La proprietà*, cit., pp. 93-142; S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit.; R. Sacco, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1970, pp. 435-466.

[107] Quanto alla necessità di interrogarsi a fondo sulle categorie, sulle forme e sulle prestazioni del diritto privato contemporaneo, v. per lo meno: N. Lipari, *Le categorie*, cit.; M. Spanò, *Istituire o regolare? Le autorità private e la crisi della "topologia moderna"*, in P. Sirena, A. Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018; U. Breccia, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di "teoria generale del diritto"*, Pisa, 2019. Risulta impossibile dare conto di una letteratura sterminata in materia di rimedi. Per un riferimento ormai classico, v. U. Mattei, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987. Tra i molti contributi successivi v., per tutti, A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003. Negli anni più recenti, v. M. Spanò, *Azioni collettive. Soggettivazione, governamentalità, neoliberismo*, Napoli, 2013; Id., *Più d'Uno. La class action tra "tortificazione" del diritto civile e tramonto del diritto soggettivo*, in *Parolechiave*, 60, 2018, pp. 149-164.

[108] V. in proposito U. Mattei, *Tutela inibitoria*, cit.



di rapporto che (…) si avvicina piuttosto a una nuova relazione tipica che unisce il cittadino a beni immateriali (…)» [109].

L'attribuzione di rimedi diffusi a tutela dei beni comuni si lega, dunque, ai due avanzamenti teorici sopra discussi. Da un lato, si tratta di costruire una teoria dei beni meno fisicalista e più sofisticata, che valorizzi le plurime utilità che il mondo delle cose è capace di offrire per poter più adeguatamente concettualizzare gli interessi soggettivi che attorno agli usi dei beni possono delinearsi [110]. Dall'altro lato, occorre che le forme di appartenenza e le tecniche proprietarie siano non solo liberate definitivamente dai condizionamenti culturali esercitati dal diritto soggettivo e dall'individualismo, ma anche riferite a quella che è stata definita la dimensione «trans-soggettiva» delle relazioni giuridiche [111].

Tali considerazioni impongono di accennare all'elemento della legittimazione attiva per individuare i soggetti che, pur non essendo titolari di un diritto di proprietà tradizionalmente inteso, e pur risultando "terzi" rispetto alle convenzioni di lottizzazione, possono nondimeno ritenersi abilitati ad attivare rimedi per tutelare paesaggio e ambiente da trasformazioni abusive del territorio. Trattandosi di legittimazione attiva, si finisce naturalmente col tornare al tradizionale dibattito sulla tutela degli interessi diffusi, nonché sulla problematica distinzione tra «terzo» e «chiunque» (invalsa negli studi in materia di giustizia amministrativa) [112].

---

[109] F. Benvenuti, *Pianificazione*, cit., pp. 136-137. In questa pagina, con una punta di amara ironia l'Autore soggiunge, significativamente, che «certo noi parliamo ancora in termini di diritti soggettivi».

[110] Sul punto si rinvia ad A. Gambaro, *I beni*, cit. Sulla nozione di capacità dei beni, da segnalare anche il contributo di A. Quarta, *Utilità, capacità, bisogni. Sulla fenomenologia dei beni in Antonio Gambaro*, in U. Mattei, A. Candian, B. Pozzo, A. Monti, C. Marchetti (a cura di), *Un giurista di successo*, cit., pp. 809-828. Volendo rifarsi a pagine meno recenti, si vedano per lo meno gli spunti di riflessione offerti da: C. Salvi, *Note sulla tutela civile della salute come interesse collettivo*, in F.D. Busnelli, U. Breccia (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, pp. 445-488; D. Messinetti, *Oggetto dei diritti*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, *ad vocem*; M. Barcellona, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, pp. 607-682.

[111] Sulla complessità delle sub-tradizioni operanti nella costruzione moderna della proprietà, è ancora utilissimo il riferimento ad A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, *Property – Propriété – Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992. V. inoltre P. Femia, *Il civile senso dell'autonomia*, cit.; nonché M. Spanò, *Making the Multiple*, cit.

[112] Ormai classiche, sul punto, pagine come quelle di V. Spagnuolo Vigorita, *Principio individualistico nel processo amministrativo e difesa dell'interesse pubblico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1962, pp. 630-651; E. Guicciardi, *La decisione del "chiunque"*, cit.; A. Romano, *Il giudice amministrativo*, cit. Più di recente: N. Paolantonio, *Gli interessi generali nel (e del) processo amministrativo. O del processo amministrativo tra contenuto soggettivo ed oggettivo (osservazioni sparse)*, in *Giustamm.it*, 10/2013; P. Duret, *Taking "commons"*, cit.; F. Giglioni, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1/2015, pp. 413-456; G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2016.



La *querelle* è nota e ha molto a che fare con questioni urbanistiche, risalendo per lo meno alla pronuncia di Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 1970, n. 523 – passata alla storia come la «decisione del chiunque» – sulla portata dell'art. 10, comma 9 della legge ponte [113]. Non essendo qui possibile una ricognizione puntuale della vicenda, è sufficiente confermare che la giurisprudenza e gli interpreti sembrano mantenere un atteggiamento talora altalenante in merito ad alcuni aspetti ricorrenti. Ferma restando, anzitutto sul piano declamatorio, l'esclusione nell'ordinamento italiano di forme di azione popolare in materia urbanistica, nel tentativo di ricostruire la legittimazione e l'interesse dei soggetti ricorrenti si è transitati nel tempo dal canone del c.d. «insediamento abitativo» (fatto proprio dal Consiglio di Stato nel 1970) all'odierna nozione di *vicinitas* [114]. D'altra parte, anche quest'ultimo concetto è suscettibile di interpretazioni non omogenee, e anzi spesso conflittuali: ciò che si constata facilmente visionando la recente giurisprudenza amministrativa sul punto. Talvolta il giudice prende le mosse proprio dall'articolo 10 della legge ponte, ribadendo l'assenza di un'azione popolare urbanistica e facendo riferimento a «una posizione qualificata e differenziata in favore di chi si trovi in una specifica situazione giuridico-fattuale rispetto all'intervento edilizio assentito, per cui il provvedimento impugnato venga oggettivamente ad incidere la sua posizione sostanziale, determinandone una lesione concreta, immediata e attuale» (Cons. Stato, sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5278). In molti altri casi viene impiegata la locuzione «stabile collegamento»: sennonché a volte il collegamento è instaurato con «l'immobile del ricorrente», quasi ad alludere a una inaccettabile restrizione della legittimazione a proprietà e diritti reali (v. Cons. Stato, sez. VI, 21 marzo 2016, n. 1156); in altre situazioni ancora si richiama, con respiro maggiore, «l'area interessata dall'intervento contestato» (Cons. Stato, sez. IV, 23 giugno 2015, n. 3180).

A ben vedere, l'imbarazzo di fondo della giurisprudenza – la ragione per cui i canoni dell'attualità, della concretezza e della personalità possono essere usati tanto per estendere quanto per restringere l'accesso alla giustizia di soggetti terzi rispetto a provvedimenti amministrativi o a piani urbanistici [115] – può spiegarsi da una prospettiva più strutturale.

---

[113] V. E. Guicciardi, *La decisione del "chiunque"*, cit. Sulla decisione si veda anche S. Rodotà, *Disciplina della proprietà*, cit., pp. 264-266.

[114] Per una diversa opinione, secondo cui con l'articolo 10, comma 9 della legge ponte «nella sostanza si è reintrodotta l'azione popolare, quanto meno a favore di tutti coloro che abitino nell'area pianificata», v. A.M. Bartoli, A. Predieri, *Piano regolatore*, cit., *ad vocem*.

[115] A riprova delle difficoltà menzionate nel testo sarebbe sufficiente riportare la massima di Cons. Stato IV, 24 dicembre 2007, n. 6619: «la sussistenza dell'interesse ad agire deve essere valutata in astratto, con riferimento al contenuto della domanda, dovendosi ritenere requisiti imprescindibili per la configurazione



In altri termini, le diffidenze nei confronti di una ampia legittimazione attiva rinviano ai classici problemi della qualificazione e della differenziazione delle posizioni soggettive attribuite sul piano del "diritto obiettivo". In particolare, in ambito pubblicistico una giustizia amministrativa che si vuole anzitutto *soggettiva* (ossia posta a tutela di diritti e interessi legittimi nei confronti dell'azione dei pubblici poteri) sconta difficoltà se portata a misurarsi con interessi di cui si predica il carattere soggettivo, ma che se guardati con lenti tradizionali appaiono più ascrivibili a modelli di giudizio *oggettivo* (ossia funzionante a garanzia dell'astratta legalità dell'azione amministrativa) [116]. Ebbene, la crescente rilevanza giuridica dei beni comuni mostra proprio come un simile approccio interpretativo non faccia che riprodurre – sia pur velatamente – le precomprensioni che lo sorreggono. L'orientamento che diffida di una ampia legittimazione attiva sembra, infatti, inscritto nella risalente tradizione che concepisce senza soluzione di continuità (e quasi in una logica di equivalenza) le nozioni di diritto obiettivo, legalità, interesse pubblico e persone pubbliche. Conseguenza di tale impostazione è la tendenza a risolvere gli inte-

---

di questa condizione dell'azione, il suo carattere personale, la sua attualità e la sua concretezza. Poiché in relazione ai profili della attualità e concretezza, si deve ritenere che la lesione arrecata dal provvedimento impugnato deve essere effettiva, nel senso che dall'esecuzione discenda in via immediata un danno certo alla sfera giuridica del ricorrente, ovvero potenziale (intendendosi come tale quello che sicuramente, o molto probabilmente, si verificherà in futuro), non sussiste interesse ad agire avverso un programma integrato di riqualificazione urbanistica, edilizia e ambientale qualora i ricorrenti non abbiano provato in concreto alcun danno (anche potenziale) conseguente a tale intervento». Degna di nota anche la più recente massima di TAR Lombardia Milano II, 16 giugno 2014, n. 1580: «in materia di impugnazione di piani urbanistici, anche attuativi, ai fini del fondamento della legittimazione e dell'interesse ad agire, non è sufficiente il mero requisito della "vicinitas" dell'area oggetto dell'intervento urbanistico (requisito da valutarsi peraltro con rigore), esigendosi invece dal ricorrente la prova concreta della specifica lesione inferta dagli atti impugnati alla propria sfera giuridica. Questo per evitare che un'eccessiva dilatazione del concetto di "interesse ad agire" (*ex* art. 100 del codice di procedura civile, norma applicabile al processo amministrativo in virtù del c.d. rinvio esterno di cui all'art. 39 del d.lgs. n. 104/2010), con riferimento ai piani urbanistici, consenta l'impugnativa anche a soggetti titolari di un interesse di mero fatto. Occorre, infatti, che dall'approvazione e dall'esecuzione delle scelte urbanistiche derivi al ricorrente un pregiudizio certo e concreto in relazione ai molteplici aspetti e ai vari interessi costitutivi della sua sfera giuridica». Le pronunce sono state consultate tramite online.leggiditalia.it.

[116] Sulla scorta di quanto rimarcato nel testo è stato invocato maggiore rigore nella distinzione tra *terzo* e *chiunque*, nell'auspicio di una transizione dichiaratamente orientata «dalla legalità ai diritti»: v. G. Mannucci, *La tutela dei terzi*, cit. In merito a questi profili v., però, la decisiva osservazione secondo cui «è la configurazione della funzione attribuita al Consiglio di Stato come di tutela di interessi individuali, che ha portato alla definizione di questi come oggetto della giurisdizione amministrativa»: A. Romano, *Il giudice amministrativo*, cit., p. 43. La notazione è assai condivisibile, in quanto: da un lato mostra come una infrastruttura istituzionale possa storicamente influire sulla configurazione delle posizioni soggettive da essa contemplate; dall'altro lato evidenzia che uno studio non sufficientemente sofisticato delle posizioni soggettive comporta il rischio di attribuire caratteri a-storici al contesto istituzionale di riferimento, così rafforzando le categorie che ordinano la vita associata.



ressi soggettivi sovra-individuali nella più compatta categoria di interesse pubblico, che sospinge verso l'irrilevanza giuridica i primi. Sicché la persistente incapacità di concettualizzare una posizione soggettiva non esclusiva conduce generalmente, e specialmente in materia urbanistica e paesaggistica, ad attribuire qualificazione e differenziazione solo agli interessi individualistici (e in particolare a quelli proprietari).

Risulta invece chiaro, e non da oggi, che è proprio questa infrastruttura istituzionale che si tratta di restituire alla sua dimensione storica, per poterla poi problematizzare [117-118]. Un simile programma di ricerca è presente nell'odierno dibattito civilistico, come si è visto nell'analisi condotta fino a ora. Ed è anche per tale ragione che il diritto privato appare attrezzato per apprestare rimedi efficaci a tutela dei beni comuni paesaggistici e ambientali, così come dei cruciali interessi soggettivi connessi alla fruizione e alla cura di essi.

In virtù di tali precisazioni, si può concludere che l'ambito rimediale su cui concentrarsi, per cominciare a rendere operativi possibili strumenti di tutela dei beni comuni, è quello in senso lato possessorio. La ragione di ciò è presto detta. Sebbene costruito a immagine «della proprietà o di altro diritto reale» (art. 1140 c.c.) il possesso, situazione di fatto e di "non diritto", può invero ritenersi una forma di appartenenza cadetta, la cui singolarità ha spesso consentito di offrire tutela a interessi e situazioni difficilmente inquadrabili nelle sistemazioni teoriche ricevute dalla tradizione [119].

Non si ignorano le ambivalenze di questa impostazione, ma d'altra parte si ritiene che

---

[117] Ancora preziosissimo, in proposito, il richiamo a R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in Id., *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, Bologna, 1978, pp. 115-189.

[118] Volendo esemplificare proprio in ambito urbanistico, il riconoscimento della rilevanza giuridica delle relazioni tra le utilità comuni offerte da certi beni e gli interessi trans-soggettivi vantati da individui e comunità potrebbe aprire uno scenario istituzionale assai differente, nel quale sarebbero sostanzialmente superate le discussioni in materia di legittimazione attiva e l'elemento della *vicinitas* potrebbe essere contemplato, al più, al fine di valutare la sussistenza dell'interesse ad agire (*ex* art. 100 c.p.c.) delle parti attrici.

[119] Per alcuni riferimenti essenziali in materia di possesso, v. U. Natoli, *Il possesso*, Milano, 1992; R. Sacco, R. Caterina, *Il Possesso*, in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014. Per una pagina risalente v. G. Branca, *Il possesso come diritto affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, III, Padova, 1950, pp. 383-407. Quanto ai profili storici v. A. Burdese, *Possesso (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, pp. 452-467; nonché G. Diurni, *Possesso (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, pp. 467-490. Per un importante studio in ottica storica e comparatistica, v. J. Gordley, U. Mattei, *Protecting Possession*, in *The American Journal of Comparative Law*, 44, 1996, pp. 293-334. Sulla capacità espansiva delle tecniche di tutela possessoria v., in particolare, U. Breccia, *Possesso e denunce nel quadro della tutela civile dei diritti*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1989 – parte IV, c. 179-191; Id, *Possesso di diritti*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, *ad vocem*. Sul possesso di diritti, v. naturalmente E. Finzi, *Il possesso dei diritti*, Milano, 1968 (rist.; ed. or. 1915).



sul terreno operazionale la flessibilità dei rimedi collegati alle posizioni possessorie potrebbe agevolare molto – e ben più di un riferimento diretto al diritto di proprietà – il progressivo ed effettivo riconoscimento degli interessi rilevanti nelle situazioni della vita associata oggetto di questo studio [120]. In particolare, ai fini della tutela dei beni comuni paesaggistici e ambientali uno strumento che sembra rivelare importanti potenzialità è la denuncia di nuova opera disciplinata dall'art. 1171 c.c. La proposta che qui si avanza, quindi, prospetta l'attribuzione di una qualificazione "possessoria" – sia pur non esclusiva e non individualistica – agli interessi relativi ai beni comuni paesaggistici e ambientali, con una conseguente estensione dell'applicazione dell'art. 1171 c.c., capace anzitutto di svilupparne la funzione cautelare [121].

In concreto, le attività di lottizzazione poste in essere in esecuzione di una convenzione potrebbero essere denunciate con un ricorso diretto tanto verso il privato lottizzatore – ossia il soggetto che di regola materialmente esegue o appalta le "nuove opere" – quanto verso la pubblica amministrazione, e presentato rispettando le previsioni del comma 1: le opere non devono essere terminate e non deve essere trascorso un anno dal loro inizio. Nei casi in cui proprietà privata e autorità pubblica decidano trasformazioni urbane pericolose o lesive per i beni paesaggistici e i connessi interessi sovra-individuali, l'azione nunciatoria potrebbe allora operare oltre i ristretti spazi (e tempi) dei meccanismi impugnatori previsti dal diritto amministrativo [122]. Del resto questo rimedio, «a legittimazione

---

[120] Una indicazione da prendere in considerazione in questa direzione sembra provenire anche dal codice civile. Infatti l'art. 1145, rubricato «possesso di cose fuori commercio», nel privare di effetti il potere di fatto esclusivo su tali beni – negando la possibilità di usucapire le «cose di cui non si può acquistare la proprietà» intesa quale diritto soggettivo individualistico e idiosincratico – accorda nei rapporti tra privati (ossia, come sembra corretto ritenere, contro i privati che intendano esercitare forme di uso esclusivo) «l'azione di spoglio rispetto ai beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico». In merito all'interpretazione del non felice dato testuale di cui all'articolo 1145 c.c. (disposizione che, nel progetto originario di codice redatto dalla Commissione reale, non a caso riguardava il «possesso dell'uso») sia consentito il rinvio a R. A. Albanese, *Dai beni comuni all'uso pubblico e ritorno*, cit.

[121] Per una prima informazione in merito alle denunce di cui agli artt. 1171 e 1172 c.c. (e specialmente, si ritiene, con riguardo alla legittimazione attiva in materia condominiale), si vedano due voci enciclopediche documentate anche se non più recenti: A. Jannuzzi, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, *ad vocem*; L. Cabella Pisu, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Dig. Disc. Priv. – sez. civile*, Torino, 1989, *ad vocem*.

[122] Qualificando, nei confronti del "pubblico", il piano di lottizzazione convenzionata come provvedimento amministrativo – e dunque seguendo un approccio tralatizio, ma forse non del tutto capace di cogliere la peculiare matrice negoziale e programmatoria di queste vicende giuridiche – si può prospettare, in capo a un soggetto terzo rispetto alla convenzione di lottizzazione conclusa tra pubblica amministrazione e proprietà privata, la legittimazione ad agire per ottenere l'annullamento del piano. È tuttavia necessario precisare che, ai sensi dell'articolo 29 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo, c.p.a.),



mista o variabile», già oggi è molto usato dai privati in materia urbanistica: se in passato prevalevano (in modo coerente rispetto a una complessiva sistemazione dei rapporti istituzionali e giuridici tra settore pubblico e cittadinanza) orientamenti assai restii a configurare una legittimazione passiva delle pubbliche amministrazioni, attualmente la denuncia di nuova opera viene attivata contro gli enti pubblici per proteggere le proprietà da interventi di trasformazione dei territori reputati pericolosi o lesivi [123].

Ciò chiarito, quanto alla complicata questione del riparto di giurisdizione è appena il caso di segnalare che – nonostante la competenza esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie «aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio» (art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a.) – la cognizione delle azioni di nunciazione è usualmente riservata al giudice ordinario quando parte attrice contesti non atti e provvedimenti adottati nell'esercizio di un potere amministrativo, bensì attività materiali suscettibili di recare danno [124].

«l'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni». Decorso tale termine – che per il piano ha come *dies a quo* l'ultimo giorno di pubblicazione nell'albo pretorio –, secondo l'approccio che si concentra sui soli rimedi amministrativistici il terzo non solo non potrebbe prospettare eventuali vizi di una convenzione di lottizzazione (non avendola impugnata con il ricorso per l'annullamento), ma nemmeno potrebbe agire per il risarcimento di danni eventualmente patiti a causa dell'esecuzione della lottizzazione. In proposito rileverebbe, infatti, l'articolo 30, comma 3 c.p.a., secondo cui «[n]el determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti».

[123] V. in proposito A. Gambaro, *La proprietà*, cit., pp. 716-721. Ancora trent'anni fa, però, erano diffuse impostazioni piuttosto nette: «per entrambe le denunce il problema della legittimazione passiva della pubblica amministrazione si prospetta in termini analoghi a quelli in cui si pone per le azioni possessorie: la domanda è improponibile, *ex* art. 4 legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. *E,* se rivolta ad ottenere provvedimenti che comporterebbero la revoca o la modifica di un atto amministrativo; è invece proponibile in rapporto all'attività che l'amministrazione pone in essere al di fuori dei suoi poteri discrezionali o nel perseguimento di fini privatistici; in particolare è proponibile quando si lamenta l'omissione di cautele tecniche nel corso di un'attività meramente materiale, peraltro con problemi circa la possibilità di condannare l'amministrazione ad un facere» (L. Cabella Pisu, *Denuncia*, cit.; note al testo originale omesse). Attualmente, sulla proponibilità delle azioni nunciatorie anche contro la pubblica amministrazione la giurisprudenza sembra assestata: negli anni più recenti si rinvia a Cass., Sez. Unite, 15 gennaio 2015, n. 604; TAR Sicilia Catania I, 17 settembre 2007, n. 1426; Cass,. Sez. Unite, 31 luglio 2006, n. 17286 (consultabili sul portale online.leggiditalia.it).

[124] In tal senso, «occorre avere riguardo all'oggetto della tutela invocata, che configura la giurisdizione del giudice esclusivo quando è invocato il controllo di legittimità dell'esercizio del potere e non quando è fatta valere una situazione possessoria» (Cass., Sez. Unite, ord. 26 ottobre 2017, n. 25456, consultabile sul portale online.leggiditalia.it).



Insomma, i soggetti terzi rispetto alla convenzione – ma interessati alla protezione dei beni comuni "investiti" dall'esecuzione del programma negoziale in cui la lottizzazione convenzionata si risolve – disporrebbero di un rimedio potenzialmente molto efficace poiché sofisticato. Il comma 2 dell'art. 1171, infatti, affida al giudice poteri di pronuncia articolati – che vanno dalla completa sospensione dell'opera all'adozione di specifiche cautele – e modulabili sul caso concreto [125]. Nei termini così prospettati, quindi, la denuncia di nuova opera funzionerebbe come un meccanismo di controllo senz'altro avvicinabile alla disciplina delle immissioni e molto confacente allo statuto giuridico dei beni comuni [126]. Ne conseguirebbe un'innovazione istituzionale di significativa portata, in quanto la selezione e il contemperamento delle molteplici utilità che i territori sono capaci di esprimere comincerebbero a essere affidate – al di là dell'alternativa riduzionista tra discrezionalità amministrativa e idiosincrasia proprietaria – anche a rimedi a legittimazione diffusa, capaci di porre le basi per forme di regolazione decentrata [127].

11. – Da lungo tempo le lottizzazioni che risultano abusive costituiscono un fenomeno particolarmente problematico in Italia, specie quando pericoli e danni per paesaggi e ambiente sono provocati da convenzioni tra privati lottizzatori e pubbliche amministrazioni. In questi casi reazioni tempestive ed efficaci nei confronti degli abusi risultano difficili per via della "corresponsabilità" delle persone pubbliche, e tale difficoltà ha concorso a rendere cruciale – specie dalla legge n. 47/1985 in poi – il ruolo della magistratura penale nella repressione di questo tipo di lottizzazione abusiva. Il protagonismo dei giudici penali e di approcci interpretativi sanzionatori e penalistici ha avuto la conseguenza di portare alla luce le contraddizioni latenti dell'istituto della confisca urbanistica come reazione alle lottizzazioni abusive. Tali contraddizioni sono esplose nel confronto tra gli orientamenti dei giudici nazionali e la Corte EDU, e a fronte di questa dialettica

[125] Ai sensi dell'art. 1171, comma 2 c.c., «[l]'autorità giudiziaria, presa sommaria cognizione del fatto, può vietare la continuazione dell'opera, ovvero permetterla, ordinando le opportune cautele: nel primo caso, per il risarcimento del danno prodotto dalla sospensione dell'opera, qualora le opposizioni al suo proseguimento risultino infondate nella decisione del merito; nel secondo caso, per la demolizione o riduzione dell'opera e per il risarcimento del danno che possa soffrire il denunziante, se questi ottiene sentenza favorevole, nonostante la permessa continuazione». Per un ulteriore contributo sulle azioni di nunciazione, nel più ampio quadro della materia proprietaria, v. U. Mattei, *La proprietà*, cit., pp. 382-390. V. inoltre la riflessione di U. Breccia, *Possesso e denunce*, cit.

[126] Alcune analogie tra denunce e disciplina delle immissioni erano colte già da A. Jannuzzi, *Denuncia*, cit.

[127] Per l'analisi delle relazioni tra conflitti proprietari, criteri di efficienza, fattore ecologico e ruolo istituzionale del giudice, v. U. Mattei, *La proprietà*, cit., pp. 51-55.



anche chi sia scettico rispetto all'applicabilità dell'art. 7 CEDU sembra dover riconoscere che la confisca italiana, con i suoi automatismi, è un'interferenza sulla proprietà privata contraria all'articolo 1 P-1. Ciononostante la recente sentenza G.I.E.M. ha rappresentato un tentativo di compromesso, opinabile – ad esempio nel ritenere l'articolo 7 CEDU violato da una confisca disposta a carico di una persona giuridica estranea al giudizio penale – ma verosimilmente ricercato con un duplice obiettivo: scongiurare uno scontro istituzionale con la Corte Costituzionale; evitare almeno in apparenza che l'istituto della confisca urbanistica disposta dal giudice penale sia troppo ridimensionato, così pregiudicando un importante ganglio del diritto urbanistico italiano.

Si determina così l'*impasse* discussa in questo scritto. In materia di lottizzazione convenzionata e violazioni della disciplina urbanistica, la giurisprudenza della Corte EDU ha funzionato da "marcatore" delle contraddizioni strutturali presenti nell'ordinamento italiano. D'altra parte, lungi da reazioni difensive e campaniliste alle pronunce provenienti da Strasburgo (operazioni culturali, queste, dal respiro corto), la *case law* relativa a lottizzazioni abusive e confisca urbanistica può rappresentare un'occasione per approfondire il dibattito. Nell'ambito di una rinnovata valorizzazione della *ratio* delle regole giuridiche in materia urbanistica e paesaggistica, diventa agevole evidenziare le contraddizioni della confisca urbanistica prevista dagli artt. 30, comma 8 e 44, comma 2 T.U. Edilizia e si può configurare uno scenario in cui è ragionevole rivolgersi al diritto privato – e al suo repertorio di categorie e di tecniche operative – con un duplice obiettivo. Da un lato, si tratta di ottenere una ricostruzione più sofisticata e calzante degli interessi in gioco nei processi di trasformazione territoriale e nelle situazioni in cui sono configurabili lottizzazioni abusive. Dall'altro lato, è possibile prospettare l'uso di rimedi più efficaci di quanto non siano gli attuali dispositivi del diritto amministrativo e del diritto penale.

Grazie al discorso sui beni comuni e alle sue implicazioni sul terreno della teoria dei beni e della proprietà, possono oggi riconoscersi posizioni giuridiche qualificate e differenziate – benché non in termini individualistici ed esclusivi – ai soggetti interessati alla cura e riproduzione dei beni paesaggistici. Tali posizioni soggettive, come si è visto, possono essere negativamente incise dalle convenzioni di lottizzazione concluse tra privati lottizzatori e persone pubbliche. In questa ottica, una proposta come l'estensione della legittimazione ad attivare la denuncia di nuova opera *ex* art. 1171 c.c. si connette al riconoscimento di situazioni giuridiche per lo meno "possessorie", inclusive e non individualistiche, in capo ai componenti delle comunità che si riconoscono attorno alle utilità offerte da un bene comune. Ciò, peraltro, non significa in alcun modo ignorare le istanze



della proprietà privata individualistica – si ribadisce che la confisca urbanistica risulta un rimedio non compatibile con l'articolo 1 P-1! – né trascurare la rilevanza istituzionale dell'azione delle pubbliche amministrazioni. Semmai, l'apertura dei rimedi civilistici ai soggetti titolari di interessi relativi ai beni comuni pone – anzitutto ai giudici che si trovino a conoscere di simili controversie – problemi più concreti, non analizzabili nel dettaglio in questa sede e riassumibili nella primaria esigenza di evitare forme di abuso. Così, sembra necessario vegliare affinché non vi sia un uso emulativo delle azioni civilistiche, volto magari a contrastare ingiustamente un programma di lottizzazione perfettamente legittimo. Inoltre, è possibile prospettare questioni nodali sul piano processuale: dai temi della "rappresentatività" e dell'adeguatezza dei soggetti che si facciano attori a tutela dei beni comuni; all'esigenza di adattare i meccanismi di integrazione del contraddittorio e di economia processuale al carattere peculiare di queste controversie. Da ultimo, non è certo secondario interrogarsi su quali effetti avrebbe una pronuncia nei confronti dei soggetti che, pur titolari degli interessi sovra-individuali dedotti in giudizio, non siano stati parti del processo. Si tratta tuttavia di problemi noti da tempo, come autorevolmente attestato in dottrina [128]. E non pare che continuare a ignorare o ridimensionare la rilevanza giuridica di interessi collettivi e beni comuni sia una strategia adeguata per venirne a capo.

In ultima analisi, rispetto alle convenzioni concluse tra privati lottizzatori e pubbliche amministrazioni può finalmente manifestarsi la rilevanza di soggetti e interessi ulteriori. Allora, a contrattare l'urbanistica non sono più soltanto l'autorità pubblica e la sovranità proprietaria: tra pubblico e privato, tra provvedimento e contratto, non è forse peregrino attribuire occasioni di partecipazione ed eventuali rimedi a quei soggetti interessati alla protezione e riproduzione dei beni comuni. In particolare i rimedi prospettati in questo scritto, operando in maniera efficace, potrebbero limitare le occasioni di intervento della Corte EDU e ridimensionare la polemica tra CEDU e ordinamento italiano. Simili avanzamenti sarebbero, inoltre, conferma di come «(…) non sia più possibile conservare le strutture soggettivistiche tradizionali dipendenti da una concezione individualistica della libertà e della capacità dell'uomo e che occorra spregiudicatamente tentare vie adatte a dare concretezza giuridica a quella funzione sociale attiva che non basta ricondurre, in funzione di limite, ai diritti individuali (funzione sociale della proprietà, dell'impresa ecc.), ma che deve manifestarsi come acquisizione di una nuova faccia dell'intera capa-

[128] M. Cappelletti, *Appunti*, cit., in particolare pp. 201-206.



cità individuale e del rapporto tra la persona e l'ordinamento obiettivo» [129]. Ci si avvede della portata della sfida, tuttavia con la convinzione che la contemporaneità richieda niente di meno che simili ripensamenti sulle forme e sulle tecniche con cui il diritto organizza e ordina lo stare insieme nel mondo.

[129] G. Berti, *Giudizio amministrativo e interesse diffuso*, in *Jus*, 1982, p. 78.

JUS CIVILE



ENRICO CAMILLERI

Professore ordinario di diritto privato – Università di Palermo

AN OVERVIEW OF THE PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW IN ITALY

SUMMARY*: 1. Introduction. – 2. The development of private enforcement. – 3. What is effective and what are the impediments to private enforcement? – 4. Some key issues in light of Directive 2014/104 EU and its implementation. – A. Which entity is liable for damages. – B. Binding effects of decisions of competition authorities. – C. Limitations of actions. – D. Collective actions/pooling of claims. – 5. The (further) missing pieces of the puzzle: causation and quantification of damages: some concluding remarks.*

1. – Directive 2014/104/EU "on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union" [1] (hereafter: Damages Directive) has been transposed in Italy by means of legislative Decree no. 3 of 2017 (hereafter: Decree 3/2017), [2] which largely reproduces the Directive not only with regard to the structure but also in respect of the wording of the provisions.

As with other Member States, e.g. France, [3] Italian lawmakers opted to enact a *lex specialis* for antitrust damages actions and limited the implementation to what was necessary, without any amendment to the codes of Italy, neither to the Code of Civil Procedure nor to the Civil Code, the latter of which contains the general rules of tort law.

---

[1] Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union [2014], OJ L349/1.

[2] L'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A., *Decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3,* https://www.gazzettaufficiale.it/archivioCompleto > 2017 > n°15 del 19-01-2017 > Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 3 (accessed 6 June 2019).

[3] *See*, e.g. Laurence Idot, *Private damages actions before and after the Implementation of the Directive: I. France* 4, 4 et seq. (Implementation of the EU Damages Directive into Member State law*,* Conference, Würzburg, 5 May 2017, Concurrences N° 3-2017).



Although pragmatic at a first glance, such a choice makes the interplay between general rules and principles, on the one hand, and the "special regime" for antitrust damages actions, on the other, somehow harsh. Moreover, from a systematic point of view, that interplay could even turn into a clash where the new set of rules, while having a relevant incidence on the private law remedy concerned (i.e. civil liability), fails to fully overlap with it. This will undermine the interpretative argument "rule-exception" and potentially convert what was meant to be a form of a practical solution into an increasing theoretical problem.

2. – The enactment of the Damages Directive, while urged by the ECJ's *Pfeiderer* decision and the resulting threats to the strength of leniency programs, [4] marked the reaching of an important intersection along the "winding road" towards the establishment of an effective antitrust private enforcement mechanism in Europe, complementary to the public one and to its best functioning. [5]

However, while concededly remarkable in many aspects, it will likely prove to be a sort of intermediate destination more than *the* landing place, an approach stage more than an epiphany itself of (US-style) regulation achieved through private litigation, sketched out by the modernization package [6] in the wake of the ECJ's case law on the direct effect of EU primary law and the so-called Community-based right to damages. [7]

---

[4] *See* ECJ, Case C-360/09 *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt* [2011] ECR I-5161. *Cf.* Sven B. Völcker's note (2012) 49 CML Rev., 695, 716.

[5] *See*, e.g., Mario Libertini, '*Il ruolo necessariamente complementare di "private" it e "public enforcement" in materia di antitrust'* in Marisaria Maugeri and Andrea Zoppini (eds), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato,* 171, 174 (Il Mulino 2009).

[6] *See* Regulation 1/2003/EC of the Council of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty [2002], OJ L 001, Recital 6, assessing as crucial the role played by national courts 'in applying the Community competition rule', by deciding disputes between private individuals, 'for example by awarding damages to the victims of infringements'*; see* furthermore Art. 6 of the cited Regulation: 'National courts shall have the power to apply Articles 81 and 82 of the Treaty'. As regards the 'modernization' of EU competition law *see* David J. Gerber, *Two forms of modernization in European Competition Law* (2008) 31 Fordham International Law Journal, 1235. *See* also Claus Dieter Ehlermann, *The modernization of EC antitrust policy: a legal and cultural revolution* (2000) 37 CML Rev., 537; Barry Rodger and Angus MacCulloch, *Competition Law and Policy in the EC and UK* 52 (3rd ed., Cavendish Pub. Ltd, 2004).

[7] The expression 'Community law based right to damages' is used by Assimakis P. Komninos, *New prospects for private enforcement of EC competition laws* (2002) 39 CML Rev. 447, 449. As to the case law on the direct effect of the EC Treaty norms *cf.* ECJ, Case 26/62 *NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v NederlandseAdministratie der Belastingen* [1963] ECR 1; ECJ, Case C-127/63 *BRT v SABAM* [1974] ECR 313; ECJ, Joined Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich v Repubblica*



The reason for such a cautious evaluation involves the nature of the opted-for source of law and its contents; put briefly: what it is and what it says. The following parts of the analysis will focus on both aspects from mainly an Italian law perspective, but some broader preliminary remarks will be offered as well.

The adoption of a Directive was certainly not an obvious choice, when one takes into account where we come from. To that point, there was Regulation 1/2003, which had a fully binding effect and already contained, among others, a specific norm (article 6) conferring competence upon national courts in relation to articles 101 and 102 TFEU, [8] not to mention its Recital 7, stressing the role played by national courts as regards the protection of subjective rights under Community law, "for example by awarding damages to the victims of infringements".

That being said, opting for a Directive tells us even more than the switching towards a soft harmonization strategy, since it reveals a background of ambitious plans that remained largely frustrated by the proof of facts, [9] and it also induces some pessimism regarding the near future.

The reasons why the modernization package [10] was unable to promote private damages actions and overcome the situation of both an astonishing diversity between national legislation and an underdevelopment of available remedies – as remarked by the *Ashurst Report i*n 2004 [11] and as repeatedly stressed six years later by Advocate General *Mazak*

---

italiana [1991] ECR I-5357, [1993] 2 CML Rev. 66; ECJ, Case C-128/92 *Banks & Co Ltd v British Cool Co* [1994] ECR I-1209, para. 36-45: 'the principle established in Francovich can also be applied to the case of breach of a right which an individual derives from an obligation imposed by Community law on another individual'. The statement about the importance of (private) actions for damages before national courts, related to infringements of EU competition law, has also become a sort of *leit motif* in the ECJ's jurisprudence concerning the issue: *see* the landmark decisions of the ECJ, Case C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v Courge Ltd and Others* [2001] ECR I-6297 and ECJ, Joined Cases C-295/04 to C-298/04 *Vincenzo Manfredi and Others v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Others* [2006] ECR I-6619. The direct effect of EU competition law rules as well as 'the right in Union law to compensation for harm resulting from infringements of Union and national competition law' are clearly emphasized by Recitals 3 and 4 of the Damages Directive.

[8] Whenever to be applied in combination with or in parallel to national antitrust rules.

[9] *See*, e.g., Brien, Idot et al., *supra* n. **Errore. Il segnalibro non è definito.**, at 7, noting that 'The Damages Directive is an exercise in frustration and a glaring example of how EU competition policy may lose its legitimacy in the eyes of the "European citizen"'. *See* also the Editorial Comments '*One bird in the hand…*' *The Directive on damages actions for breach of the competition rules* (2014) 51 CML Rev., 1333, 1334.

[10] Beginning with its preparatory document as represented by the European Commission's Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM (2005) 672 final and the European Commission's White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM (2008) 165 final.

[11] *See* Denis Waelbroeck, Donald Slater & Gil Even-Shoshan, *Study on the conditions of claims for*



in his Opinion on the *Pfeiderer* case [12] – are well known and have been accurately analyzed by scholarly opinion, [13] reasons beginning with a series of obstacles concerning procedural rules at national level. [14]

As a Directive is binding just as to the ends, and given that the EU legislature did not opt for a strong "full harmonization approach" similar to that one recently adopted by the EU legislation in the field of consumer rights, [15] the Damages Directive comes along with a high risk of leaving room for persisting differences between national legislation, in spite of its main goal of promoting a level playing field for undertakings and consumers [16] and notwithstanding the duty of consistent interpretation. [17] More remarkably, while mainly dealing with tortious liability, [18] it shows a range of action narrower than that which is necessary by simply introducing "certain rules governing" antitrust damage claims.

---

damages in case of infringement of EC competition rules: comparative report (Ashurst 2004).

[12] Case C-360/09 *Pfleiderer*, *supra* n 4, Opinion of AG Mazák, at para. 40: 'Regulation No 1/2003 and the case-law of the Court have not established any de jure hierarchy or order of priority between public enforcement of EU competition law and private actions for damages. While no de jure hierarchy has been established, at present the role of the Commission and national competition authorities is, in my view, of far greater importance than private actions for damages in ensuring compliance with Articles 101 and 101 TFEU. Indeed so reduced is the current role of private actions for damages in that regard that I would hesitate in overly using the term "private enforcement"'. The lack of uniformity in national legislation has been underlined by ECJ in its *Manfredi* decision: *see* Joined Cases C-295/04 to C-298/04 *Manfredi*, *supra* n. 7, para. 72.

[13] *See*, e.g., Andreas Heinemann, '*Remedies in Antitrust Law*' in Thomas M.J. Möllers and Andreas Heinemann (eds), *The Enforcement of Competition Law in Europe* 450 (Cambridge University Press 2009).

[14] *See*, e.g., Enrico Camilleri, *A decade of EU antitrust private enforcement: chronicle of a failure foretold*? (2014) 10 ECLR 531, 537.

[15] *Cf.* Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council [2011], OJ L 304/64, Art. 4. Pursuant to Damages Directive Art. 5, para. 8: 'Without prejudice to paragraphs 4 and 7 and to Article 6, this Article shall not prevent Member States from maintaining or introducing rules which would lead to wider disclosure of evidence'.

[16] *See* Damages Directive Recitals 7-10.

[17] *See* ECJ, Case C-106/89 *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentación SA* [1990] ECR I-4135.

[18] Which is supposed to be the most versatile among the private law remedies for achieving the pursued goals and which is at least in part recalled by Damages Directive Recital 5, pursuant to which 'Actions for damages are only one element of an effective system of private enforcement of infringements of competition law and are complemented by alternative avenues of redress, such as consensual dispute resolution and public enforcement decisions that give parties an incentive to provide compensation'.



As consequence, the Directive is based on a non-exhaustive, even sketchy, soft harmonization approach, one whose key feature may be synthesized as "I'd like to, but I can't". Caught between policy and actual facts (i.e. normative data), it searches for an advanced equilibrium between the principles of effectiveness and equivalence, on the one hand, and of national autonomy, on the other; as Recital 11 makes quite clear: "In the absence of Union law, actions for damages are governed by the national rules and procedures of the Member States" but in compliance with the "principles of effectiveness and equivalence".

To sum up, although ultimately in line with the norms of the Treaties (particularly article 5 TEU and articles 103 and 114 TFEU, which provide the Directive's legal basis [19]) and despite the introduction of somehow useful measures, the Directive's deficiencies – although in part unavoidable at the present stage – threaten to affect the effectiveness of private enforcement considerably.

It is certainly true that a softly harmonized regime – one made up of principles and rules such as the exclusion of any overcompensation for private claims, the assessment of binding effects of NCAs decisions, immunity measures for leniency applicants, a series of rebuttable presumptions softening the burden of proof on claimants, the law of limitation, basic rules on joint and several liability and, lastly, an opening up of both defensive and offensive recourse to a passing-on argument – represents something new, needed and, in the end, positive. [20] Nonetheless, the Directive remains to a large extent uncompleted.

It is uncompleted from the antitrust law viewpoint since, beyond any declaration of principle, it deals with certain kinds of violations only, mainly cartels and to some extent exploitative conduct in general.

Uncompleted from the private law viewpoint since, as noted above, it flattens (better: impoverishes) private antitrust enforcement to just tortious liability, without taking into account other tailor-made remedies such as injunctions or interim relief. [21]

Last but not least, even uncompleted from the tort law viewpoint since crucial issues remain sometimes untouched despite being evoked (as is the case for causation), sometimes sideways brushed (as is the case for the proof of harm suffered by individuals and

---

[19] *See* Damages Directive Recital 54.

[20] *See*, e.g., Pier Luigi Porcu, Giorgio Monti & Marco Botta (eds), *Private Enforcement of EU Competition Law: The Impact of the Damages Directive* (Edward Elgar Publishing 2018).

[21] *See* for critical remarks, F.G. Wilman, *The end of the absence? The growing body of EU legislation on private enforcement and the main remedies it provides for* (2016) 53 CML Rev. 887, 909.



for quantification of damages) and sometimes unmentioned although impending as a stone guest (as is the case for collective redress mechanisms).

3. – Since the most probative test aimed at verifying the aforementioned critical remarks cannot help but being the field of national legislation, the Italian one offers useful food for thought.

Despite the fact that one of the ECJ's leading decisions on private antitrust enforcement (the *Manfredi* case [22]) originated as a follow-on action filed before an Italian court which subsequently submitted it to the ECJ for a preliminary ruling, and notwithstanding a (sort of) class action regime already being in force, the number of private actions registered to date in Italy, even if rising in recent years, has proven to be very limited both in absolute terms and on a comparative basis with other jurisdictions, such as Germany, UK and the Netherlands. [23]

The reasons for the minimal amount of actions are manifold and involve either civil procedure or substantive law rules, as well as the main features of the harm that a victim may suffer from third parties'infringement of competition law rules, irrespective of the fact whether he/she is a competitor or not, a direct or an indirect purchaser, a business or a consumer. [24] The combination of these factors have made the Italian jurisdiction less plaintiff-friendly and attractive than other jurisdictions in Europe, with the side effect of deterring private parties from bringing actions for antitrust damages, if not even triggering a forum shopping phenomenon.

As unanimously recognized, antitrust cases are fact-intensive. [25] Therefore, as soon as we think about the ideal dialectic between the subjects who may be potentially involved in a downstream damage claim, the emergence of an informative asymmetry soon throws a shadow over the chances for the injured party to sue.

---

[22] Joined Cases C-295/04 to C-298/04 *Manfredi*, *supra* n. 7.

[23] *See*, e.g., Roberto Chieppa, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM* (2016) 24 Il Diritto Industriale 314, 321; Massimo Scuffi, *Riflessioni a margine della Dir. 104/2014 (e del D.lgs 3/2017) sull'azione di classe* (2017) 25 Il Diritto Industriale 5, 8.

[24] *See*, e.g., Alexander Italianer, *Competition Law within a framework of rights and the Commission's proposal for a Directive on antitrust damage actions* (12th Annual conference of the Association of European Competition Law Judges (AECLJ), Luxembourg, 14 June 2013) http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_06_en.pdf (accessed 23 April 2019).

[25] *See*, e.g., Alexander Bruns, '*Private Enforcement of Competition Law: Evidence*' in Jürgen Basedow, Jörg Philipp Terhechte and Ludos Tichý (eds), *Private Enforcement of Competition Law* 127, 130 (Nomos 2011). *See* also Damages Directive Recital 45.



The occurrence of anticompetitive behavior, which is to say the main source of the harm suffered, does in fact represent the very first element to be proved for access to the remedy in tort. It should also be noted that besides not being easily detectable as to its material dimension – at least whenever hidden by the conspiracy of silence between the co-infringers in cases of collusive misconduct – that behavior counts as a violation of competition law rules insofar as a series of other conditions are fulfilled, most of which are based on economic data.

Such premise is now clearly pointed out by Recital 14 of the Damages Directive, stating that whereas the assessment of any antitrust infringement rests on "a complex factual and economic analysis ... t]he evidence necessary to prove a claim ... is often held exclusively by the opposing party or by third parties, and is not sufficiently known by, or accessible to, the claimant".

That being said, the Italian legislation made – and to some extent still makes – things even worse off for a plaintiff by imposing on him a heavy burden of proof and by making it difficult to access the specific and necessary information for bringing an action in tort.

Pursuant to article 2697 of the Italian Civil Code (hereafter: Italian CC), the party who claims a right has the burden to prove the facts supporting his or her claim ("onus probandi incumbit ei qui dicit"); therefore, in the absence of specific norms [26] – like those recently adopted by the Damages Directive, introducing some rebuttable legal presumptions – the injured party has to prove the defendant's (illegal) conduct, the qualified harm suffered ("danno ingiusto") and the existence of a causal link between the conduct and the harm: in other words, the injured party has to prove the existence of the whole set of conditions required for the remedy in tort to be invoked, pursuant to article 2043 Italian CC.

On the other hand, according to the Civil Procedure Code (hereafter: Italian CPC), neither does the claimant have a comprehensive right to demand disclosure nor can the judge order it without any limit. Pursuant to Article 210 Italian CPC and 94 of the *provisions for the implementation of the Italian CPC* (region decreto No. 1368/1941), a disclosure may be granted upon application of a party only for a precisely identified document and only to the extent that it is necessary. Disclosure remains in any case precluded when it may cause a serious harm to the party that has to disclose the document. [27]

---

[26] *See*, e.g., Marco De Cristofaro, *Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement* [2018] Le Nuove Leggi Civili Commentate 523, 531, 533.

[27] *See* Marcella Negri, *Disclosure of documents that lie in the control of the parties: IV. Italy* 12, 18 (Implementation of the EU Damages Directive into Member State law, Conference, Würzburg, 5 May



Further elements, mostly pertaining to the main features of domestic tort law, have also concurred to interfere with private antitrust claims, beginning with the rules on causation and on quantification of damages. Since, however, they remained untouched by the Damages Directive, the assessment as to whether they still remain problematic in the cases at issue should be postponed to the analysis of those provisions recently introduced (or at least of some of them).

For now, it suffices to say that the combined effect of the typical informative asymmetry between the potentially involved parties and the strict regime on proof has led to a "claimant-adverse environment" for antitrust damages actions in Italy, a situation at high risk of even "imped[ing] the effective exercise of the right to compensation guaranteed by the TFEU". [28]

It is however worth noting that the Italian courts, mainly the Corte di Cassazione, have tried to soften such a posture and strengthen the alignment of, on one hand, substantive/procedural rules and, on the other, the push towards the availability of tort remedies in antitrust cases as have emerged at the European level.

Two decisions especially deserve to be mentioned in this regard. In the first one, which dates back to 2005, the Court of Cassazione abandoned its restrictive attitude and recognized the existence of a legally qualified interest in the competitive structure of the market, thereby entitling, for the very first time, all market players – either consumers or rival undertakings – to enforce the remedy in tort for the protection of that interest, once violated by specific monopolistic conduct. [29] In the second one, from 2015, the Court favoured in a stand-alone action an extensive interpretation of the Italian rules on proof in order to be consistent with the Damages Directive, although not yet implemented at that time, and simply required that the plaintiff provided serious, plausible circumstantial evidence of the alleged anticompetitive conduct of the defendant. [30]

Though positive, the emergence of such a posture from the courts was however surrounded by the uncertainties that are typical of "judge-made law". Decree 3/2017 should therefore provide for a much more stable framework.

As aptly observed by scholarly opinion, within the Directive, and therefore within the

---

2017, Concurrences N° 3-2017).

[28] As feared by Damages Directive Recital 14: 'strict legal requirements for claimants to assert in detail all the facts of their case at the beginning of an action and to proffer precisely specified items of supporting evidence can unduly impede the effective exercise of the right to compensation guaranteed by the TFEU'.

[29] *See* Corte di Cassazione, no. 2207, 4 February 2005, [2005] Giurisprudenza italiana 1675, later confirmed also by Corte di Cassazione, no. 2305, 2 February 2007, [2007] Foro italiano 1097.

[30] *See* Corte di Cassazione, no. 11564, 4 June 2015.



implementing norms, the procedural dimension occupies centre stage. [31] And in fact, just moving from those obstacles to the private antitrust enforcement that I have emphasized above as emblematic under Italian law, useful new legal provisions quickly come to one's attention.

First of all, there is the introduction of a series of rebuttable presumptions in favour of the plaintiff. Pursuant to article 12(2) Decree 3/2017 (in conformity with Article 14 of the Damages Directive), the passing-on of the overcharge from the defendant to the plaintiff (i.e. the indirect purchaser) is presumed whenever certain detailed conditions are fulfilled; even more remarkably, pursuant to article 14(2) of the same provision (in conformity with article 17 of the Damages Directive), the existence of a harm caused by a cartel is presumed as well. In both cases the presumptions are rebuttable. [32]

Secondly, as regards the disclosure of evidence, the measures enshrined in article 5 of the EU Damages Directive, implemented through article 3 Decree 3/2017, have had the result that antitrust damages actions are governed by a less strict rule than article 210 Italian CPC, mentioned above: to mention just the main features of the (new) special regime, the party seeking disclosure is no longer requested to provide an *ex ante* precise description of the sought document/evidence, and the judge's order of disclosure, even if within the limits of a proportionality test, may concern even "relevant categories of evidence" once the plausibility of the claim is verified. [33]

4. – A. – Following the methodological indications provided by the editors, I will now focus on a list of selected issues that are pivotal for the best promotion of private antitrust enforcement and arguably critical in terms of their potential impact on domestic legislation.

The first issue to be dealt with concerns the identification of the entity liable for competition law infringements.

---

[31] *Cf.* De Cristofaro, *supra* n. 26, at 529.

[32] *See* Enrico Camilleri, *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno* [2018] Le Nuove Leggi Civili Commentate 143, 159; Mario Todino, *Il danno risarcibile* [2015] AIDA 15, 23.

[33] In order to prevent 'fishing expeditions'. *See*, e.g., Guiseppe Finocchiaro, *La disciplina dell'esibizione delle prove nei giudizi risarcitori per violazione delle norme antitrust in attuazione della Dir. 2014/104 UE* [2018] Le Nuove Leggi Civili Commentate 415; Paolo Comoglio, *Note a una prima lettura del d.lgs n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust* [2017] *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ*. 991; *see* Marcella Negri, *supra* n. 27, at 18; Marco De Cristofaro, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement* [2015] AIDA 100; Andrea Giussani, *Direttiva e principi del processo civile italiano* [2015] AIDA 251.



Article 2(2) Damages Directive states: "infringer means an undertaking or association of undertakings which has committed an infringement of competition law". This definition was carried over verbatim by Italian lawmakers in article 2(1) (a) Decree 3/2017.

On first reading, the aforementioned definition simply echoes the cartel prohibition (article 101 TFEU) and its typical subjective profile (namely: "agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings"), so that one may argue that the liable legal entity cannot be anything but the cartelist, as such and along with the co-infringers, within the mechanism of joint and several liability recently introduced. [34]

An in-depth analyses, however, reveals also a secondary, hidden meaning so as to take into account the economic unit doctrine as elaborated in the wake of some leading cases.

As it is well known, according to the ECJ's interpretation, the application of article 101 TFUE should be excluded for intra-corporate group agreements, to the extent that the companies at issue have such an intense and close economic relationship as to form a single economic entity. [35]

At the same time, in the *Akzo Nobel* judgment, the Court made clear that the meaning of "undertakings", for the application of administrative fines in relation to Article 101 TFEU, "must be understood as designating an economic unit even if in law that economic unit consists of several persons, natural or legal". Moreover, the Court stated that whenever "such an economic entity infringes the competition rules, it falls, according to the principle of personal responsibility, to that entity to answer for that infringement" while "the conduct of a subsidiary may be imputed to the parent company in particular where, although having a separate legal personality, that subsidiary does not decide independently (…) but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company". [36]

---

[34] *See* Damages Directive Art. 11 and, as for Italy, Art. 9 Decree 3/2017. It should be noticed that the ECJ has adopted a functional approach, according to which it is stated that 'in the context of competition law, first that the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed and, secondly, that employment procurement is an economic activity': *See* ECJ, Case C-41/90 *Klaus Höfner and Fritz Elser and Macrotron GmbH* [1991] ECJ I-1979, para. 21.

[35] *See*, in the sense of the autonomy between the companies of a group maintaining complete economic independence ECJ, Case C-22/71 *Béguelin Import Co. and Others And S.A.G.L. Import Export, Nice and Others* [1971] ECR 949. *See*, for the opposite, ECJ, Case C-97/08 P *Akzo Nobel NV and Others v Commission of the European Communities* [2009] ECR I-8237, paras 55-58. As for the doctrine *see*, e.g., Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 93 (ninth ed., Oxford University Press 2018).

[36] *See* ECJ, Case 48/69 *Imperial Chemical Industries v Commission of the European Communities* [1972] ECR 619*; see* also Case No. C-97/08 *Akzo Nobel and Others v Commission*, *supra* n. 35, paras 55-58; ECJ, Case C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio v Compañía*



Against this background, different scenarios need to be distinguished:

It could be that, notwithstanding the existence of a parent company, the subsidiary has definite economic autonomy; under these circumstances, the latter is, when participating in a cartel, the infringer to be sued.

It may also happen that where a cartel involves just those companies whose relationship embodies a single economic unit, the cartel itself indeed disappears, sometimes being superseded by a different kind of infringement consisting of an abuse of dominant position, in the wake of *Viho* decision. [37]

Finally, the situation may arise where a cartel does involve two or more undertakings, one of them being part of an economic unit in which the subsidiary acted. In such a case, the conduct of the subsidiary can be imputed to the parent company so that both companies are jointly and severally liable.

As mentioned above, the last scenario does frequently occur in connection with the application of administrative fines, thus in cases pertaining to the sphere of public enforcement. [38]

That being said, the question to answer now is whether such an "economic unit" doctrine, also applies in cases of civil liability for harm caused by anticompetitive conduct. In other words, is to be clarified whether the claimant is able to sue also the parent company of a cartelist (subsidiary) by invoking the existence of a legal unit between them, its being alleged or presumed [39] that the latter did not decide independently upon its own conduct on

---

Española de Petróleos SA [2006] ECR I-11987. The ECJ has declared that the autonomous parent company's responsibility exists whenever is proved that it exercised a decisive influence over the subsidiary: *see* also ECJ, Joined cases C-293/13 and C-294/13 *Fresh Del Monte Produce Inc v. European Commission* [2015] ECLI:EU:C:2015:416, para. 75. It is, furthermore, worth highlighting the judicial tendency towards an extensive application of the economic unit doctrine, up to covering situations where the 'direction and control'of an undertaking over another is exercised by means of contract services, as in cases of 'hub and spoke' cartels: *see*, e.g., ECJ, Case C-542/14 *SIA 'VM Remonts'(formerly SIA* '*DIV un KO*') *and Others v. Konkurences padome* [2016] ECLI:EU:C:2016:578. *Cf.* Ioannis Apostolakis, *Antitrust liability in cases of indirect contacts between competitors: VM Remonts* [2017] 54 CML Rev., 605-630.

[37] ECJ, Case C –73/95 P *Viho Europe BV v Commission* [1996] ECR I-5457, paras 15-17.

[38] The situation referred to in the text typically produces consequences in the quantification of fines applicable since, according to Article 23, second paragraph, Regulation 1/2013, the threshold of 10% of an undertaking's worldwide turnover needs to be referred to the entire group's turnover: *see*, e.g., Whish and Bailey, *supra* n. 35, at 99; Ivo Van Bael and Jean-François Bellis, *Il diritto comunitario della concorrenza* 991 (Giappichelli 2009). As to recourse to the economic unit doctrine for the application of administrative fines in Italy *see*, e.g., Federico Ghezzi and Mariateresa Maggiolino, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra responsabilità personale e finalità dissuasive* [2014] Rivista delle società, 1060; Federico Ghezzi, *Impresa e sanzioni nella prassi applicativa dell'Autorità garante della concorrenza: qualche problema teorico* [2016] Giur. comm. I 812.

[39] *See* Case C-97/08 *Akzo Nobel and Others v Commission*, *supra* n. 35, at para. 60: 'in the specific case



the market but strictly carried out the instructions received by the parent company.

The arguments in favour of the application of the economic unit doctrine to antitrust damages actions – in order to identify the liable person – have been part of an intense doctrinal debate since even before the enactment of the Directive. It has been argued that, consistent with the application of administrative fines, an action for damages could be brought against either a parent company or against the subsidiary, however both jointly and severally liable. [40]

An explicit and authoritative endorsement of this approach comes now from the very recent ECJ case of *Vantaan v. Skanska*. [41] The Court, in fact, made once more clear that the concept of an "undertaking", within the meaning of Article 101 TFEU, "must be understood as designating an economic unit even if in law that economic unit consists of several persons, natural or legal", and also that "when an entity that has committed an infringement of the competition rules is subject to a legal or organisational change, this change does not necessarily create a new undertaking free of liability for the conduct of its predecessor that infringed the competition rules, when, from an economic point of view, the two are identical". [42] Furthermore, and with a greater importance for our discussion, the ECJ has stressed that "the concept of "undertaking", within the meaning of Article 101 TFEU, which constitutes an autonomous concept of EU law, cannot have a different scope with regard to the imposition of fines by the Commission under Article 23(2) of Regulation No 1/2003 as compared with actions for damages for infringement of EU competition rules." [43]

Now, looking at the issue at hand from the Italian perspective, it seems that particularly in the aftermath of the implementation process of the Damages Directive, the favourable arguments for an extension of the economic unit doctrine to antitrust damages claims have in fact been strengthened by the wordings of the rules – either European or Italian ("undertaking or association of undertakings") – along with the principle of coherent interpretation of EU law. [44]

---

where a parent company has a 100% shareholding in a subsidiary which has infringed the Community competition rules, first, the parent company can exercise a decisive influence over the conduct of the subsidiary and, second, there is a rebuttable presumption that the parent company does in fact exercise a decisive influence over the conduct of its subsidiary'.

[40] *See* Wish and Bailey, *supra* n. 35, at 94.

[41] *See* ECJ, Case C-724/17 *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy and Others* [2019] ECLI:EU:C:2019:204.

[42] *See ibid* paras 37-38.

[43] *See ibid* para. 47.

[44] Persuasive Giorgio Afferni, *Il risarcimento dei danni per violazioni del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale* [2018] Le Nuove Leggi Civili Commentate 171, 190.



To the extent that, for the application of an administrative fine, the existence of an economic unit between two or more (natural or legal) persons implies that unit being held responsible for the infringement – which is to say that the parent is (also, jointly and severally) responsible whenever its control over the subsidiary that participated in the anticompetitive conduct was strict and pervasive – the same should hold true as to the duty to compensate damages for harms caused to third parties.

No special proof concerning the parent company's fault should be required, since its responsibility arises from the mere exercise of a decisive influence over the subsidiary, so that the *thema probandum* will be the existence of that influence, at least whenever it could not be presumed.

B. – The potential impact of administrative decisions on subsequent claims for damages is a great theme of the debate as regards private antitrust enforcement, in Europe as well as overseas. [45]

The rule on the binding effect of an infringement decision of a competition authority has its roots in the information asymmetry between the harmed party (the potential claimant) and the infringer (the potential defendant), and it promises to be the most effective instrument for overcoming this asymmetry, at least in follow-on actions. However, while already in force in respect of the Commission's infringement decisions, pursuant to article 16(1) Regulation 1/2003, [46] it has remained a controversial issue in terms of a full extension to NCA decisions at all, finding strong obstacles in national law, including the relevant Italian legislation.

Already within its White Paper, the EU Commission expressed some critical remarks regarding the widespread reluctance to ascribe a binding effect to decisions having a final character; therefore, it suggested to adopt a rule according to which national courts, whenever having to take decisions on damage claims, subsequent to an NCA's final decision finding an infringement of articles 101 and 102 TFEU, "cannot take decisions running counter to any such decision or ruling". [47]

Almost ten years later, that rule has been finally adopted as part of a soft harmoniza-

---

[45] *See* Section 5(a) of Clayton Antitrust Act of 1914, Pub. L. No. 63-212, 38 Stat. 730 (codified at 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53).

[46] In the wake of the decision of the ECJ in Case C-344/98 *Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd*. [2000] ECR I-11369, paras 51 et seq.

[47] *See* European Commission, White Paper on Damages actions*, supra* n. 10.



tion regime. Article 9 Damages Directive reads that: "Member States shall ensure that an infringement of competition law found by a final decision of a national competition authority or by a review court is deemed to be irrefutably established for the purposes of an action for damages brought before their national courts under Article 101 or 102 TFEU or under national competition law". A narrower effect is then promoted for cross-border decisions, since national legislation should allow the claimant to produce them as "prima facie evidence", this being a compromise between the first draft of the Directive – in favour of the attribution of a full binding effect – and the widespread concerns that are raised by the (not undisputed) conformity of administrative decisions and court proceedings vis-a-vis the principles of a fair trial and a right of defense pursuant to article 47 European Charter of Fundamental Rights and article 6(1) ECHR. [48]

Looking at this rule from the Italian law perspective, it can be said that its underlying principle is not entirely novel, although it is disputed.

Beginning with a leading decision of the Court of Cassazione from 2009, [49] Italian courts have already recognized NCA infringement decisions as strong evidence in subsequent damage claims, referring to a "prova privilegiata", this being in-between "merely admissible evidence subject to judicial appreciation and something less than conclusive evidence, owing to the fact that the defendant could theoretically adduce evidence in rebuttal". [50] Furthermore, the courts have also grounded some presumptions based on this "evidence", these concerning other elements of tortious liability, such as the existence of the harm and the causal link between the anticompetitive misconduct and the harm itself. [51]

Without dealing with the inconsistencies between such a broad use of presumptions

---

[48] *See* European Commission, Proposal for a Directive of the EU Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COM(2013) 404 final, Art. 9. *See* the comments by Jens-Uwe Frank, *Binding effects of decisions of national authorities: I. Introduction with some comparative remarks from a German perspective* 37-38 (Implementation of the EU Damages Directive into Member State law, Conference, Würzburg, 5 May 2017, Concurrences N° 3-2017); Marcella Negri, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile* [2018] *Le Nuove Leggi Civili Commentate* 476, 518.

[49] *Cf.* Corte di Cassazione, no. 3640, 13 February 2009.

[50] Oliver Remien, *Limitation Periods: I. Introduction* 47, 48 (Implementation of the EU Damages Directive into Member State Law, Conference, Würzburg, 5 May 2017, Concurrences N° 3-2017). A critical position towards the referenced approach is expressed by Aldo Frignani, *La difesa disarmatanelle cause follow-on per danno antitrust. La Cassazione in Guerra con se stessa* [2013] Mercato Concorrenza e Regole 429.

[51] Among others *see* Corte di Cassazione, no. 10211, 10 May 2011.



for assessing crucial elements of a tort law remedy, it should be noted that the main concerns have been expressed with regard to basic principles of the Italian legal system: the rigid separation between administrative and judicial power, on the one hand, and the full autonomy that is granted to the latter, on the other (grounded either on article 24(2) or article 101(2) Italian Constitution). And this is not to mention those concerns related to articles 47 European Charter of Fundamental Rights and 6(1) ECHR, particularly in the wake of the ECtHR cases *Menarini* and *Grande Stevens.* [52]

In general terms, the judge – being subject to the law only, pursuant to Article 101(2) Italian Constitution – should be totally free to evaluate the relevant facts, or at least not bound to a specific reconstruction of them provided by an administrative decision. [53]

This premise is of paramount importance in understanding the rationale behind the way how Italian lawmakers have implemented Article 9 Damages Directive.

Article 7(1) Decree 3/2017, at least in its first part, provides an almost faithful translation of its European counterpart, by declaring as binding – in subsequent damages actions – an NCA infringement decision, provided that it is final, that it was confirmed by the reviewing court or that it was not challenged in due time.

Continuing on with our reading of the article, we then find a compromise – or an attempt at one – which was caused by the uncertainties that have been identified above: Pursuant to Article 7(1) second part, the binding effect of an administrative decision rests on the fact that – before becoming final – it can be challenged before a court having full jurisdiction over the matter; the administrative court's judicial review covers either the facts upon which the challenged decision is grounded or the "technical assessments which are not characterized by a substantial margin of appreciation". [54]

Such a formulation is, however, not fully persuasive and does not dispel all doubts since it seems to exempt from a full review those economic assessments that are at the basis of competition law enforcement; [55] that is why, although the last paragraph of the

---

[52] *See* ECtHR, no. 43509/08, *Menarini Diagnostics v Italia*, 27 October 2011; ECtHR, no. 18640/10, *Grande Stevens and Others v Italy*, 4 March 2014. *See* also the critical remarks expressed by Gianroberto Villa, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione* [2015] Il Corriere Giuridico 301, 306*;* Giuseppe Guizzi, *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista* [2014] Il Corriere giuridico 1321*;* Giussani, *supra n.* 33, at 251 et seq.

[53] For insightful remarks *see* Giussani, *supra* n. 33, at 252 and footnote 3.

[54] *See* Negri, *supra* n. 48, at 494 et seq.

[55] *See* Gianroberto Villa, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza* [2017] Il Corriere giuridico 441, 445-446. For the opposing view *see* Nicoletta



Italian transposition states (as does article 9 Damages Directive) that the "binding effect rule" comes "without prejudice to the rights and obligations of national courts under Article 267 TFEU", some scholars argue that the courts may exercise a *refusal to apply*-power, whenever they find that the concerned decision is manifestly illegal. [56]

Moreover, some remarks are needed as to the borders, either objective or subjective, set on the binding effect of NCA decisions.

First, the Directive and its implementation rule refer to infringement decisions only; this means that no binding effect can be ascribed to other kinds of decisions, such as commitment decisions.

Second, according to the indications contained in Recital 34 Damages Directive, the Italian legislature has circumscribed the binding effect to the nature of the infringement and its material, personal, temporal and territorial scope, as determined by the competition authority or the review court. It follows that other crucial issues for the damages claim, like causation and the assessment of an individual harm suffered by the plaintiff, are left to the regular rules on the burden of proof, as integrated by the special regime of rebuttable presumptions that is traced by articles 14(2) and 17(2) Damage Directive (articles 12(2) and 14(2) Decree 3/2017).

Third, as to the subjective perimeter, the Italian provision is clear in restricting the binding effect of the infringement decision to the infringer only. The rationale behind this rule is quite clear: it ensures that the binding effect is limited to the person that has been involved in the prior administrative proceeding.

Some interpretative tensions are easily foreseeable in the wake of the ECJ's *Kone* decision: [57] in cases of umbrella pricing, while the ECJ has stated the liability of the cartelists, it has not excluded that the cartelist(s) could, after being held liable for the damages suffered by the rival undertaking's contractual counterpart who paid an umbrella price, later bring an action against that competitor for its conduct. In this event, such an action will be a sort of stand-alone action in the sense that the cartelist(s) will not benefit from any NCA infringement decision concerning the umbrella pricing conduct, held by the rival. [58]

A final remark deserves to be made with regard to decisions of foreign NCAs: they

---

Rangone, *D.lgs 19 gennaio 2017, n. 3: profili amministrativistici* [2018] Le Nuove Leggi Civili Commentate, 255, 265-266.

[56] *See* Negri, *supra* n. 48, at 494 et seq., 499; Marcella Negri, *Binding effect of decisions of national authorities: III. Italy* 37, para 26 (Implementation of the EU Damages Directive into Member State Law, Conference, Würzburg, 5 May 2017, Concurrences N° 3-2017).

[57] ECJ, Case C-510/11 P *Kone AG and Others v European Commission* [2013] ECLI:EU:C:2013:696.

[58] *See* Giussani, *supra* n. 33, at 253.



have no binding effect and the European legislature refers to them as constituting "prima facie evidence". This concept is unknown to the Italian law of evidence; therefore, and wisely, Italian lawmakers opted for the term "proof". Cross-border decisions are thus an admissible (simple) means of proof among other means and are subject to the free judge's persuasion. [59]

C. – The issue of limitation is a sensitive subject matter since it is capable of impeding the exercise of the right to compensation or significantly jeopardizing the level playing field between market participants from State to State, even triggering forum shopping.

It shall suffice here to mention the concerns expressed by the ECJ in its *Manfredi* judgment, [60] which nevertheless recalled the Member States'competence on the issue, "provided that the principles of equivalence and effectiveness are observed"; and suffice it also to mention the suggestions contained in the Commission's White Paper [61] on achieving the proper balance between legal certainty and the effectiveness of the right to sue.

As clearly stressed in the *Manfredi* case, having the limitation period commence from the day on which the agreement or concerted practice is adopted could make it impossible to exercise the right to seek compensation for the harm caused, and such a risk becomes greater as the length of the limitation period becomes shorter, particularly when it is not capable of being suspended. [62] These were precisely the main features of the Italian law in force at the time that decision was handed down.

Pursuant to article 2947 Italian CC, the right to compensation in a tort liability case had a limitation period of five years, starting from the day when the *fact* occurred. This wording traditionally gave rise to a strict interpretation, according to which the limitation period should be understood as running from the day when the harm was provoked.

However, just a few years after the *Manfredi* case, the Italian Court of Cassazione adopted a less rigid reading of the prescription rule, done by emphasizing a coordination between article 2947 Italian CC and the general legal provision, contained in article 2935 Italian CC.

---

[59] *See*, e.g., Chieppa, *supra* n. 23, at 306; Rangone, *supra* n. 55, at 268.

[60] *See* Joined Cases C-295/04 to C-298/04 *Manfredi*, *supra* n. 7, at paras 77-82.

[61] *See* European Commission, White Paper on Damages actions, *supra* n. 10.

[62] *See* Joined Cases C-295/04 to C-298/04 *Manfredi*, *supra* n. 7, at para. 78.



Pursuant to the latter article, the limitation period begins to run from "the day when the right can be exercised"; a "dies a quo" that the Court held to be the moment when the person having the right to sue has a concrete chance, if acting diligently, to learn about the occurrence of the *harm*, its relevance in legal terms [63] and the identity of the tortfeasor. [64]

That being said, and apart for a couple of explicit provisions – concerning the express relevance of an ongoing or terminated administrative investigation/proceeding, on the one hand, and the prerequisite that the violation causing the harm has ended before a right to sue is enforceable, on the other – it can be observed that the Italian law in force prior to the Damages Directive seemed to be already quite in line with the cornerstones of the harmonized regime laid down in this European instrument.

Pursuant to article 10 Damages Directive, the European text requires Member States to adopt legislation prescribing that the commencement of the limitation period is fixed "not before the infringement of competition law has ceased and the claimant knows, or can reasonably be expected to know" specific circumstances regarding the behaviour (and the fact that it constitutes an infringement of competition law), the fact that the infringement caused harm and the identity of the infringer.

Furthermore, the Directive fixes a minimum length of five years, and there are also specific legal provisions for suspending the limitation period once the competition authority takes action for the purpose of the investigation.

Moving back to Italy, article 8 Decree 3/2017 provides a faithful translation of the Directive's provision, along with an exercise "at the minimum level allowed" of the only discretionary power conferred upon the States: the length of the limitation period. That is because Italian lawmakers fixed it at five years – in conformity with the general provision on tortious liability – and decided moreover not to fix any "absolute limitation period", although this is encouraged in Recital 36 Damages Directive. [65]

Yet appearances are sometimes deceiving, and as soon as we go beyond such a minimal approach and the general overall coherence, a concern arises in the wake of the implementation process. Specifically, while article 10 Damages Directive simply lists facts and the circumstances that the entitled person need to know – or should be aware of – before having the chance to exercise the right to claim damages, the Italian transposition

---

[63] Which is to say, about its being a 'danno ingiusto' under article 2043 CC.

[64] *Cf.* Corte di Cassazione, no. 2305, 2 February 2007 regarding an antitrust claim for damages following the detection of a horizontal prohibited cartel between car insurance undertakings.

[65] *See*, e.g., Villa, *supra* n., at 441.



(article 8 Decree 3/2017) requires that these facts be fulfilled in a cumulative manner; the resulting negative outcome – undeniably undermining the certainty of law – is that, properly in cases of stand-alone actions, the full discovery of these elements (i.e. the *dies a quo* for limitation) could even occur a considerable time after the violation at issue was committed, a risk that is all the greater because Italy has not adopted an "absolute limitation period". [66]

D. – The Damages Directive lacks any provisions on collective redress. It contains rules neither on class actions nor on representative actions. Along with the exclusion of any overcompensation laid down in article 3(3) Damages Directive, this gap deepens the rift between the emerging European model of private antitrust enforcement and the overseas benchmark, i.e. the US system, where a combination of treble damages and the availability of an opt-out class action creates a positive combination of (optimal) deterrence and adequate incentives to sue. While the adoption of a merely compensatory regime is a deliberate, final choice, coherent with the function (compensatory) and characteristics of the tort remedy in Europe, [67] the current reference made by the newly harmonized rules to individual actions – or at least their silence on aggregate litigation – mainly hides the difficulties of an ongoing planning stage. [68]

The importance of collective redress as a sort of flywheel for private antitrust enforcement has been stressed many times by the European Commission, through a series of documents and initiatives: the Green and White Papers *on Damages actions for breach of the EC antitrust rules,* the Green Paper of 2008 on *consumer collective redress*, not to mention the public consultation of 2011 "*Towards a more coherent European approach to collective redress"*.

Particularly in the White Paper on Damages actions, the Commission stressed how "[i]ndividual consumers, but also small businesses, especially those who have suffered scattered and relatively low-value damage, are often deterred from bringing an individu-

---

[66] *See* Afferni, *supra* n. 44, at 171-178*; see* also Vincenzo Meli, *Introduzione al D.lgs 19 gennaio 2017 n. 3, di attuazione della Dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust* [2018] *Le Nuove Leggi Civili Commentate* 119, 138.

[67] *See* Heinemann, *supra n.* 13, at 637.

[68] On the issue in general terms, see, e.g., Christopher Hoodges, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems* (Hart Publishing 2008); *See* also Thomas M. J. Möllers and Bernahrd Pregler, *Civil law enforcement and collective redress in economic law* [2013] Europa e Diritto Privato, 27, 55.



al action for damages by the costs, delays, uncertainties, risks and burdens involved"; a remark whose importance is even greater today in light of the option, chosen by the Directive, in favour of an offensive use of passing-on and also the explicit extension of standing requirements to indirect purchasers. [69]

Given, however, that collective redress mechanisms can play a pivotal role for the entire enforcement of individual rights conferred by the EU law, the European Parliament, in 2012, adopted the resolution "*Towards a Coherent European Approach to Collective Redress*" and claimed for a wider harmonization process, one to be achieved through a "horizontal framework including a common set of principles providing uniform access to justice via collective redress within the Union and specifically but not exclusively dealing with the infringement of consumer rights". Undeniably an ambitious goal, one whose result has at least in the short run been the weakening of any harmonization process on collective redress, as shown by the mere adoption of a Commission Recommendation (the Commission Recommendation 2013/396 "on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms") – thus, while waiting to take two steps forward, one step back – or aside – has been taken instead. [70]

Notwithstanding the lack of a harmonized regime at EU level, some countries have already adopted some sort of collective redress mechanisms, and Italy is one of them.

Pursuant to article 140 bis of the Italian Consumer Code (Legislative Decree n. 206 of 2015) (hereafter: Italian ConsumerC), an opt-in class action is in fact available for grant-

---

[69] The choice on passing-on that is made by the Damages Directive is, as known, dissonant with the US model, whereas, in the wake of two leading Supreme Court decisions, indirect purchasers have no standing to bring (individual/class) damages actions: *Hanover Shoe Inc v United Shoe Machinery Corp.*, 392 US. 481 (1968); *Illinois Brick Co. V State of Illinois,* 431 US 720 (1977). *See*, e.g., William M. Landes and Richard Posner, *Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick* [1979] 46 Univ. Chic. L. Rev. 602, 608; Gregory J. Werden and Marius Schwartz, *Illinois Brick and the Deterrence of Antitrust Violations – An Economic Analysis* [1984] 35 Hastings Law Journal 629 et seq.; Herbert Hoverkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice* 615 et seq. (2nd ed., West Group 1999). For critical remarks *see*, however, Stephens Calkins, *An Enforcement Official's Reflections on Antitrust Class Action* [1997] 39 Ariz. Law Rev. 413, 424; Adam Thimmesch, *Beyond Treble Damages: Hanover Shoe and Direct Purchaser Suits After Cames v Microsoft Corp.* [2005] 90 Iowa Law Rev. 1649 et seq.

[70] For critical remarks about the choice made *see*, e.g., Josef Drexl, '*Private and Public Enforcement of EU Competition Law*' in Hans-W. Micklitz and Andrea Wechsler (eds), *The Transformation of Enforcement. European Economic Law in a Global Perspective* 135, 156 (Hart Publishing 2016). *See* also the comments contained within Directorate-General for International Policies, *Collective Redress in Antitrust*: *study*, IP/A/ECON/ ST/2011-19–PE75.120, 12, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html > Collective redress > Study on legislative action in the area of collective redress in the field of antitrust (accessed 24 April 2019).



ing damages (or restitution) in cases where consumers'homogeneous rights are violated by a series of conduct, including anticompetitive conduct.[71] Accordingly, the domestic implementation of the Damages Directive, pursuant to article 1 Decree 3/2017, explicitly extends its range of application to antitrust damages claims brought in the form of aggregate litigation.

Meanwhile, on 3 April 2019, the Italian Parliament approved (Ddl 844/19), a new comprehensive regulation on class actions whose entry into force is postponed until twelve months after the date of publication in the Gazzetta Ufficiale. The new regime consists of several articles amending the Italian CPC (art. 840 bis – 840 sexiesdecies) and is intended to replace the still valid article 140 bis of the Italian ConsumerC). The new class action abandons its exclusive reference to consumers, becoming instead a general technique of aggregate litigation for damages or restitutionary claims arising from any violation (including antitrust violations) of homogeneous individual rights of the class members, and it is available against undertakings, either private and public, the latter as entrusted with the operation of public services.

Of course, it is impossible to say anything as regards the practical impact that the new rules will have on antitrust private enforcement. In any event, since most of the new rules share many of their main features with the regime laid down in art 140 bis of Italian ConsumerC, several critical remarks already valid for the latter will apply to the former too, strengthening the argument that the Italian model is not – as of now – an efficient substitute for the missing EU class action.

As clearly pointed out by the DGIP's Study on Collective Redress in Antitrust, we should first note that an opt-in mechanism, even though it has the advantage of limiting the risks of unmeritorious actions, entails a low participation rate. Low rates are a significant drawback to effective antitrust law enforcement, being no less problematic than the absence of economic incentives to sue (i.e. punitive damages) combined with the typical occurrence of parceled and low-value damages.[72] Moreover, along with legal standing being restricted to individual consumers,[73] a further bottleneck stems from the need for

---

[71] *See*, e.g., Enrico Camilleri, *Azione di classe a tutela dei consumatori e comportamenti anticoncorrenziali: criticità (e velleità) di un tentativo di trade-off* [2010] AIDA 415 et seq.

[72] Directorate-General for International policies, *supra* n. 70, at 13. By contrast, the Commission Recommendation 2013/396/EU of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law [2013], OJ L201/60, Art. 21-24, is in favour of the 'opt-in' method.

[73] Such a circumscription of the legitimate claimants to consumers implies, of course, the exclusion of intermediate buyers/sellers.



homogeneity of claimants'rights, this being a premise for recognizing the existence of the class and, thus, the admissibility of the action brought.

The "homogeneity" prerequisite – still required by the amendments of 2019 – in fact gives rise to judicial uncertainty between (i) a rigid interpretation, according to which the same kind of individual consequences (types of harms), originating from an antitrust violation, [74] are needed and (ii) a more recent, open approach, according to which homogeneity should be conceived simply in relation to the same origin of individual harm, without thereby precluding a differentiation into sub-classes as regards nature and amount. [75]

Further drawbacks refer to the damages awarded. Pursuant to article 140 bis(12) Italian ConsumerC, in the event of success, claimants may obtain a judge's equitable estimation of the damages or the establishment of a homogeneous criterion to be applied for quantification. In both cases, even if with different *nuances*, the outcome of the lawsuit is a "ballpark figure" evaluation, at high risk of yielding under-compensation and therefore at risk of dissuading more than incentivizing individual adhesion, especially given that it implies relinquishing the right to bring individual actions (either for damages or restitutions) that are grounded on the same facts as the collective claim. The same critical remark seems also valid with reference to the new discipline introduced by the Italian CPC, at least when reading the vague formulation of Article 840 sexies (sub letters a and h).

If these elements are not disheartening enough, the overall picture on Italian class actions for antitrust infringement is worsened even further by the implementation of the Damages Directive: pursuant to article 18 Decree 3/2017, actions for damages, either individual or collective, can be brought only before the specialized sections ("sezione specializzata in materia di impresa") of three Tribunals: Milan, Rome and Naples. The rationale behind this provision is to ensure a high expertise from the courts, given the complicated legal and economic issues involved in these type of claims. The negative side effect of this choice of lawmakers is, however, to make the existing bottleneck even narrower.

5. – There are two more missing pieces to the puzzle of EU antitrust private enforcement, two pieces that have been disregarded or are least not adequately dealt with by the new harmonized regime on damage claims, despite being pivotal for its optimal functioning in practice: causation and quantification of damages.

---

[74] *See*, e.g., Tribunale di Milano, ord. 8 November 2013, *Altro consumo-Bianchi (e altri) c/Trenord s.r.l.*

[75] *See* Corte d'Appello di Milano, no. 2828, 25 August 2017, overruling Tribunale di Milano, ord. 8 November 2013; Corte d'Appello di Torino, 30 June 2016; Corte d'Appello di Milano, ord. 3 March 2014.



Causation is a structural constituent element of tortious liability, an element whose role within the framework of the remedy is to ensure that the tortfeasor is liable only for the harm that is the immediate and direct outcome of his/her conduct. [76]

In terms of antitrust damages actions, the importance of the causation nexus becomes even greater than in traditional tort actions since – as is common in cases of pure economic loss – there is a typical dispersion of losses through the market and "the victims are not only competitors, but also rivals, suppliers and firms operating in complementary markets". [77]

Moreover, the wider the range of interests that the violated norm is meant to protect, the more crucial the need will be to use the causation requirement as tool to control the floodgates and access to the remedy. This effect is even stronger in competition law since it is meant to protect general interests (such as a competitive structure or the competition on a given market) within which a set of more specific interests are represented.

The distortion of a competitive market is often an event causing multiple injuries. One anticompetitive action may simultaneously cause damages to competitors, to companies operating at different market levels and to final consumers. Therefore, in order to prevent that a violation of such a general interest also implies an unmanageable number of follow-on damages actions, the link between a specific anticompetitive conduct and the harm that can be described as directly related to this conduct needs to be stringent.

The ECJ has many times stressed the pivotal role played by the causation requirement for antitrust damages claims, despite pointing out that this issue is governed by national law given the lack of a common European doctrine on the issue. [78] However, notwithstanding this awareness, or perhaps exactly because of it, the Damages Directive does not introduce any specific provision on causation, while the Italian implementation only indirectly refers to it in the context of the quantification of damages; pursuant to article 14 Decree 3/17: *Compensation for damages caused by a violation of the law of competi-*

---

[76] Isabelle C. Durant, '*Causation*' in Helmut Koziol and Reiner Schulze (eds), *Tort Law of the European Community* 63 (Springer 2008).

[77] *See*, e.g., Pedro Caro de Sousa, *EU and national approaches to passing on and causation in competition damages cases: a doctrine in search of balance* (2018) 55 CML Rev. 1751, 1780; *see* also Ioannis Lianos, Peter Davis & Paolisa Nebbia, *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law* 103 (Oxford University Press 2015).

[78] *See*, as leading cases on the issue, Joined Cases C-295/04 to C-298/04 *Manfredi*, *supra* n. 7, at para. 61-64; Case C-510/11 *Kone and Others v Commission*, *supra* n. 57, at paras 22-24; Case C-360/09 *Pfeiderer*, *supra* n. 4, at para. 28; ECJ, Case C-199/11 *Europese Gemeenschap v Otis NV and Others* [2012] ECLI:EU:C:2012:684, para. 43. *See* also ECJ, Case 48/72 *Brasserie de Haecht v Wilkin II* [1973] ECR 77. For a wider analysis of the ECJ's posture on the theme *see* Caroline Cauffman, *The DCFR and the Attempts to Increase the Private Enforcement of Competition Law: Convergences and Divergences* (2010) 18 ERPL, 1079-1105.



tion due to the injured person must be determined according to the provisions of articles 1223 (...) of the Italian CC. [79]

That being said, causation is commonly conceived as having a twofold meaning: On the one hand there is "causation-in-fact", which is used in order to establish a link between the wrongful conduct of the tortfeasor and the harm suffered by the victim (the standard usually applied to determine this link is the "but-for" test). On the other hand there is "legal causation", which is used in order to limit the extent of an attributable harm for which the tortfeasor can be held liable [80] and which is oriented on two main functions: the explanatory and the attributive functions, [81] the fulfillment of which rest on the use of several tests and formulas that express concepts regarding proximity, foreseeability, scope of the rule etc.

The combined effect of both these meanings makes clear the distance between the scientific and the legal discourse on causation, the former aiming at the prediction of future events, given specific antecedents, and therefore mainly pertaining to an *ex ante* evaluation; the latter aiming at the attribution of responsibility to an agent in light of his/her actions or omissions, which is to say a typical *ex post*, counterfactual analysis.

This usual interplay between causation in fact and legal causation proves, however, to be much more complex in antitrust cases as the more removed the harm (pecuniary loss) suffered in the supply chain is, the weaker the causal link between that harm and the wrongful conduct (antitrust infringement) that is supposed to be its direct cause, to the point of the link disappearing entirely, especially whenever a contract works as a diaphragm between the conduct and the event.

The latter situation typically occurs in the context of cartels and downstream contracts, where the tension – if not the divergences – between an economic approach and a legal approach to causation can be easily described.

And in fact, even if from an economic point of view the harm suffered by a contractual counterpart – independent of whether a direct counterpart or even an indirect pur-

---

[79] Art. 1223 of the Italian Civil Code is a norm explicitly provided for a breach of contract, but it is also applicable to tort law; it reads as follows: 'The compensation for damage … must therefore include the loss suffered by the creditor as loss of income, as it is an immediate and direct consequence thereof'.

[80] *See,* e.g., Ioannis Lianos, *Causal Uncertainty and Damages Claims for Infringement of Competition Law in Europe,* CLES Research Paper Series 2/2015*,* https://www.ucl.ac.uk/cles/sites/cles/files/cles-2-2015.pdf (accessed 24 April 2019); Lianos, Davis & Nebbia, *supra* n. 77, at 75 . As for the Italian law of torts *see*, e.g., Massimo Franzoni, '*Dei fatti illeciti: artt. 2043-2059*' in Francesco Galgano (ed.), *Commentario del Codice Civile* Scialoja-Branca, 84 (Zanichelli 1993).

[81] *See*, Antony Honoré, '*Causation in the Law*' in Edward n. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2010 edn).



chaser, supplier or client – is directly linked to the upstream restrictive agreement, from a private law viewpoint that harm, consisting for example of an inflated price, is but the direct effect of the contract itself. And the contract will not only be the result of a meeting of minds involving the counterpart's will; rather, it is the only "fact" capable, as such, of causing the harmful event. More precisely, while the contract can be described as the sole proximate cause of the harm (i.e. the cause in the absence of which the effect would not have happened), upstream antitrust infringement is but a secondary one (i.e. an event in the absence of which the effect would not have been prevented).

Italian jurisprudence has, particularly in more recent years, tried to handle this critical issue by embracing a wide use of rebuttable presumptions: according to some decisions taken by the Court of Cassazione,[82] mainstream economic analyses provide a reliable ground for presuming that a cartel is the direct cause of a damage to the whole market, once its existence has been proved. This is a rebuttable presumption, of course, in the sense that the defendant can prove the interruption of any causal link between the antitrust infringement and the harm.

It should be noted that such an interpretation is quite disputed in Italy since it subverts the general rule about the burden of proof and, above all, since it relies excessively on a probabilistic method – the "more likely than not" rule –working better as regards causation in fact than for legal causation, the latter requiring a specific, individualized evaluation of the facts.[83]

These queries have now been even further sharpened by the Damages Directive and its implementing rules. It suffices to mention that article 3 Damages Directive stresses – consistent with the case law of the ECJ – that "any natural or legal person who has suffered harm caused by an infringement of competition law" has to be able to claim and obtain full compensation for that harm, a formula that, in light of the Directive, involves indirect purchasers of the infringers[84] as well as third parties that have been harmed by an "umbrella price".[85]

---

[82] *See*, among the others, Corte di Cassazione, no. 11904, 28 May 2014; Corte di Cassazione, no. 9116, 23 April 2014.

[83] Roberto Pardolesi, *Note minime in tema di nesso di causalità* [2014] *Concorrenza e mercato* 317, 321.

[84] As regards the likelihood that damages claims could really be brought by indirect purchasers, it has been rightly observed that '[i]n the overwhelming of cases, damages actions are brought by direct purchasers'whereas it is 'extremely rare that they are introduced by indirect purchasers': *see* Lianos, Davis & Nebbia, *supra* n. 77, at 104. On 'indirect purchasers'' standing within the framework of the Damages Directive and the Directive's national implementation in Italy, *see* Enrico Camilleri, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella Direttiva 2014/104/UE* [2015] AIDA 32; Francesco Mezzanotte, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale* [2018] Le Nuove Leggi Civili Commentate 215.

[85] This in the wake of the Kone case: Case C-510/11 *Kone and Others v Commission*, *supra* n. 57.



In any event, particularly in the latter cases, the antitrust violation really seems to be too remote from the harm, so that a finding of liability appears to heed a policy directive more than the main features of a tort remedy. In other words, the remedy in tort seems capable of intercepting the closest harm caused by the wrongful conduct, but it cannot encompass the whole perimeter within which the distorting wave propagates.

That being said, we may wonder which kind of damage it is that we are presuming. Which harm we are talking about? What is in fact "more likely than not" is that an antitrust infringement, and more precisely a cartel, inflicts damage on the market as a whole and not a parceled individual harm. And this is twice as true as soon as we refer to exclusionary practices. [86]

This remark introduces the last critical point that deserves to be underlined: the issue of quantification of damages.

In granting the right to a full compensation, the Directive evokes either the *damnum emergens* and the *lucrum cessans*. Pursuant to article 3(2) Damages Directive: "Full compensation shall place a person who has suffered harm in the position in which that person would have been had the infringement of competition law not been committed. It shall therefore cover the right to compensation for actual loss and for loss of profit, plus the payment of interest".

This reading recalls Mommsen's *Differenztheorie*; a theory, however, whose application in antitrust cases proves to be highly inadequate since the quantification of damages (suffered by third parties) rests on complex, counterfactual analyses that are properly based on economic data.

As commendably observed overseas, "[t]he marriage between economics and … antitrust policy becomes rocky when it reaches the law of damages (...) the law of damages has the much more difficult task of quantifying injury; the difference between saying that a certain practice is harmful and quantifying the amount of harm can be significant". [87]

Now, in order to soften this burden of proof for plaintiffs, the Directive introduces at least two rebuttable presumptions: that of article 17(2), according to which "[i]t shall be presumed that cartel infringements cause harm" and that contained in article 14, regarding the presumption of the passing-on of overcharges: "In the situation referred to in par-

[86] *See*, e.g., Mario Libertini, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di Direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminary* [2014] Concorrenza e Mercato 265.

[87] *See* Herbert Hovenkamp, *A Primer on Antitrust Damages*, University of Iowa Legal Studies Research Paper, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1685919 (accessed 24 April 2019).



agraph 1, the indirect purchaser shall be deemed to have proven that a passing-on to that indirect purchaser occurred where that indirect purchaser has shown that: (a) the defendant has committed an infringement of competition law; (b) the infringement of competition law has resulted in an overcharge for the direct purchaser of the defendant; and (c) the indirect purchaser has purchased the goods or services that were the object of the infringement of competition law, or has purchased goods or services derived from or containing them."

In any event, these presumptions apply to cartels only, whereas they are not capable of capturing other infringements, like exclusionary or exploitative conduct; moreover, they provide a provisional answer to the question whether the harm does exist, without saying anything as to the main quantification of damages suffered. The plaintiff and the judge should therefore handle on their own this issue. They could of course refer to soft law texts like the Commission's Guidelines on the quantification of damages, but the complex economic assessments involved suggest that the Court requires specialized assistance, either from an NCA or from other institutions or persons.

The two likely outcomes are both negative: either an equitable estimation (with the implied risks of over-estimations or under-estimations) or a sort of *damnum in re ipsa.*[88] In any case, what results is something that is far from the proclaimed goal of full compensation, something that is instead, as stressed regarding the causality nexus, a forced application of tortious liability.

In conclusion, although paradoxical at a first glance, it seems that the Damages Directive on non-contractual liability even worsens the interplay between competition law (goals) and private law remedies. It is an interplay whose critical attributes have been clearly summarized in querying whether competition policy is "a tool to protect the competitive process and to serve the public goals or …. primarily an instrument of consumer protection" .[89] It is, as well, self-evident that agreement on the first alternative –

---

[88] Which is, in any event, strongly opposed by the Court of Cassazione: *see*, e.g., Corte di Cassazione, no. 1931, 25 January 2017; Corte di Cassazione, no. 207, 08 January 2019.

[89] *See* Josef Drexl, Beatrix Conde Gallego et al., *Comments by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, on the White Paper by the Directorate-General of Competition on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules* [2008] IIC 799. For critical remarks *see* also Jürgen Basedow, '*Recognition of Foreign Decisions within the European Competition Network*' in Jürgen Basedow, Jörg Philipp Terhechte and Ludos Tichý (eds), *Private Enforcement of Competition* Law 169, 171 (Nomos 2011). *See* also Heike Schweizer, '*Competition Law and Public Policy: Reconsidering an Uneasy Relationship – The Example of Article 81*' in Josef Drexl, Laurence Idot & Joël Monéger (eds), *Economic Theory and Competition Law* 134, 145 (Edward Edgar Publishing 2009).



thereby also following some hints from the ECJ itself[90] – would make clear the inconsistencies in the scope of private law tools (remedies) as deputed to solve conflicts between particular interests.

The fact is that the Damages Directive, beyond any apparent paradox, simply corroborates this thesis, by fashioning a sort of allotrope of the classical private law remedy in tort, an allotrope in relation to which what is written as "private interest" should be regarded as general (public) interest:[91] that one towards the regulation of markets.

The time when antitrust private enforcement development was supposed to be a flywheel for a European private law – parallel to or at least harmonious with the most advanced projects for a "codification" of the latter, such as seen with the DCFR[92] – really belong to a past phase in the process of European integration.

[90] *See* ECJ, Joined Cases C-468/06 and C-478/06 *Lélos kai Sia and Others v GlaxoSmithKline* [2008] ECR I-7139, paras 65-66.

[91] *See*, e.g., Marie-Anne Frison-Roche, *Efficient and/or Effective Enforcement*, in Josef Drexl, Laurence Idot & Joël Monéger (eds), Economic Theory and Competition Law, 211 (Edward Edgar Publishing 2009).

[92] *See*, e.g., Cauffman, *supra* n. 78.

JUS CIVILE



CLAUDIA IRTI

Professore associato di diritto privato – Università Ca' Foscari di Venezia

DATO PERSONALE, DATO ANONIMO E CRISI DEL MODELLO NORMATIVO DELL'IDENTITÀ

SOMMARIO: *1. Dati personali, identità, dignità. – 2. I "dati personali": un tentativo di definizione. – 2.1. La definizione di "dati personali" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 3. La crisi della definizione di "dato personale" quale crisi di un sistema di tutela della identità*

1. – Il Codice in materia di protezione dei dati personali, così come modificato dal d.lgs.10 agosto 2018, n. 101, in adeguamento al regolamento UE 2016/679/UE (GDPR), non contiene più alcun riferimento alla locuzione "identità personale" [1], come si premurava di fare, invece, l'art. 1 dell'originario testo normativo [2], prima delle intervenute modifiche [3].

---

[1] Una "locuzione" cui nel tempo sono stati ascritti vari significati, in relazione ai contesti e in ragione delle funzioni che le sono state attribuite, e che ancor oggi, nonostante i risultati raggiunti, resta soggetta ad un continuo processo di trasformazione: P. GLEASON, *Identifying Identity: A Semantic History*, *Journal of American History*, LXIX, 1983, p. 4 ss.; il problema della definizione giuridica del diritto all'identità è affrontato da L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1976, p. 223.

[2] Art. 1, legge 31 dicembre 1996, n. 675: "La presente legge garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all´identità personale; garantisce altresì i diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione" – è poi trasmigrato nell'art. 2 del Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196 del 2003) che, prima della recente rivisitazione recitava "Il presente testo unico, di seguito denominato "codice", garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali".

[3] La citata norma, pur contemplando la nozione d'identità personale, non ne forniva, tuttavia, una definizione. Secondo alcuni, il legislatore avrebbe fatto un rinvio implicito alle definizioni già elaborate in giurisprudenza e in dottrina, così G. PINO, *L'identità personale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, in *Ambito e fonti del diritto*, a cura di S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI, Milano, 2010, p. 297 ss., p. 304.



La novità non può passare inosservata.

Il diritto all'identità personale [4] ha rappresentato, nel nostro ordinamento, il perno attorno al quale – a partire dalla metà degli anni Settanta del secolo scorso, grazie agli sforzi interpretativi di dottrina e giurisprudenza – la tutela dell'individuo, nella sua unitarietà e unicità, si è sviluppata.

Un diritto, si sottolinea [5], sconosciuto ad altre esperienze giuridiche, che tuttavia non può non essere percepito come un traguardo fondamentale nella strada che conduce alla piena valorizzazione dell'individuo, di "quell'unico e unitario bene che è (…) la stessa persona umana" [6].

Per lungo tempo la dottrina si è posta il problema della ricerca di un "fondamento positivo" [7] del diritto all'identità personale, ragione per cui non sorprende che la citata norma fu salutata come il simbolico "approdo normativo" di quel processo giurisprudenziale e dottrinale che aveva condotto alla ricostruzione giuridica della stessa nozione di "identità personale", nonché il momento a partire dal quale la "categoria" può considerarsi definitivamente ricondotta nel quadro dei diritti e delle libertà fondamentali [8].

---

[4] A. DE CUPIS, *Il diritto all'identità personale*, Milano, 1949; G.B. FERRI, *Privacy e identità personale*, in *Riv. dir. com*., 1981, II, p. 379 ss.; F. MACIOCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, 1984; V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Identità personale*, *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IX, p. 294 ss.; L. VALLE, *Il diritto all'identità personale*, in M. SESTA e V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 77 ss.; P. ZATTI, *Dimensioni ed aspetti della identità nel diritto privato attuale*, in *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, *supplemento a Nuov. giur. civ. comm*., 4, 2007, p. 1 ss.; G. FINOCCHIARO, voce *Identità personale (diritto alla*), in *Dig. disc. Priv.* sez. civ., Aggiornamento, Torino, 2010; AA.VV., *Il diritto alla identità personale*, a cura di G. ALPA E M. BESSONE, Padova, 1981; AA.VV., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, *Atti del seminario promosso dal centro di iniziativa giuridica P. Calamandrei a Messina il 16 aprile 1982*, Milano, 1985.

[5] G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo*, in *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da G. FINOCCHIARO, Bologna, 2017, p. 3.

[6] P. RESCIGNO, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. gir. Treccani*, vol. XXVI, p. 1 ss., a p. 2.

[7] Al riguardo G. RESTA, *I diritti della personalità*, in *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, a cura di G. ALPA e G. RESTA, *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, 2006, p. 361 ss. a p. 543, ove si osserva come in assenza di specifiche disposizioni codicistiche il fondamento positivo della tutela viene identificato direttamente nell'art. 2 della Costituzione; cfr. in argomento P. ZATTI, *Il diritto all'identità e l'"applicazione diretta" dell'art. 2 Cost*., in AA.VV., *Il diritto alla identità personale*, a cura di G. ALPA e M. BESSONE, Padova, 1981, p. 55 ss. per un'attenta discussione sulle premesse e sulle implicazioni di una siffatta tecnica argomentativa. L'utilizzo dell'art. 2 della Costituzione come "clausola aperta e generale di tutela del libero e integrale svolgimento della persona umana" che come tale può abbracciare il diritto all'identità personale quale diritto che "mira a garantire la fedele e completa rappresentazione della personalità individuale del soggetto" (Corte di Cassazione, 22 giugno 1985, n. 3769) è, peraltro, contrastata dai sostenitori di una lettura "restrittiva" della norma, per tutti A. PACE, *Il c.d. diritto all'identità personale e gli art. 2 e 21 della Costituzione*, in *Il diritto all'identità personal*e, cit., *passim*.

[8] S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, 2004, Roma-Bari, p. 134 ss.



Ebbene, in virtù della ricezione del nuovo testo normativo [9], cade il riferimento al concetto di "identità personale", come cade, del resto, il riferimento alla dignità [10], elementi, entrambi, che Stefano Rodotà [11], all'indomani della promulgazione del (primo) Codice della Privacy, aveva segnalato come significative "valorizzazioni della norma italiana rispetto allo schema di riferimento della Direttiva", un "arricchirsi del quadro dei principi" che conferma "la dilatazione della considerazione normativa" [12].

L'orizzonte di tutela, nel suo enunciato letterale, torna a far riferimento ai soli "dati personali riferibili alle persone fisiche", a quei "frammenti" in cui d'identità, disgregatasi nell'impatto con il mondo virtuale, si disperde e si moltiplica.

---

[9] Il regolamento, come noto, è strumento di armonizzazione massima che non ammette – diversamente da quanto è accaduto con il recepimento della direttiva 95/46/CE – margine di manovra al legislatore nazionale.

[10] Il collegamento fra privacy e dignità è dovuto, soprattutto, all'elaborazione della giurisprudenza tedesca. Come noto la Carta Fondamentale tedesca contiene un espresso riferimento alla "protezione della dignità umana" come diritto fondamentale, cui è dedicato – significativamente – il primo articolo della Carta. Questa norma, posta in relazione con il comma 1, art. 2 della stessa Carta, a norma del quale "ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale" ha reso possibile sviluppare l'idea che la "privacy" dei dati personali sia considerata parte integrante della dignità della persona. Sul collegamento fra privacy e dignità si veda S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa. Il nuovo codice della privacy*, in *Eur. e dir. priv*., 2004, 1, p. 1 ss.; più in generale sulla dignità come valore supremo e unificante, onnicomprensivo degli aspetti fondamentali (genetico, corporale e psicologico formale) che formano il nucleo dell'identità si veda P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, 2009, p. 37 ss.

[11] *Persona, riservatezza, identità, Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1996, p. 583 ss.

[12] Una lettura critica della precedente impostazione legislativa "basata sulla prevalenza del principio personalistico e, in particolare del principio della dignità umana", è data da F. BRAVO, "*Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica"*, Milano-Padova, 2018, p. 195 ss. il quale sottolinea come "l'evoluzione sociale, economica istituzionale e tecnologica porta il legislatore eurounitario a considerare nuove istanze, di fronte alle quali l'autodeterminazione informativa e il principio di dignità – realizzati con i meccanismi di protezione dei dati personali – vengono mitigati di fronte ad altre istanze, volte a favorire la libertà di circolazione dei dati e l'integrazione del mercato, che ora procede di pari passo con quella politica, istituzionale e sociale".

Critica, anche, la posizione di V. RICCUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali, contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 689 ss.; ID., *La patrimonializzazione dei dati personali*, in AA.VV., *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, Torino, 2019, p. 27 ss., ove l'autore sostiene che la prima disciplina di matrice comunitaria relativa alla privacy, la direttiva 95/46, avrebbe potuto essere letta in una prospettiva "patrimonialistica" (sollevata da qualche pioneristico commentatore quale S. SIMITIS, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, in *Riv. crit. dir. priv*., 4, 1997, p. 575 ss.) che, tuttavia, "la normativa italiana di recepimento disattenderà … rimanendo, in buona sostanza, ancorata ad una (sola) lettura assolutistica della persona"; C. CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla L. n.665/1996*, in *Eur. dir. priv*., 1998, p. 106 ss., *passim*.



La norma, è stato rilevato, si limita a proteggere il frammento ma non l'insieme [13].

Questa, invero, la conseguenza giuridica di una realtà fenomenologica che, già da tempo – nel passaggio dall'identità personale all'identità digitale [14] – ha visto l'unità identitaria del singolo scomporsi in "un sistema informazionale complesso" costituito da una somma di dati che ne rappresentano e costituiscono l'essenza, ma che allo stesso tempo sono soggetti a manipolazioni e ricomposizioni fittizie [15]. L'ineludibilità dell'elemento fenomenologico ha spostato al centro del sistema politico-istituzionale l'attenzione sul dato personale, il quale, tuttavia, non è tutelato "in sé e per sé" ma continua a esserlo in via mediata, in quanto rappresentazione della persona da cui promana [16], veste in virtù della quale la protezione dei dati personali assurge – a sua volta – all'olimpo dei diritti fondamentali dell'individuo.

2. – Fin dal tempo della direttiva madre [17] il legislatore europeo ha concentrato la sua attenzione sulla tutela del "dato personale", qualificando come tale "qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile ('persona interessata')".

Tale nozione determina l'ambito di applicazione materiale della normativa sulla protezione dei dati, in quanto, solo in caso di trattamento di "dati personali", si applicano i principi, i diritti e gli obblighi ivi previsti (articolo 3, paragrafo 1, della vecchia DPD e articolo 2, paragrafo 1, del GDPR) [18].

Riuscire a definire con esattezza cosa s'intenda con questa locuzione [19] è, di conse-

---

[13] Così sintetizza efficacemente G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo*, cit.

[14] G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf.*, 2007, 3, p. 516.

[15] G. MARINI, *La giuridificazione della persona idee e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 359 ss., a p. 387.

[16] G. ALPA, *La proprietà dei dati personali*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessione su GDPR*, a cura di N. Z. GALGANO, Milano-Padova, 2019, p. 9 ss.

[17] L'art. 2, comma 1, lett. a) della direttiva 95/46/CE, definiva i "dati personali" come: "qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile ("persona interessata"); si considera identificabile la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale".

[18] Non deve pertanto stupire che il recente GDPR, nel mantenere come obiettivo "la tutela dei diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche", sia andato a sostituire il riferimento specifico al "diritto fondamentale alla vita privata" con quello relativo alla "protezione dei dati personali" (articolo 1, paragrafo 2 del GDPR).

[19] La nozione di dato personale è stata approfonditamente indagata in un corposo studio – "*What are personal data?*" – che la UK Information Commission ha nel 2004 commissionato all'Università di Shef-



guenza, presupposto essenziale per comprendere quale sia l'ambito effettivo di estensione della tutela ad essi riconosciuta.

Partendo dalla definizione giuridica si può certamente affermare che i "dati personali" sono "informazioni"; una locuzione che, tuttavia, si presta a plurime interpretazioni, un termine dal significato ambiguo, multiforme, comunemente utilizzato – per esempio – tanto per far riferimento all'informazione come "contenuto", quanto al supporto materiale che immagazzina quel contenuto.

Per meglio comprendere quale sia il significato d'informazione richiamato dalla disciplina normativa in materia di privacy può tornare utile la classificazione elaborata da un autore, Herbert Zech [20], il quale propone di distinguere tra informazioni semantiche [21],

---

field al fine di favorire la comprensione della locuzione "dati personali" e contribuire a darne una definizione coerente e attendibile. La ricerca è stata condotta utilizzando più chiavi di lettura – giuridica, sociologica e psicologica – nonché attraverso un'indagine empirica su come il termine "dati personali" sia stato interpretato e applicato dalle autorità preposte alla protezione dei dati nelle diverse giurisdizioni europee. Il risultato più interessante raggiunto da questo studio è stata la identificazioni di diversi "modelli teorici" (Ideal Types) di classificazione dei dati personali, mediante l'utilizzo del criterio centrale di rilevanza/irrilevanza del "contesto": i Paesi che adottano il criterio della "irrilevanza del contesto" suggeriscono, esplicitamente o implicitamente, che può essere redatto un elenco di dati che sono sempre (e/o mai) dati personali; il contesto non è considerato un fattore cruciale per determinare se i dati debbano essere classificati come "personali". I Paesi che, invece, adottano il criterio della "rilevanza del contesto" classificano (quasi) tutti i dati come "talvolta" in grado di essere qualificati come dati personali, nel senso che tutti i dati potrebbero essere qualificati come dati personali "nelle giuste circostanze". Di conseguenza, questi Paesi ritengono che non sia possibile stilare un elenco definitivo di dati che costituiranno sempre (o mai) 'dati personali'. Lo studio, analizzate le differenze, propone diversi "modelli teorici" di classificazione: a) il modello "identificatore unico", per il quale i dati personali sono dati che possono essere collegati in modo univoco ad un individuo e rispetto ai quali il contesto è irrilevante; b) il modello "identificatore dipendente dal contesto", secondo il quale i "dati" sono considerati "personali" se possono essere utilizzati per identificare un individuo, in quanto qualsiasi informazione può essere utilizzata, in circostanze appropriate, per identificare una persona; c) il modello che si basa sulla "possibilità (probabilità) di un effetto rilevante" che si fonda su un concetto che definisce i dati quali "personali" solo se in grado di "incidere" materialmente su una "persona identificabile" mala capacità dei dati di incidere sulla privacy di una persona può essere valutata in modo indipendente dal contesto; d) Il modello che si basa sulla "possibilità/probabilità dell'effetto rilevante dipendente dal contesto", in ragione del quale i "dati personali" sono dati in grado di incidere sulla "privacy" di un individuo e il fatto che una particolare informazione sia in grado di incidere sulla vita privata di un individuo è determinato dalle circostanze contingenti del caso specifico ovvero dal contesto. Lo studio è reperibile sul sito https://www.frareg.com/cms/wp-content/uploads/personal_data.pdf.

[20] H ZECH, *Information us a property*, *6 JIPITEC 192*, para 1, 2015; ID., *A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data, Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 11, n. 6, 2016, p. 460 ss.; ID. *Data as a Tradeable Commodity*, in AA. VV., *European Contract Law and the Digital Single Market*, edited by A. DE FRANCESCHI, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 51 ss.

[21] A ben guardare di "ambito semantico del termine informazione" che legittima "l'unificazione di informazioni (nel senso di notizie) … e 'beni informazionali' (nel senso tanto di informazioni 'trattate' che di procedure tecniche del loro trattamento), che l'osservazione della realtà propone al giurista" già aveva parla



ovvero informazioni con un certo significato, informazioni sintattiche, ossia informazioni rappresentate da una certa quantità di segni, e informazioni strutturali, rappresentate dalla struttura di un oggetto fisico. "Ognuno dei tre tipi di informazioni" aggiunge l'autore "può essere trovato nella vita quotidiana: quando parliamo di una notizia, di una storia o del "contenuto" di un libro ci riferiamo al livello semantico. La composizione di un testo o di un file si riferisce al livello sintattico. Infine, quando abbiamo a che fare con un CD, o un libro stampato, ecc. ci riferiamo al livello strutturale. Naturalmente i tre livelli sono collegati, in quanto il significato può essere contenuto all'interno di un testo e un testo può essere stampato. Così, lo strato fisico porta lo strato sintattico e lo strato sintattico lo strato semantico. Tuttavia, da un punto di vista economico e giuridico, ogni livello rappresenta una possibilità indipendente di definire una certa quantità d'informazioni … In economia l'informazione è molto spesso utilizzata nel senso d'informazione semantica. Sapere qualcosa significa avere accesso alle informazioni semantiche. Di conseguenza, un'invenzione (intesa come conoscenza applicata) è un'informazione semantica. Altri esempi d'informazione semantica sono le notizie, i dati personali, i segreti commerciali, etc. …".

Una prima definizione di dati (personali) può essere, dunque, data da un punto di vista semantico, considerando come tali quelle informazioni che hanno "un certo significato", informazioni che descrivono qualcosa (riferibile ad una persona fisica) cui sia possibile dare un senso [22] (a prescindere dallo strumento sintattico e dal supporto materiale utilizzato per "esprimere" e "contenere" l'informazione).

Altri studiosi [23], tuttavia, inducono a riflettere su come, sebbene l'uomo abbia da sempre attribuito "un senso" alle informazioni utilizzando strumenti di misurazione e analisi quali il linguaggio e la matematica, l'arrivo e la proliferazione delle nuove tecnologie abbia accelerato questo processo, consentendo la misurazione, l'analisi e quindi l'utilizzo di dati molto eterogenei, anche dati apparentemente "insignificanti". Ciò comporta che le stesse informazioni, gli stessi dati, possano avere nessun significato o significati diversi a seconda di chi li

---

D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339 ss. a p. 340, il quale rinvia a P. CATALÀ, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, in *Inf. e dir.*, 1983, p. 1 ss.

[22] "Data is a description of something that allows it to be recorded, analyzed, and reorganized", così L. FLORIDI, '*Philosophical Conceptions of Information'*, in G. SOMMARUGa (edited by), *Formal Theories of Information: From Shannon to Semantic Information Theory and General Concepts of Information*, Springer, 2009, p. 13 ss.

[23] N. PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law*, in *Law, Innovation and Technology*, 2018, p. 40 ss.



percepisce [24]: mentre la mente umana è limitata e non è sempre in grado di ricondurre i dati a "un significato", il modo in cui tutti i nuovi processori attribuiscono significato ai dati è molto diverso e molto più veloce. Il senso della parola "significato" rispetto alle capacità di comprensione dei dati da parte dei moderni computer è fuori dalla portata di qualsivoglia mente umana e molti dati colloquialmente denominati "raw" (grezzi), che non hanno alcun significato o hanno un significato molto limitato per la mente umana, possono acquisire "significato" una volta sottoposti al trattamento degli elaboratori [25].

Procedendo nell'analisi della nozione di dato personale [26] – intesa come "qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile" – indispensabile è soffermarsi sul concetto di "identificabilità" della persona [27], che ha per lungo tempo rappresentato il primo discrimine per garantire la tutela del dato personale. A norma dell'art. 4 (1) del GDPR "si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo

---

[24] M. BURGIN, *Theory of Information. Fundamentality, Diversity and Unification*, World Scientific Publishing, 2010, p. 6.

[25] Non sorprende, dunque, che The Article 29 Working Party, nel parere non vincolante 4/2007 sul concetto di dati personali, reperibile on line (http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_it.pdf), dopo aver suddiviso la definizione di dati personali in quattro elementi – (a) informazioni, (b) relative a (c) una persona fisica (d) identificata o identificabile – analizzando la nozione di "informazione" abbia sostenuto che qualsiasi informazione possa rientrare nel concetto di "dati personali" indipendentemente dalla sua natura, contenuto o formato (veritiera o inesatta, oggettiva e soggettiva, comprese le opinioni e le valutazioni). L'informazione non deve necessariamente riguardare la vita privata o familiare e potrebbe riguardare anche altri aspetti della vita dell'individuo, relativi ad esempio alle sue capacità professionali e di altro tipo. Infine, le informazioni possono costituire dati personali, indipendentemente dal formato, dal supporto o dalla forma, ossia possono essere "alfabetici, numerici, grafici, fotografici o acustici", "conservati su carta [o] in una memoria di computer" come codice binario, strutturati o non strutturati, purché siano soddisfatti gli altri criteri della definizione.

[26] All'interno della categoria "dati personali" sono ricomprese una serie di "sottocategorie" qualificate all'art. 9 del GDPR quali "categorie particolari" di dati personali – tra le quali si distinguono, in quanto rese oggetto di specifica definizione, i "dati genetici", i "dati biometrici" e i "dati relativi alla salute" – che sono assoggettati ad un trattamento di tutela più stringente.

[27] Le maggioranza degli studiosi si sono concentrati su questo elemento del concetto di dati personali fatta propria dagli atti normativi; oltre a quelli già citati, P. OHM, *Broken promises of privacy: Responding to the surprising failure of anonymization*, in *UCLA L. Rev*., 57, 2010, 1701.; L. SWEENEY, '*Simple Demographics Often Identify People Uniquely*', Carnegie Mellon University, Data Privacy Working Paper, 2000, *http://dataprivacylab.org/projects/identifiability/paper1.pdf*.; P SCHWARTZ, D. SOLOVE, '*The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information'* 86 *N.Y.U. L. Rev.* 1814, 2011, p. 1877. Nel panorama italiano, R. DUCATO, *La crisi della definizione di dato personale nell'era del web 3.0, una lettura civilistica comparata*, in *Le definizioni nel diritto*, Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015 Università di Trento, a cura di F. CORTESE, M. TOMASI, 2016, p. 143 ss.; G. DE GREGORIO, R. TORINO, *Privacy, protezione dei dati personali e big data*, in AA.VV., *La privacy digitale*, a cura di E. TOSI, Torino, 2019, p. 447 ss., spec. p. 472 ss.



online o a uno o più elementi della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale e sociale"; a ciò si aggiunga che secondo le indicazioni del considerando 26 del GDPR "… per stabilire l'identificabilità di una persona è opportuno considerare tutti i mezzi, come l'individuazione, di cui il titolare del trattamento o un terzo può ragionevolmente avvalersi per identificare detta persona fisica, direttamente o indirettamente" e "per accertare la 'ragionevole probabilità' di utilizzo dei mezzi per identificare la persona fisica, si dovrebbe prendere in considerazione l'insieme dei fattori obiettivi, tra cui i costi e il tempo necessario per l'identificazione, tenendo conto sia delle tecnologie disponibili al momento del trattamento, sia degli sviluppi tecnologici"[28].

Restano, di conseguenza, esclusi dall'applicazione del GDPR i c.d. dati anonimi[29], quelle informazioni che non si riferiscono a una persona identificata o identificabile, o i dati personali "resi anonimi" in modo tale che l'interessato non sia o non sia più identificabile[30]. Per questi dati non vigerà la disciplina prevista in materia di informativa, consenso[31], obblighi ulteriori per il titolare del trattamento come valutazione del rischio

[28] Rispetto al requisito dell'identificabilità *The Article 29 Working Party*, nel citato parere non vincolante 4/2007 sul concetto di dati personali (vedi sopra nota…) sostiene che sia strettamente legata alla valutazione del "se" i mezzi d'identificazione abbiano o meno "ragionevoli probabilità di essere utilizzati" dal responsabile del trattamento "o da qualsiasi altra persona" locuzione spesso interpretata nel significato di "chiunque". Al tempo stesso, il WP29 chiarisce che una "possibilità puramente ipotetica" di identificazione è insufficiente per soddisfare il criterio della "ragionevolmente probabile". Per valutare questa possibilità, invece, "tutti i fattori in gioco" dovrebbero essere considerati, fattori quali le finalità del trattamento, il costo del processo di identificazione, lo stadio della tecnologia, le misure poste in atto dal responsabile del trattamento per evitare l'identificazione, il rischio concreto di una falla tecnica nel sistema.

[29] Peraltro alla luce della dimensione "sociale" e "relazionale" del diritto alla privacy, la dottrina aveva avuto già modo di criticare la scelta di svincolare il dato anonimo (o anonimizzato) da ogni controllo, rilevando come anche il trattamento dei dati anonimi potesse risultare lesivo degli interessi dei singoli, in quanto membri di una comunità, potendo essere alla base di scelte inerenti un determinato gruppo etnico o linguistico o, ancora, potendo condizionare decisioni politiche ed economiche. S. RODOTÀ, *La privacy tra individuo e collettività* (1974), in Id., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 29; cfr. anche P.M. VECCHI, Art. 4, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, *La protezione dei dati personali. Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ("Codice della privacy")*, Padova, 2007, p. 53.

[30] Si parla di "anonimizzazione" esclusivamente quando il "titolare" del trattamento non è in grado in nessun modo di risalire al dato specifico di un interessato perché non possiede più, o non ha mai posseduto, le informazioni complete. Da non confondere con la "pseudonominizzazione" (art. 4, par. 5 GDPR) che è una tecnica di cifratura che consiste nel conservare i dati in una forma che impedisce l'identificazione della persona senza l'utilizzo d'informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile.

[31] Sulla rilevanza del consenso, già nel vigore della vecchia disciplina, S. PATTI, *Consenso, sub art. 11,* in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Tutela della privacy (l. 31 dicembre 1996, n. 675)*, in *Nuove leggi civ. comm*., 1999, p. 360; Id. *Riv. dir. civ*., 1999, II, p. 457 ss., nonché in *Commento all'art. 23, La protezione dei dati personali*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commento al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ("Codice della Privacy*), Padova, 2007, 543 ss.; V. CUFFARO, *Il consenso dell'interessato*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, (a cura di) *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, p. 201 ss.



d'impatto, controlli, responsabilità e sanzioni; la regola generale, salvo quanto espressamente disposto dal regolamento 1708 del 2018 [32], sarà il loro libero utilizzo.

Il "criterio" della ragionevole probabilità d'identificazione che restituisce la norma appare, tuttavia, intrinsecamente dipendente dal "contesto" [33] in cui il dato viene immesso e la stessa considerazione dei dati come "personali", di conseguenza, risulta essere connotata da un implicito tratto di dinamicità [34]: ciò che intendiamo rimarcare è che lo stesso insieme di dati può non essere identificabile all'inizio del trattamento, o dal punto di vista del responsabile del trattamento, in ragione degli strumenti a sua disposizione, ma può divenire tale in seguito, quando le circostanze "tecnologiche" cambiano, o esserlo sempre stato, dalla prospettiva di un altro soggetto.

Non solo. L'enorme numero di dati (*rectius*: informazioni) che ciascuno di noi è disposto a condividere quotidianamente nei diversi sistemi interattivi, raccolti in banche dati e scambiati e combinati ai più diversi fini – pubblicitari, di pubblica sicurezza, etc. – fanno si che rispetto a ogni singolo individuo sia possibile raccogliere un tale numero di elementi identificativi da rendere, da un lato, astrattamente possibile la riconnessione di ciascun dato a una persona [35] e, dall'altro, quanto mai complesso e costoso un efficiente processo di anonimizzazione [36].

---

[32] Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.

[33] P. SCHWARTZ, D. SOLOVE, *'The PII Problem*., cit., 1848.

[34] N. PURTOVA, *The law of everything*., cit. p. 43 ss.

[35] Uno studio dell'Istituto di Tecnologia di Cambridge (il MIT) pubblicato sulla rivista Science nel 2014 conferma che attraverso l'estrazione e l'aggregazione di dati non identificativi sia possibile risalire all'identità di una persona, de-anonimizzarla. Lo studio si è basato sull'analisi di transazioni con carta di credito effettuate nel corso di tre mesi, analisi dalla quale è stato possibile monitorare la spesa di 1,1 milioni di persone in 10.000 negozi in un unico paese. La banca non ha fornito nomi, numeri di carte di credito, indirizzi di negozi e persino gli orari esatti delle transazioni, ma solo i metadati: gli importi spesi, il tipo di negozio – ristorante, palestra o negozio di alimentari, etc. – e un codice che rappresenta ogni persona. Poiché il modello di spesa di ogni individuo è unico, i dati hanno rilevato una "unicità" molto elevata, rendendoli adatti a quello che è stato definito un "attacco di correlazione". Per poter risalire all'identità di ciascun soggetto è stato sufficiente mettere in relazione i metadati con le informazioni sulla persona provenienti da fonti esterne. Cfr. J. BOHANNON, *Credit Card Study Blows Holes in Anonymity, in Science*, 2015, p. 468 ss.

Già un anno prima, nel 2013, un altro gruppo di ricerca del MIT era riuscito a risalire all'identità di una cinquantina di partecipanti al progetto internazionale "*1000 Genome*" (un progetto che ha come obiettivo scientifico lo studio e l'analisi dettagliata del genoma umano, al fine di offrire alla comunità scientifica uno strumento sulla variabilità genetica mettendo a disposizione una banca dati ad accesso aperto) a partire dai campioni di DNA anonimizzati e resi disponibili online per fini di ricerca. Anche in questo caso, attraverso un algoritmo è stato possibile re-identificare i soggetti combinando i dati genetici che si ritenevano anonimi con altre informazioni contenute in banche dati liberamente accessibili o con dati altrimenti reperibili online. Cfr. M. GYMREK, A.L. MCGUIRE, D. GOLAN, E. HALPERIN, Y. ERLICH, *Identifying personal genomes by surname inference*, in *Science*, vol. 339, 2013, p. 321 ss.

[36] In argomento G. DE GREGORIO, R. TORINO, *Privacy, protezione dei dati personali e big data*, cit., p. 474.



Del resto è evidente che, come base per la creazione di valore, i dati possiedono, perlomeno in linea di principio, un valore economico che aumenta con l'aumentare della possibilità di identificare gli utenti anche individualmente. Sebbene, infatti, per la taratura dei modelli algoritmici possono essere utilizzati dati resi anonimi, così come per l'ottimizzazione meramente interna dei processi, tuttavia, la pubblicità personalizzata, così come la definizione granulare di prodotti e prezzi e in parte anche il commercio di dati necessita normalmente di dati personali, perché altrimenti sarebbe preclusa l'associazione con un potenziale cliente concreto.

Se, dunque, come sostenuto dal WP29, i dati personali possono essere qualificati come "anonimi", solo se "l'anonimato è irreversibile", oggi non appare ragionevolmente possibile definire un dato veramente "anonimo" [37].

2.1 – Per comprendere a pieno la portata della definizione di "dati personali" che, come detto, determina in larga misura il campo di applicazione materiale della legge sulla protezione dei dati, è altresì interessante analizzare la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

La Corte si è occupata del significato del concetto di "identificabilità" nella Causa *Breyer* [38] ove ha adottato un approccio di ampio respiro, estendendo la nozione di dati personali (ai fini della applicazione della direttiva 95/46/CE, non essendo ancora entrato in vigore il GDPR) anche agli IP (*Internet Protocol*) dinamici [39].

La controversia riguardava il sig. Breyer, attivista tedesco, membro del Parlamento dello Stato Federato di Germania, il quale, dopo aver visitato alcuni siti web accessibili al pubblico delle istituzioni federali tedesche, aveva esperito un'azione inibitoria nei

---

[37] Come noto i pareri del WP29 – organo consultivo – non hanno valore legale; la Corte di Giustizia Europea non li cita mai, ma possono tuttavia avere un'influenza indiretta su come il concetto di "dati personali" si sviluppa nella giurisprudenza, se non in termini di risultati sostanziali, sicuramente fornendo un elenco di questioni da tenere in considerazione.

[38] Corte di Giustizia UE, II, causa C-582/14, *Patrick Breyer v. Bundesrepublik Deutschland*, 19 ottobre 2016. La sentenza è stata commentata da A. B. SUMAN, *Indirizzi IP dinamici e Cybersicurezza: la conservazione dei "dati personali" degli utenti da parte dell'Internet provider nel caso Breyer*, in *Orientamenti della Corte di giustizia dell'Unione Europea in materia di responsabilità civile*, a cura di G. ALPA E G. CONTE, Torino, 2018, p. 119 ss. nonché da D. MARRANI, *Dati personali e cybersicurezza: la decisione Breyer della Corte di Giustizia*, in *http://www.sidiblog.org/2017/04/11/dati-personali-e-cybersicurezza-la-decisione-breyer-dellacorte-di-giustizia/, 17 aprile 2011*.

[39] Gli IP dinamici sono rappresentati da una sequenza numerica assegnata in maniera temporanea dai fornitori di accesso alla rete ai loro clienti.



confronti della Repubblica federale di Germania per ottenere la cancellazione degli IP dinamici che egli aveva utilizzato per la consultazione dei succitati siti internet. L'istituzione si difendeva opponendo il suo diritto a registrare e conservare tali indirizzi al fine di prevenire possibili attacchi informatici. La domanda veniva rigettata in primo grado e parzialmente accolta in appello, per essere poi impugnata dinanzi alla *Bundesgerichtshof* che decideva di sottoporre alla Corte di Giustizia Europea alcune questioni pregiudiziali, prima fra tutte la possibilità di estendere agli indirizzi IP dinamici la nozione dati personali, quesito al quale la Corte offre una risposta affermativa.

In una precedente occasione, nella causa *Scarlet Extended*[40], la Corte aveva ritenuto che gli indirizzi IP statici fossero dati personali perché, proprio in quanto "statici", ossia invariabili, consentono al fornitore di servizi internet di identificare con precisione gli utenti[41]. Tuttavia, nel caso *Breyer* la controversia ha a oggetto indirizzi IP dinamici, indirizzi che cambiano ogni volta che c'è una nuova connessione internet, e pertanto non consentono al gestore del sito (l'internet service provider) di stabilire un collegamento tra un determinato computer associato al collegamento fisico e la connessione internet. Solo il fornitore di accesso alla rete (l'*internet access provider*) dispone delle informazioni aggiuntive necessarie per identificarlo. Il gestore del sito – nel caso di specie la Repubblica Federale di Germania – pur registrando gli indirizzi IP degli utenti, non sarebbe stato in grado di risalire all'identità del soggetto utilizzatore della rete, dovendo,

---

[40] Corte di Giustizia UE, causa C-70/10 *Scarlet Extended SA v. Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs SCRL* (SABAM), 24 novembre 2011, di cui si può leggere una nota di commento di V. KEYDER in *https://www.cambridge.org/core/journals/international-legal-materials/article/european-court-of-justice-scarlet-extended-sa-v-societe-belge-des-auteurs-compositeurs-et-editeurs-scrl-sabam/F1BCA4E18E72AA6910FAE3296697156*F.

[41] La classificazione degli *Internet Protocol* (IP) quali dati personali ha determinato l'insorgere di un conflitto tra tutela della privacy e tutela dal diritto d'autore in tutte quelle ipotesi in cui al fine di tutelare le opere d'autore o d'ingegno reperibili on-line da illeciti "scarichi" (si pensi, ad esempio, a brani musicali) si renda necessario recuperare dagli Internet Provider gli indirizzi IP di coloro che possano compiere tale attività illecita. Il conflitto di cui si tratta è stato oggetto di alcune pronunce del Tribunale di Roma nell'anno 2006, note sotto il nome di caso *Peppermint* e di un apposito provvedimento del nostro Garante della Privacy del febbraio 2008, n. 1495246. La società discografica Peppermint per tutelare le proprie opere di ingegno nella distribuzione on line – nella specie file musicali – aveva svolto, attraverso una società informatica svizzera, un sistematico monitoraggio delle reti peer to peer (P2P). Tramite l'utilizzo di software specifici, le società avevano individuato numerosissimi indirizzi IP relativi a utenti ritenuti responsabili dello scambio illegale di file: erano poi risaliti ai nomi degli utenti, anche italiani, al fine di potere ottenere un risarcimento del danno. Il Garante ha ritenuto illecita l'attività svolta dalle società per violazione di una serie di disposizione del codice della privacy ed in particolare dei principi di finalità, di trasparenza e correttezza. Per un'ampia e accurata ricostruzione delle problematiche inerenti al tema qui accennato, si veda il contributo di A. M. GAMBINO, R. PETTI, *Privacy e proprietà intellettuale*, in *Privacy digitale*, a cura di E. TOSI, Torino, 2019, p. 229 ss.



per far ciò, ottenere le informazioni in possesso del fornitore di servizi internet. L'indirizzo IP dinamico non costituisce, dunque, un'informazione "relativa a una persona fisica identificata", poiché l'identità del proprietario o di un altro utente di un computer recante l'indirizzo IP non è rivelata direttamente. La questione centrale posta alla Corte riguarda il se tale indirizzo IP possa costituire, tuttavia, un'informazione "relativa a una persona fisica identificabile", potendo i dati supplementari necessari per l'identificazione del visitatore del sito web essere reperiti da gestore del sito presso il fornitore di accesso alla rete.

L'avvocato generale nelle sue conclusioni – affermative – si appella al Considerando 26 della direttiva 95/46 (all'epoca in vigore) ove si afferma che, per determinare se una persona è identificabile "è opportuno prendere in considerazione l'insieme dei mezzi che possono essere ragionevolmente utilizzati dal responsabile del trattamento o da altri per identificare la persona". I giudici della Corte accolgono l'argomentazione sostenendo che nel caso di specie il passaggio d'informazioni sia "ragionevole" nel senso di relativamente facile, non particolarmente costoso e non vietato dalla legge. La Corte, così statuendo, afferma espressamente, per la prima volta che, perché un determinato dato sia qualificato come dato personale, non è necessario che tutte le informazioni che consentono l'identificazione siano nelle mani di un unico soggetto.

La nozione di dati personali contenuta nel nuovo GDPR ha fatto propria questa evoluzione interpretativa, lì dove la nozione di dato personale appare più dettagliata sia nella specificazione del concetto d'"identificabilità"[42], che nelle indicazioni contenute al considerando 30[43].

Un altro caso, deciso nel dicembre 2017, è particolarmente significativo per la normativa europea sulla protezione dei dati e per la definizione del concetto di "dati personali" in quanto fornisce un'interpretazione estensiva di cosa si debba intendere per "qualsiasi informazione riguardante una persona fisica": si tratta del caso *Nowak*[44]. Il sig. Nowak,

---

[42] Art. 4 (1) GDPR: "'dato personale': qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ('interessato'); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale, sociale".

[43] Considerando 30 GDPR "Le persone fisiche possono essere associate a identificativi online prodotti da dispositivi, dalle applicazioni, dagli strumenti e dai prodotti utilizzati, quali gli indirizzi IP, marcatori temporanei (cookies) o identificativi di altro tipo, quali i tag di identificazione e radiofrequenza. Tali identificativi possono lasciare tracce che, in particolare se combinate con identificativi univoci e altre informazioni ricevute dai server, possono essere utilizzate per creare profili delle persone fisiche e identificarle".

[44] Corte di Giustizia UE, causa C-434/16, *Peter Nowak v Data Protection Commissioner*, 20 dicembre



candidato a una prova di esame, aveva chiesto, sulla base del diritto di accesso ai propri dati personali [45], di poter prendere visione della prova scritta dell'esame che non era riuscito a superare.

L'Istituto presso il quale si era svolta la prova di esame aveva, tuttavia, negato l'accesso, avendo ritenuto che la prova d'esame non contenesse dati personali e non rientrasse, quindi, nel campo di applicazione della legge sulla protezione dei dati. Il sig. Nowak aveva, conseguentemente, presentato un reclamo formale all'*Irish Data Protection Commissioner* (DPC), il quale, a sua volta, aveva ritenuto che il testo dell'esame non contenesse dati personali e che la richiesta fosse stata legittimamente respinta. Dopo vari ricorsi, la Corte Suprema Irlandese aveva deciso di rinviare alla Corte di Giustizia europea il compito di stabilire se le risposte scritte fornite da un candidato a una prova d'esame e i commenti degli esaminatori in merito a tali risposte possano rientrare nella definizione di "dati personali" ai sensi della normativa sulla privacy. Sia l'avvocato generale nelle sue conclusioni che la Corte hanno risposto positivamente.

La CGUE ha ritenuto che le risposte scritte fornite da un candidato e le osservazioni dell'esaminatore in merito a tali risposte costituiscono "informazioni relative a quel candidato" e che sono, quindi, "dati personali". La Corte ha precisato, in particolare, che un candidato all'esame è una persona fisica che può essere identificata, sia direttamente attraverso il suo nome, sia indirettamente attraverso il suo numero d'identificazione, per la prova d'esame. Non ha alcuna importanza se l'esaminatore possa o meno identificare il candidato nel momento in cui corregge e segna il testo. Come nel caso di *Breyer*, per poter trattare le informazioni come dati personali, non è necessario che tutte le informazioni che consentono l'identificazione della persona interessata siano nelle mani di una sola persona. Era indiscusso che, anche nel caso in cui l'esaminatore non fosse a conoscenza dell'identità del candidato al momento della correzione della prova d'esame, l'istituto disponeva delle informazioni necessarie per identificare il candidato (attraverso il suo numero di identificazione).

Rispetto all'uso dell'espressione "qualsiasi informazione" nella definizione del concetto di dati personali la Corte, altresì, afferma che tale definizione non riguarda solo le informazioni sensibili o private, ma potenzialmente comprende tutti i tipi d'informazioni, oggettive e anche soggettive, espresse sotto forma di pareri e valutazioni, purché

2017, di cui si può leggere un commento di K.I. PODSTAVA, *Peter Nowak v Data Protection Commissioner: You Can Access Your Exam Script, Because It Is Personal Data*, in *European Data Protection Law Review*, 4, 2018, p. 252 ss.

[45] L'art. 15 del GDPR regolamenta in modo molto dettagliato il diritto di accesso ai propri dati personali.



"riguardino" la persona interessata. Tale condizione è soddisfatta quando l'informazione, per il suo contenuto, scopo o effetto, è collegata a una persona particolare. Le risposte scritte presentate da un candidato a un esame costituiscono, pertanto, informazioni che gli sono collegate in quanto persona. Il contenuto di queste risposte riflette l'estensione delle conoscenze e delle competenze del candidato in un determinato settore e, in alcuni casi, le sue capacità intellettive, le sue capacità di ragionamento, etc. Lo scopo della raccolta di tali risposte è quello di valutare le capacità professionali del candidato e l'idoneità all'esercizio della professione in questione. Anche i commenti dell'esaminatore costituiscono informazioni relative al candidato, in quanto riflettono l'opinione o la valutazione dell'esaminatore sulle prestazioni individuali del candidato all'esame e sulle sue conoscenze e competenze nel settore interessato. Gli interessati godono pertanto, rispetto a tali prove, del diritto di accesso e di rettifica dei dati, ma la portata di tale diritto è determinata in funzione dello scopo per il quale i dati sono stati raccolti (e quindi, ad esempio, non per la correzione di risposte "errate").

Da ultimo, ma solo in ordine di tempo, si segnala la decisione sul Caso *Planet49*[46] in cui la Corte di Giustizia europea, nel ritenere necessario il consenso degli utenti alla raccolta dei dati da parte dei fornitori di servizi e prodotti digitali mediante l'utilizzo dei *cookies* e *tracking tools*[47], ha affermato che il consenso degli utenti all'istallazione di detti dispositivi è necessario indipendentemente dal fatto che le informazioni memorizzate mediante l'utilizzo degli stessi riguardino o meno dati qualificabili come "dati personali". La Corte, sollecitata – tra le altre cose – a chiarire se le informazioni memorizzate dai cookies possano essere qualificate (o meno) come dati personali e se ciò possa comportare delle differenze rispetto alla gestione di tali dispositivi, ha affermato che

[46] Grande Sez., C-673/17 del 1° ottobre 2019.

[47] Il caso riguardava la *Planet49*, una società tedesca che aveva indetto sul suo sito web una lotteria per partecipare alla quale era richiesto di inserire il proprio nome e indirizzo. Sotto i campi di input per l'indirizzo erano due serie di caselle di controllo. La prima casella di controllo non era stata pre-spuntata, e, ove spuntata dal partecipante, era destinata a consentire l'invio al partecipante di offerte commerciali da parte di alcuni sponsor. La seconda casella di controllo era, invece, pre-spuntata ed era destinata a consentire che fossero installati dei cookies sul dispositivo dei partecipanti allo scopo di fornire annunci mirati. Secondo il regolamento della lotteria, la partecipazione era possibile solo se il partecipante avesse spuntato almeno la prima casella di controllo. La *Bundesverband* (Federazione delle organizzazioni tedesche dei consumatori) ha avviato un procedimento giudiziario contro Planet49, sostenendo che le dichiarazioni di consenso di quest'ultima utilizzate per la lotteria non soddisfacevano i necessari requisiti di consenso informato e libero. La causa è stata deferita alla Corte federale di giustizia tedesca, che l'ha poi deferita alla Corte di giustizia dell'Unione europea, chiedendo orientamenti sull'interpretazione di alcune disposizioni della direttiva *e-Privacy* (direttiva 2002/58/CE, v. nota succ.), della direttiva sulla protezione dei dati (direttiva 95/46/CE, la "DPD") e del regolamento generale sulla protezione dei dati (regolamento 2016/679/UE, il "GDPR").



"l'installazione dei cookie … rientra nel trattamento di dati personali", basandosi sulla considerazione che l'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva 2002/58 [48], nel far riferimento all'"archiviazione di informazioni" e all'"accesso a informazioni già archiviate", senza qualificare tali informazioni né precisare che queste debbano essere dati personali, "mira a proteggere l'utente da qualsiasi ingerenza nella sua vita privata, indipendentemente dal fatto che detta ingerenza riguardi o meno dati personali". Una interpretazione avvalorata, a detta della stessa Corte, dal considerando 24 della direttiva 2002/58, secondo il quale "qualsiasi informazione archiviata nell'apparecchiatura terminale degli utenti di reti di comunicazione elettronica fa parte della sfera privata dell'utente, che deve essere tutelata ai sensi della Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Detta tutela si applica a qualsiasi informazione archiviata in tale apparecchiatura terminale, indipendentemente dal fatto che si tratti o meno di dati personali" ed è volta, in particolare, come risulta dal medesimo considerando, "a tutelare gli utenti dal rischio che identificatori occulti o altri dispositivi analoghi si introducano nell'apparecchiatura terminale dell'utente a sua insaputa" [49].

3. – Quanto osservato nei paragrafi che precedono rende sufficientemente chiaro del perché, nella comunità scientifica che si occupa di protezione dei dati personali, la discussione su quale sia l'ambito di applicazione della definizione di "dato personale" e, soprattutto, quale possa essere il futuro di questa iconica locuzione [50] è, da tempo, avviata [51].

---

[48] La Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, meglio nota come direttiva e-Privacy, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009. La direttiva dovrebbe essere modificata dal nuovo Regolamento e-Privacy, ancora in fase di negoziazione.

[49] Ragione per cui la Corte afferma che "l'articolo 2, lettera f), e l'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva 2002/58, letti in combinato disposto con l'articolo 2, lettera h), della direttiva 95/46, nonché con l'articolo 4, punto 11, e l'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del regolamento 2016/679, non devono essere interpretati in modo diverso a seconda che le informazioni archiviate o consultate nell'apparecchiatura terminale dell'utente di un sito Internet costituiscano o meno dati personali, ai sensi della direttiva 95/46 e del regolamento 2016/679".

[50] R. DUCATO, *La crisi della definizione di dato personale nell'era del web 3.0*, cit., p. 165 ss.

[51] P. OHM, *Broken promises of privacy*, cit., p. 1701; E. GRATTON, *If Personal Information Is Privacy's Gatekeeper, then Risk of Harm is the Key: A Proposed Method for Determining What Counts as Personal Information*, in *Alb. L.J. Sci. & Tech*., 24, 2013, 105; B.J. KOOPS, *The Trouble with European Data Protection Law*, *4 International Data Privacy Law*, 2014, p. 4 ss.; P SCHWARTZ, D. SOLOVE, *Reconciling Personal Information in the United States and European Union*, 102 *California Law Review* 877, 2014.



La definizione di dato personale, quale offerta dal GDPR, è messa in crisi da un processo tecnico che travolge la distinzione fondamentale su cui il regolamento si basa, quella fra dati personali e dati non personali (o anonimi o anonimizzati), distinzione che si attua e si realizza proprio attraverso la categoria dell'identità, nella misura in cui è proprio l'identità della persona che segna il confine tra dati per i quali opera un certo regime – i dati personali, appunto – e quelli per i quali ne opera un altro – i dati anonimi.

Se la tecnologia si sta rapidamente approssimando alla perfetta identificabilità delle informazioni, di tutte le informazioni, anche quelle astrattamente qualificabili come anonime [52]; se gli sviluppi nei processi di analisi e utilizzazione dei dati stanno trasformando tutto in "informazioni" che, interconnesse fra loro in ambienti sempre più "intelligenti" [53], possono agevolmente essere ricondotte a una persona o a un gruppo di persone, con molteplici finalità; se, dunque, nell'era dell'internet degli oggetti, della *data-identification*, dell'analisi avanzata dei dati e del processo decisionale basato sui dati, lo stesso rapporto tra informazione e persona appare ormai sempre più problematico nel senso che ogni informazione è potenzialmente riferibile a una persona [54]; se tutto questo è vero, allora la distinzione fra dati personali e dati anonimi è destinata – inevitabilmente – a venir meno e comunque a ridimensionarsi, e con essa, non solo i due pilastri su cui si fonda il sistema di tutela del GDPR, ma più in generale, il sistema di tutela della stessa identità personale.

In primo luogo – si osserva [55] – un insieme di regole di protezione complesso come

---

[52] P. OHM, *Broken promises of privacy*, cit., p. 1701.

[53] Cfr. D. WEINBERGER, *La stanza intelligente*, Torino, 2012, *passim*.

[54] Quella di dato personale diventa una definizione – così come è soggetta ad allargarsi a dismisura per essere applicata ad un numero crescente ed esponenziale di situazioni – destinata nel lungo termine a perdere ogni utilità rispetto al fine cui è preposta, cfr. N. Purtova, *The law of everything*, cit., p. 75. L'autrice ritiene che i rischi maggiori di tale tendenza interpretativa siano pericolosi a lungo termine, più che a breve termine, e ciò per due ordini di ragioni: da un lato perché la tecnologia non ha ancora raggiunto un livello tale da poter effettivamente "trasformare" ogni informazione in una "informazione personale" (anche se il traguardo non appare così lontano) e secondariamente perché nonostante la portata ampia della definizione, alcune "informazioni" che potrebbero essere considerate dati personali – e quindi azionare la disciplina – ancora non sono riconosciute come tali. Ciò perlopiù avviene a causa della mancanza di consapevolezza da parte dei responsabili del trattamento circa l'esatto significato della definizione di "dati personali", ai sensi della legge sulla protezione dei dati. Così, ad esempio gli scienziati che si occupano dei dati e dei processi di anonimizzazione partono dal presupposto che un determinato progetto di analisi dei dati da loro pianificato abbia un certificato di protezione dei dati "pulito", poiché i dati in questione sono criptati o privi di identificatori e quindi "non contengono dati personali". I giuristi possono rispondere che se i ricercatori hanno o è ragionevolmente probabile che abbiano accesso alla chiave di cifratura o agli identificatori, l'insieme di dati in questione è stato oggetto di "pseudonimizzazione" piuttosto che di "anonimizzazione", e l'insieme dei dati resta, perciò, soggetta alla legge sulla protezione dei dati.

[55] N. PURTOVA, *The law of everything*, cit., p. 75.



quello previsto dal GDPR, ove deputato a disciplinare una gamma di situazioni sempre più ampia, in ragione della sempre più "elastica" definizione di dati personali (che avrebbe, invece, lo scopo di delimitarne l'operatività), rischia di non essere a lungo termine sostenibile e ritorcersi a sfavore di chi lo promuove, perché i titolari del trattamento, invece di impegnarsi in una valutazione "significativa" dei rischi, saranno spinti a creare solo l'apparenza formale di conformità [56]. Contestualmente l'ampliarsi a dismisura del campo operativo dei rimedi, specie quelli aquiliani, dovuto al fatto che molti trattamenti fin qui tenuti al riparo dal consenso preventivo e da altre condizioni di liceità potrebbero diventare illeciti, nello sbilanciare il delicato equilibrio tra tutela del diritto individuale alla protezione dei dati e diritto al trattamento e alla libera circolazione, rischierebbe di compromettere significativamente la libertà di iniziativa economica.

Ed infatti l'abbandono della distinzione tra dati personali e non personali in favore di un sistema di tutela disancorato dalla qualificazione del dato, in cui ogni trattamento di dati richiederebbe probabilmente le procedure di rilascio del consenso o altre basi di trattamento, potrebbe far scattare in funzione compensativa un sistema di protezione modulabile, calibrato su una matrice di "rischio del danno", idonea ad introdurre una metodologia flessibile di valutazione dei dati e di conseguente "dosaggio" della performance di trattamento.

Ma questo possibile sistema comporterebbe, di fatto, l'abbandono dell'identità come di strumento di tutela per quanto imperfetta dai "poteri forti" – i *players* dei *big data* – che sarebbero lasciati liberi di "giocare" senza dover osservare le regole della privacy, se non sulla base di un giudizio prognostico con cui si finisce per delegare al soggetto che intende trattare i dati la scelta di applicare o meno, in regime di discrezionalità, la relativa disciplina [57].

Prescindendo, in questa sede, da altre valutazioni sulla concreta possibilità di individuare valide alternative all'attuale sistema di protezione del dato personale, ci limitiamo a qualche riflessione di più ampio respiro.

L'identità, come situazione giuridica protetta, presuppone e si fonda sul potere individuale di disegnare, sulla base della volontà, la propria sfera personale perché, dal punto di vista giuridico, è "la volontà soggettiva la regola di conformazione dell'identità personale" [58]. La scelta del legislatore europeo è stata, non a caso, quella di garantire protezio-

---

[56] Basterà munirsi di "etichette di certificazione", saranno indicati "marchi di fiducia", "surrogati" di veri e propri processi di valutazione dei rischi.

[57] R. DUCATO, *La crisi della definizione di dato personale nell'era del web 3.0*, cit., p. 176 ss. alla quale si rinvia per una più trattazione di sistemi alternativi sino ad ora proposti.

[58] D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 384.



ne al "dato personale" riconoscendo al singolo il potere di mantenere il controllo sul 'frammento d'identità', per permettere a ciascun individuo, così facendo, di determinare le modalità di costruzione della propria sfera privata [59].

Ma se – come sembra – la categoria del dato personale si dovesse ampliare sino a ricomprendere tutte le informazioni – senza esclusioni – che ciascuno è in grado di fornire, anche in forma anonima [60], ovvero se – come suggeriscono alcuni – la sfera informazionale e quella identitaria di ciascun individuo dovessero finire sempre e comunque per avere il medesimo contenuto [61], senza che sia più possibile non solo per i terzi, ma anche per il diretto interessato, distinguere (e decidere) tra ciò che rientra nella propria sfera privata e ciò che invece ne resta escluso [62], tutto ciò potrebbe determinare l'insorgere di talune contraddizioni non solo nelle modalità di tutela, ma anche in quelle di esercizio dei diritti individuali, che dovrebbero perciò essere oggetto di un ripensamento.

Più in particolare, il diritto alla protezione dei dati personali è definito come libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, una "libertà" che con il diffondersi delle nuove tecnologie assume rilevanza e connotati diversi: l'effettivo esercizio del diritto di autodeterminazione informativa dovrebbe, infatti, configurarsi come espressione della libertà del singolo di "controllare" i propri dati, in positivo come in negativo, pretendendo che non tutti i dati che promanano dalla propria sfera individuale siano sempre e comunque ad essa ricondotti, preservando – per questa via – la possibilità per il singolo di determinare (in negativo) la propria identità.

Ribaltando la prospettiva, allora, assume rilievo il diritto all'anonimato che, ove correttamente valorizzato dall'ordinamento, si palesa un diritto a contenuto non più esclusivamente negativo, che si risolve nel diritto a non rivelarsi, ma una modalità di controllo della proiezione della propria identità [63], che implica la non riconducibilità del dato alla

---

[59] S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice della Privacy*, in *Eur. dir. priv*., 2004, p. 2 ss.

[60] G. FINOCCHIARO, voce *Anonimato*, in *Dig. disc. priv*., Sez. civ., 2010, (banca dati Leggi d'Italia).

[61] L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, Milano, 2014, p. 71 ss. Partendo dalla constatazione che "noi siamo le nostre informazioni", Floridi sostiene che ogni violazione della "privacy informazionale" debba essere considerata una forma di aggressione rivolta all'identità del singolo: quella che Floridi definisce l'"interpretazione autofondativa della privacy" suggerendo che la sfera informazionale e quella identitaria di ciascun individuo abbiano il medesimo contenuto, che siano i due lati della stessa medaglia, con ciò arrivando ad elevare a rango di diritto fondamentale non più, o non solo, la protezione del dato personale ma la stessa "identità personale informazionale", "cosicché tutto ciò che è fatto alle nostre informazioni è fatto a noi e non a ciò che possediamo".

[62] Così, per esempio, si potrebbe ancora immaginare di esprimere un'opinione in forma anonima?

[63] Cfr. G. FINOCCHIARO, voce *Anonimato*, cit.



persona che lo ha prodotto (e come tale può costituire anche un valido strumento di protezione della persona da forme di controllo più pervasive favorite dalle nuove tecnologie, quali profilature e schedature [64]).

Sebbene la riconducibilità di tutti i dati al suo autore, grazie agli sviluppi della tecnica, potrebbe apparentemente garantire a quest'ultimo una maggior tutela, in realtà l'intero processo finisce con il trasformarsi in un boomerang destinato a colpire – rischiando di comprometterle – due situazioni giuridiche consolidate. La prima è il diritto all'anonimato, gravemente pregiudicato dal potenziale divenire della persona una scatola di vetro a tutela inflazionata. La seconda è il diritto al trattamento dei dati personali, come "libertà" regolata e vincolata da diversi plessi normativi [65], che sembra destinato ad uscire dal necessario bilanciamento con altri diritti, gravato di limiti e costi che ne pregiudicano un esercizio efficiente (il che è quanto avverrebbe se per ogni categoria di dati il titolare del trattamento dovesse sviluppare una base di legittimazione, il consenso, che la persona non è affatto interessata a dare proprio per evitare di essere identificata).

Si rivela così l'ennesima paradossale contraddizione tra gli esiti che la tecnologia offre alla società e ai regolatori, e la strutturazione poliedrica dei diritti individuali, fin qui costruita intorno all'autodeterminazione individuale e alla libertà d'impresa.

---

[64] Cfr. M. MANETTI, *Libertà di pensiero e anonimato in internet, in Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2014, p. 139 ss.

[65] Si pensi all'interferenza tra disciplina del GDPR e disciplina dell'Antitrust; come evidenziato dalle recenti 3 pronunce dell'AGCM – Provvedimento n. 26596 cv154, *Whatsapp* – Clausole vessatorie e Provvedimento n. 26597 ps1060, *Whatsapp* – trasferimento dati a *Facebook* – dell'11 maggio 2017– e Provvedimento n. 27432 – ps11112, *Facebook* – Condivisione dati con terzi – con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) ha accertato violazioni del Codice del consumo da parte di WhatsApp, colosso nella gestione di servizi di messaggistica istantanea per smartphone, e da parte di Facebook, colosso dei social network. L'eventuale illegittima raccolta dei dati personali da parte di un professionista-responsabile del trattamento in ragione dell'utilizzo di modalità di raccolta del consenso che possano integrare gli estremi di condotte aggressive e ingannevoli costituisce, oltre che una possibile violazione dei principi in materia di corretto trattamento dei dati personali (prerogativa del Garante per la protezione dei dati personali), anche una violazione delle norme in materia di pratiche commerciali scorrette rispetto alla quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) è altresì legittimata a pronunciarsi. Ma la dimensione della questione travalica, come comprensibile, i confini nazionali: così si veda la decisione del 6 febbraio 2019, *Facebook Inc., Menlo Parc, U.S.A., Facebook Ireland Ltd., Dublin, Ireland, Facebook Deutschland GmbH/Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Berlin con cui la Bundeskartellamt* (omologa tedesca della nostra AGCM) ha proibito a Facebook Inc. (etc.) di subordinare l'utilizzazione del servizio da parte degli utenti residenti in Germania, che utilizzano altresì servizi ricondotti al medesimo gruppo (tipo *WhatsApp*), alla condizione di potersi valere dei dati risalenti all'utente, combinandoli con quelli raccolti in seno alla piattaforma, a meno di un consenso espresso all'impiego di dati relativi ad un uso esterno a *Facebook*. In argomento, per tutti, C. OSTI, R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2019, p. 194 ss.

JUS CIVILE



GIUSEPPE MARINO

Ricercatore di diritto privato – Università di Palermo

INTERNET E TUTELA DEI DATI PERSONALI: IL CONSENSO AI *COOKIE*

SOMMARIO*: 1. Navigazione online, cookie e mercato dei dati personali. – 2. Il quadro normativo europeo in tema di* cookie *e trattamento dei dati personali online. – 3. Inequivocabilità del consenso al trattamento dei dati personali attraverso cookie di profilazione: il principio del consenso "attivo". – 4. Specificità del consenso ai* cookie*: il principio del consenso separato. – 5. Questioni intorno alla libertà e all'informazione del consenso al trattamento di dati personali via* cookie*. – 6. La "consumerizzazione" della tutela dei dati personali: l'impatto della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette. – 7. Verso un diritto del mercato dei dati e dei comportamenti personali*

1. – Il tema della tutela dei dati personali e delle regole che ne governano la circolazione campeggia oggi al centro dell'attenzione dei legislatori e delle autorità di regolazione sia europei che nazionali, viene conosciuto dalle prime pronunce giurisprudenziali e, più in generale, nutre il dibattito, non soltanto giuridico. Prospera il mercato mondiale dei dati personali, imperniato sulla crescente capacità tecnologica degli operatori del *web* di estrarre valore economico da poderose masse di informazioni e dati personali degli utenti di internet, vere e proprie "materie prime" sul controllo e sfruttamento commerciale delle quali si erige l'egemonia dei colossi dell'economia digitale. [1]

[1] Di sistema "dato-centrico" discorre MANTELERO, *The Future of Consumer Data Protection in the E.U. Rethinking the "Notice and Consent" Paradigm in the New Era of Predictive Analytics*, in *Computer Law & Security Rev*., 2014, 643 ss.; in tema LUNDQVIST, *Competition and Data Pools,* in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2018, 147-148, descrive in questi termini il modello di business della cd. *data-driven economy*: "*data collection is key in the ability of firms to gain and hold market power. The market power obtained by accessing or holding vast amounts of data, connected to software for predictive modelling, creates advantages for firms holding the most data, and thus constitutes a barrier to entry for newcomers*". Sul valore economico dei dati personali si vedano MALGIERI-CUSTERS, *Pricing Privacy: The Right to Know the Value of Your Personal Data*, in *Computer Law & Security Rev.*, 2018, 289 ss.; VERSACI, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, in *European Review of Contract Law*, 2018, 314 ss.; VAN LIESHOUT, *The value of personal data*, in Camenisch – Fischer –



Un primo ricco serbatoio dei *big data* [2] sono le piattaforme digitali (motori di ricerca, *social network*, servizi di comunicazione digitale, *hosting platforms etc*.), nelle quali ha visto la luce e si è diffuso in modo pervasivo un modello contrattuale *eccentrico*: a fronte della fornitura da parte del *provider* di un contenuto o servizio digitale, l'utente non è infatti tenuto a versare alcun corrispettivo in denaro, bensì acconsente a trasmettere i propri dati personali che saranno oggetto di trattamento da parte del *provider* medesimo. L'accesso e lo sfruttamento commerciale dei dati personali degli utenti invera, a ben vedere, l'interesse economico primario che remunera l'offerta di contenuti e servizi digitali dell'operatore economico. Tale schema negoziale ha trovato riconoscimento nello *ius scriptum* per la prima volta in seno alla recente direttiva (UE) 2019/770 del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali (cd. *Digital Content and Services Directive*, *infra* indicata come *DCSD*) [3]: all'esito di un tormentato *iter* legislativo [4], essa contempla nel proprio ambito oggettivo

---

Hübner – Hansen, *Privacy and Identity Management for the Future Internet in the Age of Globalisation*, Heidelberg, 2015, 29 ss. Nella letteratura statunitense si veda il pensiero di SCHWARTZ, *Property, Privacy, and Personal Data*, in *Harward Law Rev*., 2004, 2056, secondo cui "*personal information is an important currency in the new millennium. The monetary value of personal data is large and still growing, and corporate America is moving quickly to profit from this trend. Companies view this information as a corporate asset and have invested heavily in software that facilitates the collection of consumer information. Moreover, a strong conception of personal data as a commodity is emerging in the United States, and individual Americans are already participating in the commodification of their personal data"*.

[2] La Commissione Europea, nel parere su *Digital Single Market – Big Data*, in www.ec.europa.eu, così descrive il fenomeno dei *big data*: "*Big data refers to large amounts of data produced very quickly by a high number of diverse sources. Data can either be created by people or generated by machines, such as sensors gathering climate information, satellite imagery, digital pictures and videos, purchase transaction records, GPS signals, etc. It covers many sectors, from healthcare to transport and Energy*". In dottrina cfr. HACKER – PETKOVA, *Reining in the Big Promise of Big Data: Transparency, Inequality, and the New Regulatory Frontiers*, in *Northwestern J. Techn. Int. Prop. L.*, 2017, 20 ss.; LEISTNER, *Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform*, in *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, a cura di Lohsse – Schulze – Staudenmayer, Oxford-Baden Baden, 2017, 27; GIANNACCARI, *La storia dei Big Data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, in *Merc. conc. Reg*., 2017, 307 ss.; MAYER – SCHONBERGER – PADOVA, *Regime Change? Enabling Big Data through Europe's new Data Protection Regulation*, in *The Columbia Science & Technology Law Review*, 2016, 315 ss.; ZENO ZENCOVICH-GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the Big Data Revolution*, in *Conc. e Merc.*, 2016, 29 ss.; MAYER-SCHÖNBERGER – CUKIER, *Big data: a revolution that will transform how we live, work and think*, New York, 2013.

[3] Per un'osservazione analitica dei contenuti della dir. UE 2019/770 cfr. 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, 502 ss.; nonché SEIN – SPINDLER, *The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications* – Parte 1 e 2, in *ERCL*, 2019, 257-279 e 365-391.

[4] Com'è noto, l'art. 3 della Proposta di Direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di



di applicazione il contratto nel quale il consumatore, che riceve la prestazione di contenuti digitali o servizi digitali da parte dell'operatore economico, "fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale […]" (art. 3, par. 1, 2° cpv.). In questa fattispecie, la vicenda circolatoria di dati personali caratterizza l'operazione negoziale di fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali [5]: l'interessato che presta il consenso al trattamento dei suoi dati personali è, in pari tempo, consumatore di un contenuto o servizio digitale, e non versa in cambio alcun corrispettivo pecuniario; il titolare del trattamento dei dati personali è l'operatore economico [6], obbligato a fornire quel con-

---

contenuto digitale (proposta di Dir. n. 2015/0287/UE), stabiliva invece che "La presente direttiva si applica ai 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 o di qualsiasi altro dato". Tale previsione, dal potenziale esplosivo, aveva non a caso originato un dibattito vivacissimo sulla natura dei dati personali come controprestazione, come "moneta", in un contratto di scambio contenuti digitali-dati personali: si vedano, pur con marcata diversità di idee, SCHULTE-NÖLKE, *Personal data is not a counter-performance!*, in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, 2018, 74-76; METZGER, *Data as Counter Performance: What Rights and Duties do Parties Have?*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2017, 2 ss.; NARCISO, *Gratuitous Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, in *EUCML*, 2017, 202 ss.; HELBERGER – BORGESIUS – REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law'*, in *Common Market Law Review*, 2017, 1461-1463; DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali, tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, 75 ss., 85 ss.; LANGHANKE –SCHMIDT KESSEL, *Consumer data as consideration*, in *EUCML*, 2015, 218 ss. La formulazione della norma in seno alla Proposta di Direttiva ha sortito la reazione del Garante europeo della Privacy nel marzo del 2017, ("*Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supplì of digital content*", del 14 marzo 2017, espressa dallo *European Data Protection Supervisor*, reperibile sul sito https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/our-work-by-type/opinions_en.), che ha criticato aspramente l'equiparazione dei dati personali ad una risorsa assumibile a *counter performance* in un contratto, quale forma di pagamento sostitutiva del denaro, ribadendo la conformazione dei dati personali ad oggetto di un diritto fondamentale della persona protetto dall'art. 8 della Carta di Nizza, in quanto tale non mercificabile e "monetizzabile".

[5] Rispetto alla formulazione della menzionata Proposta di Direttiva del 2015, che inglobava l'oggetto della prestazione dell'operatore economico nel concetto unitario di contenuto digitale, la *DCSD* nella sua versione definitiva ha preferito scorporare le due categorie di "contenuto digitale" e di "servizio digitale": così la prima fa riferimento "dati prodotti e forniti in formato digitale" (*app, software*, film, *file* musicali, giochi, libri elettronici o altre pubblicazioni elettroniche); mentre la seconda include un servizio che consente al consumatore di creare, trasformare, archiviare i dati o di accedervi in formato digitale (si pensi a un servizio di *cloud computing*); oppure un servizio che consente la condivisione di dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore e da altri utenti di tale servizio o qualsiasi altra interazione con tali dati (e qui il richiamo va subito ai *social network,* ai servizi di messaggistica e di mail, alle piattaforme di *streaming*) (art. 2, nn. 1-2, *DCSD*).

[6] La nozione di "operatore economico" prescelta dalla dir. (UE) 2019/770 si presenta come più ampia di quella di "professionista", tradizionalmente impiegata dal legislatore europeo, facendo riferimento a "qual-



tenuto o servizio digitale, il quale vanterà diritto di accesso e di trattamento (sovente attuato attraverso la trasmissione a un terzo) di queste informazioni personali in ragione delle finalità comunicate. I dati personali vengono generalmente forniti al momento della conclusione del contratto ovvero nella fase attuativa del rapporto, come nel caso in cui il consumatore acconsenta a che l'operatore economico sfrutti a fini commerciali il materiale (fotografie, video o *post*) contenente dati personali, che "caricherà" utilizzando il contenuto o il servizio digitale. [7]

Esiste, tuttavia, un altro canale di accesso e raccolta *online* di informazioni e dati personali degli utenti, operante già prima e *a prescindere* dalla conclusione di contratto di fornitura di un contenuto o servizio digitale. L'innovazione tecnologica ha, da tempo, concepito e impiegato strumenti che consentono ai gestori di siti internet di ricavare informazioni personali da attività elementari ma indefettibili degli utenti, quali il semplice accesso e la navigazione *online*. Siffatte attività, normalmente percepite come rapide, impersonali e impalpabili da tutti noi utilizzatori della rete, e sovente reputate irrilevanti e misteriose dal giurista, sono in verità un formidabile *veicolo* di trasmissione e propalazione di informazioni e dati personali, grazie all'impiego di ritrovati informatici quali i *cookie*, diffusi capillarmente nel *web*. [8]

Sembra utile una rapida digressione su taluni aspetti tecnici che caratterizzano il funzionamento dei *cookie*. [9] Si tratta di un *file* di testo che il fornitore di un sito Internet installa nel computer dell'utente che lo abbia visitato e al quale potrà accedere durante una nuova navigazione sullo stesso sito da parte di quello stesso utente. Nella prassi, se ne distinguono due macro-categorie, *cookie* "tecnici" e *cookie* "di profilazione", in funzione dei soggetti che se ne avvalgano e delle relative finalità di impiego. Infatti, i primi sono

---

siasi persona fisica o giuridica, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, che agisca, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in nome o per conto di tale persona fisica o giuridica, per finalità che rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, in relazione ai contratti oggetto della presente direttiva" (art. 2, n. 5, *DCSD*).

[7] Un chiaro esempio è descritto dal considerando 24 della dir. (UE) 2019/770: "ad esempio, la presente direttiva dovrebbe applicarsi nel caso in cui il nome e l'indirizzo email forniti da un consumatore al momento della creazione di un account sui social media siano utilizzati per scopi diversi dalla mera fornitura di contenuti digitali o servizi digitali o non conformi agli obblighi di legge".

[8] Per considerazioni specifiche in tema di *cookie* cfr. BOND, *The EU E-Privacy Directive and Consent to Cookies*, in *The Business Lawyer*, Vol. 68, No. 1, American Bar Association, 2012, 215; OPPENHEIMER, *Internet Cookies: When is Permission Consent?,* in *Nebraska L. Rev.*, 2006, 383.

[9] Se ne attribuisce la paternità a Lou Montulli, un ingegnere di Netscape, che nel 1994 li ideò per lo scopo originario di riconoscere l'indirizzo IP del computer dell'internauta allorquando riempiva un cestino di acquisti, navigando tra le diverse pagine di un sito. L'uso a fini pubblicitari da parte delle grandi piattaforme del *web* si attesta alla fine degli anni '90-primi anni 2000.



normalmente installati direttamente dal titolare o gestore del sito *web* e sono meramente strumentali a consentire o migliorare la navigazione *online*.[10] Viceversa, i *cookie* di profilazione possono essere installati sia dal gestore del sito sia (come accade più frequentemente) da terzi, *i.e.* grandi società tecnologiche: essi sono rivolti a verificare e rielaborare attraverso l'uso di algoritmi di calcolo le abitudini, gli interessi, le ricerche dell'utente, al fine precipuo di inviare messaggi pubblicitari in linea con le preferenze manifestate dallo stesso nel corso della navigazione in rete.[11] L'archiviazione e la successiva possibilità di utilizzazione di questi *file* sui dispositivi degli utenti consente ai *provider* di accedere a informazioni e dati personali del singolo e specifico soggetto e di disegnarne un profilo che fungerà da *target* per l'attività di cd. *marketing* comportamentale e diretto e, in genere, promozionale di prodotti e servizi.

Siamo, dunque, in quella fase di primo contatto tra utente e gestore del sito internet, reso possibile da un *browser* che consente l'accesso iniziale e la navigazione *online*, la quale può risultare molto distante ovvero del tutto slegata dalla conclusione di un contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali, ma che al contempo ne rappresenta un presupposto ineludibile. La fattispecie del trattamento di dati personali dell'utente estrapolati in fase di accesso e navigazione *online* attraverso l'impiego di *cookie* di profilazione va tenuta distinta da quella, prima citata, del trattamento collocato nell'ambito di un'operazione contrattuale che pone in essere uno "scambio" dei dati personali con la fornitura di contenuti o servizi digitali. Lungo questa traiettoria sembra attestarsi l'opzione di politica del diritto privilegiata dal legislatore europeo in seno ai *considerando* della *DCSD*, ove si legge che "la presente direttiva non dovrebbe applicarsi ai servizi

---

[10] I *cookie* tecnici possono essere suddivisi in *cookie* di navigazione o di sessione, che garantiscono la normale navigazione e fruizione del sito web (permettendo, ad esempio, di realizzare un acquisto o autenticarsi per accedere ad aree riservate); *cookie* di funzionalità, che permettono all´utente la navigazione in funzione di una serie di criteri selezionati (ad esempio, la lingua, i prodotti selezionati per l´acquisto) al fine di migliorare il servizio reso allo stesso; *cookie analytics*, assimilati ai cookie tecnici laddove utilizzati direttamente dal gestore del sito per raccogliere informazioni, in forma aggregata, sul numero degli utenti e su come questi visitano il sito stesso. Invero, per questi ultimi è necessario, ad avviso del Garante della Privacy italiano (Provvedimento n. 229 dell'8 maggio 2014, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 126 del 3 giugno 2014), operare un ulteriore distinguo, in quanto assimilabili a *cookie* tecnici soltanto se utilizzati a fini di ottimizzazione del sito direttamente dal titolare del sito stesso, che potrà raccogliere informazioni in forma aggregata sul numero degli utenti e su come questi visitano il sito.

[11] La nozione di "profilazione" esibisce una connotazione eminentemente giuridica nella definizione dell'art. 4, n. 4, *GDPR*: il riferimento va a "qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica".



di accesso a Internet" (*considerando* 19), né alle situazioni in cui l'operatore economico raccoglie solo i cd. metadati, come ad esempio informazioni sul dispositivo del consumatore o la cronologia di navigazione (*considerando* 25). [12] Invero, come nel mondo reale non si sosterrebbe che il passeggiare tra gli scaffali di una libreria, il consultare un volume o chiedere informazioni al libraio implichino la conclusione di un contratto tra il negoziante e il (potenziale) cliente, così nel mondo virtuale la semplice navigazione e utilizzazione delle funzionalità di un sito internet non postula, in quanto tale, la conclusione di un contratto tra *provider* e utente: non si rintracciano i presupposti minimi di un accordo e all'utente non viene erogata alcuna prestazione, se non quella minimale di comunicazione elettronica che consente l'utilizzazione della pagina *web*. Eppure – è questo il vero *discrimen* rispetto a ciò che normalmente avviene nel mondo reale – grazie all'impiego dei *cookie* di profilazione, l'utente potrebbe aver già consentito l'accesso a informazioni personali che il gestore del sito internet o terzi potranno sfruttare a fini commerciali.

Si coglie, in definitiva, come l'impiego di congegni quali i *cookie* (non tecnici), che consentono l'ingerenza sui *devices* dell'utente e la caratterizzazione della sua identità digitale attraverso algoritmi di profilazione, sfruttata poi a fini economici dagli operatori del *web*, costituisca una significativa *invasione* della sfera privata dell'individuo che si compie per il solo fatto e all'atto dell'accesso a internet e della navigazione. Queste attività tendono all'instaurazione di una prima relazione tra i soggetti del *web* la quale, sebbene rarefatta ed estemporanea, e non qualificata come contratto, non può esser relegata nel limbo dell'irrilevanza giuridica, sollevando piuttosto pregnanti questioni di tutela dei dati personali dell'individuo. [13]

Nel presente contributo si muoverà, in primo luogo, dalla raffigurazione del quadro normativo in materia di *cookie*, articolato sulle normative europee in materia di protezione della vita privata nelle comunicazioni elettroniche e dei dati personali delle persone fisiche. In questo campo, com'è noto, un ruolo centrale è giocato dal dispositivo del *consenso* prestato dal soggetto interessato al trattamento di dati personali [14]: il secondo, cru-

---

[12] Allo stesso *considerando* 25 la *DCSD* non esclude, invero, uno spazio di discrezionalità dei legislatori nazionali, in base al quale nei singoli ordinamenti municipali le fattispecie descritte vengano qualificate come contratti di prestazione di servizi ai quali estendere le previsioni della direttiva medesima.

[13] Indicativo è il *considerando* 24 della dir. 2002/58 secondo cui "le apparecchiature terminali degli utenti di reti di comunicazione elettronica e qualsiasi informazione archiviata in tali apparecchiature fanno parte della sfera privata dell'utente, che deve essere tutelata ai sensi della convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".

[14] In generale sul ruolo del consenso quale condizione di liceità del trattamento dei dati personali si ve-



ciale, passaggio della riflessione, consisterà dunque nel saggiare la particolare declinazione assunta dai requisiti essenziali e dalle modalità di manifestazione di tale consenso nell'ipotesi in cui il trattamento dei dati personali sia realizzato *online* mediante l'impiego di strumenti tecnologici *ad hoc*, quali appunto i *cookie*.[15] Con quest'ordine di problemi si è, di recente, confrontata la Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con un'interessante decisione della quale si darà conto, che segnala l'attualità delle questioni sul tavolo.[16]

Così delineato, il tema offre un banco di prova di quella riflessione più generale che si appunta sull'evoluzione delle logiche e delle regole di tutela della riservatezza e dei dati personali nella cornice di un mercato digitale cd. *data-driven*, organizzatosi cioè su uno sfruttamento intensivo e sistematico di questi fattori.[17] Si tratta di un *topos* della lettera-

---

da, in luogo di molti, MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 350 ss.; PATTI, *sub art. 23*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, a cura di Bianca-Busnelli, Padova, 2007, 541 ss.; nonché FICI – PELLECCHIA, *Il consenso al trattamento*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di Pardolesi, I, Milano, 2003, 503 ss. Va segnalato come da tempo sono diffuse opinioni che segnalano la "crisi" del consenso quale base giuridica generale di liceità dei dati personali: già con il passaggio al Codice Privacy v. GARZIA, *sub art. 24*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, cit., 559; ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, cit., 188; BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in *Il nuovo Regolamento Europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da Finocchiaro, Bologna, 2017, 101 ss., evidenzia come con il GDPR il consenso dell'interessato abbia perso di centralità, affiancandosi ad equipollenti condizioni di legittimazione del trattamento che il legislatore ha provveduto a determinare attraverso la selezione dei diversi interessi in gioco; secondo PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, 384-385, "l'esaltazione del consenso rischia di rivelarsi un tributo alla retorica del personalismo, tanto più quando il trattamento riguarda i *big data*; mentre con maggiore rigore e con una salutare professione di realismo andrebbe riconosciuto che il consenso è soltanto uno dei presupposti di liceità del trattamento e, al limite, base giuridica applicabile di *default* nei casi dubbi". Nella dottrina straniera si veda SCHERMER-CUSTERS-VAN DER HOF, *The Crisis of Consent: how Stronger Legal Protection may Lead to Weaker Consent in Data Protection*, in *Ethics and Information Technology*, 2014, 171 ss.

[15] Per una riflessione di carattere generale su come il dispositivo del consenso si declini nel mondo digitale cfr. RESTA – ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete,* in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2018, 441 ss.; JANAL, *Fishing for an Agreement: Data Access and the Notion of Contract*, in *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools,* cit., 271. Nel contesto dell'ordinamento statunitense si vedano le considerazioni di HOOFNAGLE, *Designing for Consent*, in *EUCML*, 2018, 162 ss.

[16] Si tratta della decisione della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 1 ottobre 2019, causa C-673/17, disponibile sul sito della CGUE, http://*curia.europa.eu*, su cui si soffermerà l'indagine nei prossimi paragrafi.

[17] La prospettiva di indagine privilegiata in dottrina in ordine ai rapporti tra dati personali e mercato è quella di carattere dominicale, ovverosia concernente l'inquadramento dei dati e delle informazioni personali nella categoria dei beni immateriali suscettibili diritti di proprietà e di appartenenza in senso lato. Si veda in particolare UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi. Scritti*, Milano, 2003, 145 ss.; ID., *Proprietà*



tura civilistica radicato in quelle opinioni d'avanguardia che, da tempo, hanno preconizzato come la diffusione dell'informatica avrebbe inaugurato la nuova stagione del diritto alla protezione dei dati personali [18]; e che, tuttavia, esige una continua rivisitazione per rimanere *à la page* dell'incessante innovazione tecnologica digitale e delle novità del panorama normativo e giurisprudenziale, specie di derivazione europea.

2. – Il quadro normativo europeo in materia di *cookie* e, più in generale, di qualsiasi ritrovato tecnologico che consenta la memorizzazione e l'accesso a informazioni personali già archiviate nell'apparecchiatura terminale di un utente, ha conosciuto e conosce tuttora mutamenti significativi, che hanno fatto da *pendant* alle innovazioni nella tecnologia e nelle strategie di *business* invalse sul mercato digitale. In posizione centrale è dislocata la dir. 2002/58/CE, relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche, oggetto di rilevanti modifiche apportate dalla dir. 2009/136/CE: nel compasso applicativo di questa disciplina e, in particolare, nella categoria del "servizio di comunicazione elettronica" ricadono, infatti, le attività di accesso e navigazione su internet. Essa è perciò chiamata a governare il trattamento di informazioni personali estrapolate dallo svolgimento di tali attività e pone quale obiettivo generale la garanzia della *riservatezza* delle comunicazioni di ordine elettronico (art. 5 dir. 2002/58). [19] La normativa in esame si im-

---

intellettuale e privacy, in *Aida*, 2014, 435 ss., che si esprime a favore della qualificazione dell'informazione di carattere personale come un bene immateriale, di cui è predicabile l'assoggettamento al diritto della proprietà intellettuale. Sul tema, con differenti opinioni, cfr. altresì P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 326 ss.; DE NOVA, *I nuovi beni come categoria giuridica*; PARDOLESI-MOTTI, *L'informazione come bene*, in *Dalle res alle new properties*, a cura di De Nova-Inzitari-Tremonti-Visentini, Milano, 1991; ZENO ZENCOVICH, *Informazione (profili civilistici*), in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1993, 420 ss.; ID., *Sull'informazione come «bene» (e sul metodo del dibattito giuridico)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 485 ss. Questo ordine di riflessioni è diffuso anche nella letteratura europea e statunitense: SCHWARTZ, *Property, Privacy, and Personal Data*, cit., 2055 ss.; nonché PURTOVA, *Property rights in personal data: A European perspective*, The Hague, 2011; BERGELSON, *It's personal but is it mine? toward property rights in personal information*, in *University of California Davis Law Review*, 2003, 379 ss.; SAMUELSON, *Privacy as Intellectual Property?*, in *Stanford Law Review*, 2000, 1125 ss.

[18] Il riferimento è ai notissimi studi di RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, passim; ID., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997, passim; ID., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583 ss.

[19] Un ampio studio della materia delle comunicazioni elettroniche a fini commerciali in FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali*, Bologna, 2012, 241 ss.; nonché RICCI, *I diritti dell'interessato*, in *Il nuovo Regolamento Europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., 235 ss.; RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2016, 193 ss.



pernia sul principio del consenso *preliminarmente* prestato dall'utente interessato all'utilizzo da parte del gestore di un sito internet di un *cookie* che consenta la memorizzazione e/o l'accesso a dati sul computer dell'utente.[20] In questa sede, si apprezza il rilievo giuridico della distinzione prima tracciata tra *cookie* di carattere tecnico e *cookie* cd. di profilazione: l'unica eccezione tollerata dal principio del consenso è dettata, al par. 3 dell'art. 5, proprio in relazione ai *cookie* tecnici, che siano indispensabili cioè all'erogazione di un servizio di comunicazione elettronica da parte di un *provider*, a partire da quello primario di navigazione sul sito[21].

Il legislatore europeo ha, in tempi recenti, avvertito l'inadeguatezza della dir. 2002/58 rispetto al passo sospinto dell'evoluzione tecnologica nel campo delle comunicazioni elettroniche e inaugurato un percorso di profondo rinnovamento del complessivo orizzonte normativo. Tappa cruciale è segnata dall'elaborazione di un nuovo intervento, ancora lungo l'*iter* legislativo di approvazione, questa volta sotto la veste del Regolamento, concernente il rispetto della vita privata e la tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche, destinato ad abrogare la dir. 2002/58/CE (Proposta di Regolamento c.d. *E-Privacy*)[22].

---

[20] Al fine di irrobustire la tutela dell'utente, la dir. 2009/136 ha introdotto modifiche significative ai requisiti di consenso di cui all'art. 5, par. 3, della dir. 2002/58. Prima delle modifiche apportate da tale direttiva, l'art. 5, par. 3, richiedeva semplicemente che agli utenti fosse conferito un "*opt-out*" informato dal trattamento dei dati tramite i *cookie*. In altri termini, stando alla versione originale della previsione in parola, all'atto della memorizzazione di informazioni nell'apparecchio terminale di un utente o dell'accesso a informazioni ivi archiviate, il fornitore di servizi doveva informare l'utente in modo chiaro e completo in particolare sugli scopi del trattamento e offrirgli la possibilità di rifiutare quest'ultimo. La direttiva 2009/136 ha sostituito quest'obbligo d'informazione in ordine al diritto di rifiuto imponendo che "l'abbonato o l'utente in questione [dev'aver espresso] preliminarmente il proprio consenso", sostituendo, in tal modo, il sistema di *opt-out* (rifiuto) informato, più facile da rispettare, con un sistema di *opt-in* (consenso) informato.

[21] Anche sul piano della disciplina interna, si ritrova identica partizione all'art. 122 del codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, *infra* cod. priv.). Il Garante della Privacy ha messo in evidenza la distinzione dell'ambito di applicazione tra le due regole in ragione della tipologia di *cookie,* nel menzionato provvedimento n. 229 dell'8 maggio 2014.

[22] Si tratta della Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 gennaio 2017, relativa al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche). Questo intervento si iscrive in una riforma complessiva della materia che ha invece già visto la luce in taluni testi normativi approvati in via definitiva: il riferimento corre, in particolare, alla Dir. (UE) 2018/1972 dell'11 dicembre 2018, che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche; nonché al Reg. (UE) 2015/2120 del 25 novembre 2015, che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione.



L'altra metà del quadrante normativo in materia è occupato dalla disciplina generale di protezione dei dati personali, oggi com'è noto consegnata al *General Data Protection Regulation* (Reg. (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, indicato di seguito come *GDPR*).[23] Il collegamento tra questi due plessi normativi emerge nell'individuazione dei caratteri del consenso al trattamento di dati personali nelle comunicazioni elettroniche in generale, e ai *cookie* in particolare. Ed infatti, l'art. 2, lett. f), dir. 2002/58, ove stabilisce che il consenso dell'utente "corrisponde al consenso della persona interessata di cui alla direttiva 95/ 46/CE" (oggi rinvio da intendersi indirizzato al GDPR), istituisce una relazione di *equivalenza* tra il consenso dell'utente richiesto per l'archiviazione di *cookie* di profilazione e il consenso della persona interessata al trattamento dei dati personali di cui al Regolamento generale.[24] Quest'ultimo ne prescrive, com'è noto, una serie di requisiti costitutivi, necessari a render lecito il trattamento dei dati personali per una o più specifiche finalità (arg. *ex* art 6, par. 1, lett. a), *GDPR*): la volontà del soggetto interessato deve

---

[23] Nell'ampio dibattito suscitato dal *General Data Protection Regulation* si veda, senza pretesa di completezza, CUFFARO-D'ORAZIO-RICCIUTO, *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019; AA.VV., *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, a cura di Finocchiaro, Bologna, 2019; AA.VV., *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice privacy)*, a cura di Panetta, Milano, 2019; AA.VV., *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di Tosi, Milano, 2019; AA.VV., *Persona e mercato dei dati: riflessioni sul GDPR*, a cura di Zorzi Galgano, Padova, 2019; AA.VV., *GDPR e Normativa Privacy. Commentario*, a cura di Riccio – Scorza – Belisario, Milano, 2018; CUFFARO, *Il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, in *Contr. Impr.*, 2018, 1098 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. Impr.*, 2018, 106 ss.; CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, 67; ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. Impr.*, 2017, 723-733; FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, 1 ss.; MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, ivi, 144 ss.; PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, ivi, 369 ss.; GRANIERI, *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Reg. UE 2016/679*, ivi, 165 ss.; THIENE, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo*, ivi, 410 ss.; MANN, *The new territorial scope of EU data protection law: Deconstructing a revolutionary achievement*, in *Common Market L. Rew.*, 2017, 567 ss.; THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati*, Santarcangelo di Romagna, 2016, passim; EAD., *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, 513 ss.; STANZIONE, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, ivi, 1249 ss.

[24] Si esprime chiaramente in questi termini anche il *considerando* 17 della dir. 2002/58 ove afferma che "ai fini della presente direttiva il consenso dell'utente o dell'abbonato, senza considerare se quest'ultimo sia una persona fisica o giuridica, dovrebbe avere lo stesso significato del consenso della persona interessata come definito ed ulteriormente determinato nella direttiva 95/46", oggi riferimento da intendersi fatto al GDPR.



essere infatti "libera, specifica, informata e inequivocabile".[25] La manifestazione di tale volontà deve essere espressa dall'interessato "mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile" di assenso[26], ed è in ogni tempo revocabile (art. 7, par. 3, *GDPR*)[27].

Altro legame tra i due corpi normativi emerge in punto di regolamentazione degli obblighi di informazione: il richiamato art. 5, par. 3, dir. 2002/58 dispone che prima della manifestazione del consenso l'utente venga informato, in modo chiaro e completo, in merito agli scopi dell'utilizzazione di *cookie* da parte del *provider* di internet, facendo esplicito rinvio alle previsioni in materia di obblighi di informazione della disciplina in materia di dati personali (oggi l'art. 13 *GDPR*). Sui caratteri del consenso e sugli obblighi informativi si soffermerà partitamente l'attenzione nel prosieguo del lavoro.

Più in generale, l'ampia portata delle definizioni di "dati personali"[28] e di "trattamento"[29] adottate dal *GDPR* induce a ritenere che l'archiviazione su dispositivi dell'utente e, per tale via, la possibilità di accesso alle informazioni personali di quello specifico soggetto che il prestatore di servizi *online* realizza attraverso l'impiego di *cookie* di profilazione integra un'attività di trattamento di dati personali a mente del *GDPR*[30]. Pertanto,

---

[25] Sulle caratteristiche e i requisiti del consenso si veda tra gli altri BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. Impr*., 2019, 34 ss.; ID., *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in *Il nuovo Regolamento Europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., 157 ss.; PELINO, *I diritti dell'interessato*, in *Il regolamento privacy europeo, Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, a cura di Pelino-Bistolfi-Bolognini, Milano, 2016, 21 ss. Rispetto alla disciplina interna del consenso dettata dall'art. 23 del cod. priv. cfr., tra gli altri, FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali*, cit., 194 ss.; PATTI, *sub art. 23*, cit., 547 ss.

[26] In questi termini configura il consenso al trattamento ai dati personali l'art. 4, n. 11, *GDPR*.

[27] Sulla declinazione dei rapporti tra consenso al trattamento dei dati personali e revoca v. per tutti MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in *Libera Circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di Panetta, Milano, 2006, 1016.

[28] Ai sensi dell'art. 4, n. 1, *GDPR* il dato personale è "qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ('interessato'); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale".

[29] Per "trattamento" si intende "qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione" (art. 4, n. 2 *GDPR*).

[30] In questi termini si esprime la menzionata sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea dell'1° ottobre 2019, C-673/17.



essa postula quale fondamento di liceità un consenso libero, specifico, informato e inequivocabile, equipollente sul piano normativo a quello espresso dall'interessato per ogni altra attività di trattamento dei propri dati personali. Se ne ricava, allora, che il presidio di tutela offerto dal dispositivo del consenso dell'utente interessato, nella peculiare conformazione prescritta dalle regole richiamate, si estende anche a tutte quelle tecnologie (come i *cookie*) che consentono l'accesso e la raccolta di informazioni e dati personali nel corso della pura e semplice navigazione nel *web*: un'attività quotidiana e diffusissima, spesso compiuta distrattamente, ove invece si annidano non poche insidie alla protezione dei dati personali degli utenti.

Dall'osservazione compiuta emerge un tessuto normativo europeo che pur articolato su fonti diverse – dalla disciplina in materia di comunicazioni elettroniche a quella sulla protezione dei dati personali delle persone fisiche – appare cucito assieme da un unico filo rosso, rappresentato dalla regola generale del consenso prestato dall'interessato, quale presidio di tutela delle informazioni e dei dati personali degli individui. D'altro canto, i due insiemi normativi non si sovrappongono sul piano dei principi e valori generali cui sono informati: la dir. 2002/58 persegue l'obiettivo della tutela della *riservatezza* delle comunicazioni elettroniche e dei dati personali che da queste possono essere tracciati attraverso l'incursione sui dispositivi degli utenti, considerati quali vere e proprie *appendici* della sfera personale privata dell'individuo. Non a caso, tale normativa richiama espressamente l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che, com'è noto, riconosce e salvaguarda il diritto fondamentale al rispetto della vita personale e familiare, del domicilio e delle comunicazioni dell'individuo. Di converso, il *GDPR* costituisce attuazione dell'art. 8 della medesima Carta e dell'art. 16, par. 1, del Trattato sul Funzionamento dell'UE, i quali stabiliscono che ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano e, tuttavia, ne ammettono il trattamento purché fondato sul consenso dell'interessato o comunque improntato alle direttive fissate dalla legge.[31] Il punto di osservazione del *GDPR* non è quello, tradizionale, della *non* divul-

[31] Per una panoramica generale nella letteratura europea si veda, *ex plurimis*, VAN GULIJK – HULSTIJN, *Ensuring Data Protection by Private Law Contract Monitoring: A Legal and Value-Based Approach*, in *European review of private law*, 2018, 635 ss.; TIKKINEN-PIRI-ROHUNEN-MARKKULA, *EU General Data Protection Regulation: Changes and Implications for Personal Data Collecting Companies*, in *Computer Law and Security Review*, 2018, 134 ss.; FREIHERR VON DDM BUSSCHE-ZEITER, *Implementing the EU General Data Protection Regulation: A Business Perspective*, in *European Data Protection Law Review*, 2016, 576 ss.; VAN ALSENOY, *Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2016, 271 ss.



gazione e del riserbo su risvolti privati della vita individuale e familiare, bensì quello di un mercato globale che si fonda sulla raccolta, sulla condivisione, in sintesi, sulla libera circolazione di cospicue masse di dati personali resa possibile dalle tecnologie digitali. [32]

Disegnato questo quadro generale, si volgerà ora l'indagine sulla peculiare curvatura impressa ai menzionati requisiti del consenso al trattamento dei dati personali dalla sua manifestazione nell'ambiente digitale [33], con particolare riguardo alla fase di accesso e navigazione *online* contrassegnata dall'impiego di *cookie* di profilazione.

3. – Concentrando l'analisi sulla postura assunta dai requisiti del consenso dell'interessato rispetto al trattamento dei dati personali effettuato *online* mediante *cookie,* risulta illuminante una recente decisione della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. [34]

Il caso posto all'attenzione della Corte europea promana dall'ordinamento tedesco e coinvolge un prestatore di servizi digitali, segnatamente di giochi *online*, il quale sul proprio sito internet subordinava la partecipazione ai giochi a una duplice manifestazione di consenso da parte dell'utente. In particolare, questi si trovava dinanzi a due caselle di spunta, da selezionare o deselezionare, prima di poter attivare il "pulsante di partecipazione" al gioco, ciascuna accompagnata da una didascalia: la prima casella, non preselezionata, richiedeva all'utente di acconsentire a essere contattato da una serie di aziende *partner* del prestatore per ricevere offerte commerciali; [35] la seconda, preselezionata di

---

[32] Sottolinea l'enfasi sul momento circolatorio posta dal *GDPR* PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., 375.

[33] Il concetto di "ambiente digitale" rinviene una propria consacrazione normativa nell'ambito della dir. (UE) 2019/770, che all'art. 2, n. 11, lo definisce come "l'hardware, il software e le connessioni di rete di cui il consumatore si serve per accedere al contenuto digitale o al servizio digitale o per usarlo".

[34] È la menzionata sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 1 ottobre 2019, causa C-673/17 – Pres. Lenaerts – Rel. Rosas. Per un primo commento si veda REINALTER-VALE, *Cookie e consenso dell'utente*, in *Giur. it.*, 2020, 79 ss. In generale sul delicato compito di coordinamento e uniformazione affidato alla Corte di Giustizia in questa materia v. DOCKSEY-HIJMANS, *The Court of Justice as a Key Player in Privacy and Data Protection: An Overview of Recent Trends in Case Law at the Start of a New Era of Data Protection Law*, in *European Data Protection Law Review*, 2019, 300 ss.

[35] La prima didascalia così recitava: "Acconsento a ricevere informazioni per posta, per telefono, per posta elettronica o via SMS da *sponsor e partner* sulle offerte del loro rispettivo settore commerciale. È mia facoltà stabilire qui autonomamente i soggetti legittimati ad inviarmi dette offerte, in caso contrario la scelta spetta all'organizzatore. Posso revocare il consenso in qualsiasi momento. *Ulteriori informazioni al riguardo si trovano qui*". Il *link*, sottostante alle parole "sponsor e partner" e "qui", contenuto nella prima didascalia che accompagnava la prima casella di spunta, rinviava ad un elenco di 57 imprese contenente i rispet-



default, richiedeva il consenso dell'utente all'installazione di *cookie* sul suo computer, al fine di analizzare le sue navigazioni sul *web* e le visite ai siti Internet dei *partner* commerciali del gestore del sito, così da poter inviare pubblicità centrata sugli interessi dell'utente medesimo. [36] Le questioni pregiudiziali sottoposte alla CGUE dal *Bundesgerichtshof* vertono sull'interpretazione delle richiamate previsioni dettate in tema di consenso sia nell'ambito della dir. 2002/58/CE sulla protezione della vita privata nelle comunicazioni elettroniche che della dir. 95/46/CE e del *GDPR* e, in particolare, sui caratteri della specificità, dell'inequivocabilità e dell'informazione del consenso dell'interessato. In primo luogo, la Corte Suprema tedesca si interroga sull'ammissibilità, alla stregua dell'apparato normativo europeo, di un'attività di memorizzazione di informazioni ovvero di accesso a informazioni e dati personali già archiviati nel dispositivo di un utente, effettuata dal gestore di un sito internet attraverso *cookie*, fondata sulla preselezione di una casella di spunta che l'utente avrebbe dovuto deselezionare per negare il suo consenso. In altri termini, alla CGUE viene chiesto se possa dirsi validamente ed efficacemente prestato il consenso dell'utente interessato a *cookie* di profilazione e, conseguentemente, al trattamento di dati personali, desunto dalla mancata deselezione di una *checkbox* preselezionata dal gestore del sito internet. [37]

---

tivi indirizzi, il settore commerciale da pubblicizzare e la modalità di comunicazione utilizzata per la pubblicità (posta elettronica, posta o telefono). Il termine sottolineato "eliminare" compariva dopo il nome di ciascuna impresa. L'elenco era preceduto dal seguente avviso: "Cliccando sul link "eliminare" stabilisco che non può essere comunicato al menzionato partner/sponsor il consenso a fini pubblicitari. Ove io non abbia eliminato alcun partner/sponsor o non ne abbia eliminato un numero sufficiente, la Planet49 compirà la scelta dei partner/sponsor per mio conto a sua discrezione (numero massimo: 30 partner/sponsor)".

[36] La seconda didascalia, la cui rispettiva casella era preselezionata, recitava come segue: "Acconsento a sottopormi al servizio di analisi web Remintrex. Di conseguenza, l'organizzatore del gioco a premi, a seguito dell'approvazione della mia registrazione al gioco, installa cookie al fine di analizzare tramite Remintrex le mie navigazioni sul web e le mie visite ai siti Internet dei partner commerciali e di inviarmi pubblicità centrata sui miei interessi. Posso cancellare i cookie in ogni momento. Per ulteriori dettagli si legga *qui*".

[37] Le questioni pregiudiziali sottoposte dalla Corte Suprema tedesca alla CGUE sono formulate in questi termini: "1) Se sussista un consenso efficace ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, e dell'articolo 2, lettera f), della direttiva 2002/58, in combinato disposto con l'articolo 2, lettera h), della direttiva 95/46, nel caso in cui la memorizzazione di informazioni ovvero l'accesso a informazioni già archiviate nell'apparecchiatura terminale di un utente siano consentiti tramite una casella preselezionata che l'utente deve deselezionare per negare il suo consenso. b) Se, ai fini dell'applicazione dell'articolo 5, paragrafo 3, e dell'articolo 2, lettera f), della direttiva 2002/58, in combinato disposto con l'articolo 2, lettera h), della direttiva 95/46, la situazione differisca nel caso in cui le informazioni archiviate o consultate consistano in dati personali. c) Se, in presenza delle circostanze indicate nella prima questione pregiudiziale, [lettera a),] sussista un consenso efficace ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del regolamento 2016/679. 2) Quali informazioni debbano essere comunicate dal fornitore di servizi all'utente, affinché quest'ultimo sia informato, in termini chiari e completi ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva 2002/58. Se in tali informazioni rientrino altresì la durata della funzione dei cookie e il fatto che terzi abbiano accesso ai cookie stessi".



Il quesito sottoposto alla CGUE involge il piano dell'estensione e dell'intensione del concetto di *inequivocabilità* del consenso al trattamento di dati personali e della sua concreta applicazione nel *design* della rete. La Corte giunge a negare validità a un consenso ricavato dalla mancata deselezione di una casella già "spuntata" dal *provider*, ponendo a fondamento di tale decisione una pluralità di indici testuali rinvenuti nelle fonti europee. Il giudice europeo richiama, anzitutto, il testo del *considerando* 17 della dir. 2002/58 sulle comunicazioni elettroniche, dal quale emerge che il consenso dell'utente ai *cookie* può essere fornito secondo qualsiasi modalità appropriata e, in particolare, attraverso la "selezione di un'apposita casella nel caso di un sito Internet". Inoltre – pur ritenendo di per sé neutra sul piano letterale la formulazione del richiamato art. 5, par. 3, ove prevede che l'utente deve aver "espresso preliminarmente il proprio consenso" [38] – la Corte invoca l'argomento storico, ricordando la genesi della disposizione in parola: la cui vigente versione è frutto di una modifica sostanziale, operata dalla direttiva 2009/136, a quella originaria, la quale si limitava a prevedere che l'utente avesse la "possibilità di rifiutare" l'installazione di *cookie*. Il giudice europeo ne ricava la scelta maturata dal legislatore di non ritenere idonea una manifestazione del consenso presunta in virtù del mancato rifiuto dell'utente e di richiedere, piuttosto, il comportamento attivo di quest'ultimo. La decisione sottolinea, altresì, l'esplicita equipollenza tra la nozione di consenso adottata dalla dir. 2002/58 e quella definita dalla disciplina di protezione dei dati personali. Da quest'angolo di osservazione, il giudice europeo mette in luce come, già nell'ambito dell'art. 7 della dir. 95/46, il lemma "manifestazione" di volontà, espressa in modo inequivocabile, evocasse un contegno attivo e non meramente passivo.[39] Ad avviso della Corte, sotto l'impero del *GDPR,* il dettato normativo diviene ancor più eloquente e deciso: come già osservato, la formulazione dell'art. 4, n. 11, che definisce il "consenso dell'interessato" ai fini dell'art. 6, par. 1, lett. a), esige una manifestazione della volontà "libera, specifica, informata e inequivocabile" dell'interessato, consistente in una dichiarazione di assenso o quantomeno in un'"azione positiva inequivocabile". Ancor più netto è il tenore del *considerando* 32 del Regolamento per il quale la manifestazione del con-

[38] Secondo l'Avvocato generale Szpunar al paragrafo 107 delle sue conclusioni, tale disposizione mira a proteggere l'utente da qualsiasi ingerenza nella sua vita privata, indipendentemente dal fatto che detta ingerenza riguardi o meno dati personali.

[39] In questo senso propende anche l'Avvocato generale (punto 81 delle conclusioni), che richiama il pensiero del Gruppo di lavoro "Articolo 29" per la protezione dei dati (nel parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale online), secondo cui il consenso implica una previa azione positiva degli utenti finalizzata all'accettazione della memorizzazione dei cookie e del loro utilizzo. Il medesimo Gruppo di lavoro rileva che la stessa nozione di "manifestazione" implica la necessità di un'azione.



senso potrebbe comprendere, tra l'altro, la selezione di un'apposita casella in un sito Internet, mentre è da escludere che "il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle" configurino consenso. Dal concorrere di questi argomenti la Grande Sezione della Corte di Giustizia desume che una dichiarazione predisposta dal fornitore del sito internet e corredata da una casella già "spuntata", rispetto alla quale l'utente non si sia opposto, non è idonea a integrare quella manifestazione di volontà inequivocabile prescritta dalle richiamate norme di protezione dei dati personali [40].

Ragionando a partire dagli esiti dell'interpretazione del dato normativo operata dalla CGUE, si evince, quale corollario del requisito della *inequivocabilità*, il principio del consenso "attivo" dell'interessato al trattamento dei propri dati personali, espresso in ambiente digitale. In base ad esso, soltanto una dichiarazione di assenso o comunque un comportamento *attivo* e di segno positivo dell'interessato – non il suo silenzio, un'omissione o una mera inerzia – può rilevare quale manifestazione di volontà idonea a integrare il consenso al trattamento dei dati personali, in quanto unici atti capaci di dissipare *ambiguità* e incertezze circa l'effettivo volere dell'interessato.

Rileggendo la questione attraverso le lenti delle categorie dogmatiche più familiari al civilista, la manifestazione del consenso al trattamento dei dati personali compiuta mediante un *clic* sull'apposita casella di spunta di un sito internet va inquadrata nella categoria della dichiarazione espressa: pur non avvalendosi del linguaggio scritto o verbale, l'esteriorizzazione del volere avviene con un gesto che, secondo l'uso comune e la convenzione degli utenti del *web*, vale come mezzo per comunicare un assenso (paragonabile *mutatis mutandis* all'alzata di mano nel corso di un'asta). La specificazione del requisito dell'inequivocabilità del consenso al trattamento di dati personali operata dalla normativa presa in esame pretende, dunque, un contegno commissivo avente carattere dichiarativo ed esclude, invece, l'ammissibilità di una manifestazione di volontà tacita desunta, per illazione, da un contegno meramente omissivo, come nel caso specifico dell'utente che non abbia deselezionato una casella spuntata di *default* dal gestore del sito internet che ha occupato la CGUE. Quest'orientamento si pone peraltro in linea con l'insegnamento tradizionale di teoria generale del contratto [41] e con l'elaborazione giuri-

[40] Così argomenta il giudice europeo nella decisione in esame: "a tal riguardo, risulta praticamente impossibile determinare in modo oggettivo se, non deselezionando una casella preselezionata, l'utente di un sito Internet abbia effettivamente manifestato il proprio consenso al trattamento dei suoi dati personali, nonché, in ogni caso, se tale consenso sia stato manifestato in modo informato. Non può, infatti, essere escluso che detto utente non abbia letto l'informazione che accompagna la casella preselezionata, o addirittura che lo stesso non abbia visto tale casella, prima di continuare la propria attività sul sito Internet che visita" (CGUE, 1° ottobre 2019, causa C-673/17, par. 55).

[41] Nella vastissima letteratura in tema si veda almeno BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, To-



sprudenziale predominante [42], secondo cui in seno al procedimento di formazione della volontà negoziale il silenzio, l'inerzia, non possono che essere considerati contegni *neutri*, ambigui, privi in quanto tali di un autonomo significato.

4. – Altro ordine di problemi, strettamente legato al precedente, concernente la manifestazione del consenso prestato dall'interessato al trattamento dei propri dati personali mediante *cookie,* attiene al profilo della *specificità*. [43]

Alcune interessanti indicazioni interpretative sul punto vengono fissate nelle argomentazioni della menzionata decisione della CGUE e nelle conclusioni dell'Avvocato generale. Nel caso portato all'attenzione della Corte, il gestore del sito sosteneva che l'utente interessato avesse prestato un consenso efficace, non tanto per non aver deselezionato una dichiarazione di consenso "preformulata", bensì per aver "cliccato" attivamente sul pulsante di partecipazione al gioco a premi *online* organizzato dal gestore medesimo. In definitiva, l'utente nell'attivare il pulsante di partecipazione per fruire del gioco a premi aveva, in pari tempo, acconsentito all'installazione di *cookie* aventi finalità di *marketing*. Ad avviso della Corte, osta a una interpretazione siffatta la regola generale della specificità del consenso al trattamento dei dati personali, la quale implica necessariamente che esso debba riferirsi *precisamente* al trattamento e non possa essere, per converso, desunto da una manifestazione della volontà avente un oggetto distinto, qual è quella sottesa all'attivazione del pulsante di partecipazione al gioco. [44]

Muovendo da questa esegesi del carattere della specificità prescritto dall'art. 4, n. 11,

---

rino, 1955, 51 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 188 ss.; FERRERO, *"Dichiarazione espressa", "dichiarazione tacita" e autonomia privata*, Torino, 1974, passim; SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in *Tratt. dir. priv*., diretto da Rescigno, 2002, X, 2, 32 ss.

[42] Per questa posizione generale sulla valenza del silenzio nel procedimento di formazione della volontà negoziale in seno alla giurisprudenza di legittimità v. Cass, Sez. un., 9 maggio 2016, n. 9284, in *Giur. it*., 2016, 1451 ss.

[43] In dottrina sul profilo della specificità del consenso al trattamento di dati personali si vedano, tra gli altri, BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, cit., 53-54; THOBANI, *Operazioni di tying e libertà del consenso*, in *Giur. it*., 2018, 537.

[44] Secondo la Corte di Giustizia, infatti, "la manifestazione di volontà di cui all'articolo 2, lettera h), della direttiva 95/46 deve, in particolare, essere «specifica», nel senso che deve riferirsi precisamente al trattamento dei dati interessati e non può essere desunta da una manifestazione della volontà avente un oggetto distinto. Nel caso di specie, contrariamente a quanto sostenuto dalla Planet49, il fatto che l'utente attivi il pulsante di partecipazione al gioco a premi organizzato da detta società non può essere, pertanto, sufficiente per ritenere che l'utente abbia validamente espresso il suo consenso all'installazione di cookie" (CGUE, Grande Sezione, 1° ottobre 2019, par. 58-59).



GDPR, è possibile ritrarre un'altra direttiva generale governante la manifestazione del consenso al trattamento di dati personali espressa *online*: il principio del consenso *separato*. La volontà contrattuale e il consenso all'installazione di *cookie*, e in generale alle attività di trattamento di dati personali, non possono coincidere, ossia non possono confondersi in un'unica manifestazione di volontà. Ne consegue che il consenso al trattamento di dati personali esibisce una sua propria *autonomia* sia sul piano ontologico che materiale e deve essere tenuto distinto dalla volontà contrattuale anche qualora confluisca nel medesimo atto di autonomia privata[45]. In questa direzione si orienta peraltro l'Avvocato generale, nelle conclusioni *a latere* della sentenza della CGUE in parola, secondo cui "l'attività che un utente svolge su Internet (leggere una pagina web, partecipare a un gioco a premi, guardare un video, ecc.) e la prestazione del consenso non possono far parte dello stesso atto. In particolare, dal punto di vista dell'utente, la manifestazione del consenso non può apparire di natura accessoria rispetto alla partecipazione al gioco a premi. Entrambe le azioni devono, specialmente sotto il profilo visivo, essere presentate su un piano di parità" (punto 66).

Rileggendo la fattispecie alla stregua delle infrastrutture concettuali tradizionali va segnalato uno scostamento rispetto ai pilastri della teoria generale del contratto, per la quale, com'è noto, la manifestazione della volontà negoziale può essere ricavata non sol-

[45] Tale soluzione trova conforto anche quando riguardata dalla prospettiva della nuova disciplina del contratto di fornitura di contenuti e servizi digitali consegnata alla dir. (UE) 2019/770: in questo senso depone il considerando 35 ove afferma che "Quando il trattamento dei dati personali si basa su un consenso, segnatamente a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del regolamento (UE) 2016/679, si applicano le disposizioni specifiche di tale regolamento, comprese quelle relative alle condizioni per valutare se il consenso sia stato o meno liberamente prestato. La presente direttiva non dovrebbe disciplinare la validità del consenso prestato". Vale a dire che non vi è sovrapposizione tra le regole sul consenso al trattamento dei dati personali e la disciplina del contratto e che il primo è preservato da presidi di tutela rafforzata che non vengono meno se la circolazione dei dati si colloca nell'ambito di un contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali. A conforto di tale soluzione va notato come la dottrina che per prima si è confrontata sul tema, muovendo dalla specola della menzionata dir. 2019/770 è pervenuta ad analoghe conclusioni: si vedano le riflessioni di 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*, cit., 502 ss., secondo cui la direttiva in materia di contenuti e servizi digitali "ha voluto probabilmente sottolineare non solo l'aspetto della doppia tutela, quella contrattuale e quella del GDPR; ma ancor prima sancire la necessità di un doppio procedimento formale e di un *doppio consenso* da parte dell'utente del servizio. Innanzitutto il procedimento e il relativo consenso concernenti la conclusione del contratto di fornitura (sottoposto alle ordinarie regole contrattuali); e poi il procedimento concernente la raccolta del consenso informato e l'esplicazione analitica delle finalità del trattamento, sottoposto alle puntuali e rigorose regole del GDPR, come esattamente interpretate dalla più recente giurisprudenza". Secondo RESTA-ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 432, il carattere della specificità, in uno con quello dell'inequivocabilità, attestano l'idea della granularità del consenso espresso in forma distinta e per le specifiche finalità cui il trattamento è destinato.



tanto per mezzo di una dichiarazione (espressa o tacita), bensì anche dall'adozione di "comportamenti concludenti": l'esplicita imposizione del requisito della specificità induce, piuttosto, a ritenere che non sia validamente espresso un consenso al trattamento di dati personali mediante *cookie* desunto da *facta concludentia*, ossia dalla condotta dell'utente che abbia espresso la volontà di concludere un contratto a mezzo internet, attivando il pulsante o cliccando la casella che determina tale effetto; ovvero in tutte quelle ipotesi – espresse sul *web* con l'adozione di svariate formule ("proseguendo nella navigazione l'utente accetta" *et similia*) – nelle quali il consenso ai *cookie* di profilazione venga desunto dal comportamento dell'internauta che si limiti a continuare nella navigazione sul sito.

Il *telos* di protezione dei dati personali che informa la normativa di settore viene, quindi, perseguito attraverso un rafforzamento dei caratteri costitutivi del consenso al trattamento espresso dall'interessato, che incidono, anzitutto, sulle modalità di manifestazione del medesimo. Specificità e inequivocabilità concorrono a formare una fattispecie di consenso *sui generis* per la espressione della quale si richiede, anche in deroga ai consolidati principi della teoria generale del negozio giuridico, un contegno commissivo, di natura dichiarativa, puntualmente ed esclusivamente riferito alla finalità sua propria. Le considerazioni svolte assumono un notevole peso specifico nell'attuale sviluppo della *data economy*, nella quale, come detto, l'*asset* principale è rappresentato dal potere di raccolta e sfruttamento delle informazioni personali degli utenti da parte degli operatori commerciali. Mano a mano che la circolazione dei dati personali si approssima e penetra nel rapporto contrattuale di fornitura di contenuti e servizi digitali corrente appare inevitabile un processo di intersezione e commistione tra la legge di tutela dei dati personali e quella del mercato e del contratto. In siffatto contesto, il menzionato principio del consenso separato serve, allora, a tracciare una linea di demarcazione tra il consenso prestato dalla persona una volta nella veste di interessato al trattamento dei suoi dati personali e una volta in quella di utente/consumatore che intende concludere il contratto di fornitura di un certo contenuto o servizio digitale. Diversa è la natura giuridica delle due figure, così come diverse sono le regole che presiedono al procedimento di formazione delle due volontà e le *rationes* che le animano. [46]

Secondo la prospettiva del diritto comune, il consenso richiesto a fini negoziali, espressione, com'è noto, del principio di autonomia contrattuale dei privati, deve essere prestato da un soggetto capace di intendere e volere e non deve essere viziato da errore,

[46] Per una riflessione più ampia sul tema si veda BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018, *passim* e spec. 80 ss.



violenza o dolo, ovvero, a determinate condizioni, da pericolo o da bisogno: pertanto, ove sia oggetto di perturbazioni che si collochino al di sotto di questa soglia di rilevanza giuridica tracciata dal codice civile, è una volontà che sussiste validamente. La formazione del consenso negoziale è sottoposta a tecniche procedimentali puntualmente definite dall'ordinamento, le quali regolano il se, il come e il quando del perfezionamento dell'accordo delle parti: il consenso negoziale trova allora la sua pienezza e completezza soltanto nell'accordo, nello scontro-incontro con la volontà della controparte, nella dimensione della mediazione, della composizione di interessi confliggenti di cui il contratto è massima espressione.

Non sovrapponibile né riducibile appare la figura del consenso al trattamento dei dati personali, che va ascritta alla categoria del consenso informato, profilo su cui si tornerà di qui a breve. Esso è qui pura estrinsecazione del potere di autodeterminazione dell'individuo [47], della libertà di governare gli aspetti personali più significativi della sua esistenza presidiati dal riconoscimento di un diritto fondamentale. La figura del consenso al trattamento dei dati personali è indicativa dell'attribuzione del ruolo di autentico protagonista all'individuo e alle sue scelte, messo alla prova dal dilatarsi delle possibilità della tecnologia di irrompere nella sfera privata della persona, avverso il contrapposto paradigma del paternalismo dell'ordinamento. Come osservato, sia la disciplina europea che quella interna "di settore" sanciscono che esso debba essere libero, specifico, inequivocabile e informato. Ne riluce una figura di consenso *qualificato*, caratterizzato da una tutela fortemente irrobustita rispetto al diritto comune volta a salvaguardarne la pienezza e consapevolezza [48]. Dal punto di vista della natura giuridica, operando quale condizione di liceità dell'attività di trattamento dei dati personali (art. 6, par. 1, *GDPR*), il consenso interviene a rimuovere un limite che l'ordinamento pone al potere del soggetto che eseguirà il trattamento, consentendone l'esercizio volto alla realizzazione di interessi conformi all'ordinamento. Esso esibisce, pertanto, funzione essenzialmente "autorizzatoria",

---

[47] Sugli aspetti legati alla profilazione e al potere di autodeterminazione dell'interessato cfr. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, cit., 67 ss.; DE MEO, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, 587 ss. In generale sulla figura del consenso informato v. ZENO-ZENCOVICH, *Il consenso informato e l'autodeterminazione informativa*, in *Corr. giur.*, 1997, 915.

[48] Si veda sul punto Cass. civ., Sez. I, 2 luglio 2018, n. 17278, in *Giur. it.*, 530, con nota di Thobani, *Operazioni di* tying *e libertà del consenso*, cit.; in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1775, con nota di Zanovello, *Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali*. La Suprema Corte rimarca la diversità di disciplina tra le due diverse figure, non ritenendo di sovrapporre il consenso finalizzato al trattamento dei dati personali a quello richiesto a fini negoziali.



salvo poi doversi interrogare sulla sua natura integrativa o costitutiva [49]: nella prima ipotesi, il consenso varrebbe a rimuovere un ostacolo all'esercizio del potere che l'ordinamento già accorda a colui che porrà in essere il trattamento, in funzione del perseguimento di propri interessi nello svolgimento di un'attività di per sé lecita; nel secondo caso, l'atto esibirebbe un carattere essenzialmente dispositivo, di trasferimento di diritti e poteri che pertengono alla sfera soggettiva dell'interessato, il quale consente al titolare del trattamento di svolgere un'attività altrimenti illecita. Dal punto di vista dei contenuti, il consenso si accosta invece alla figura dell'accettazione per adesione: l'interessato non ha potere di incidenza e selezione sui dati da trattare o sulle finalità del trattamento medesimo, ma si limita ad aderire (o meno) a contenuti prefissati dal titolare, a cui compete, in via esclusiva, la determinazione delle attività di trattamento, nel rispetto dei principi fissati dal *GDPR* [50]. Fatto salvo il potere libero e incondizionato dell'interessato di modificare il contenuto della propria accettazione, ad esempio limitando le finalità per le quali è stata prestata, o di revocarla *tout court*.

5. – Libertà ed informazione rappresentano gli altri due tratti di qualificazione del consenso al trattamento dei dati personali dell'interessato. Se specificità e inequivocabilità attengono al *quomodo* della manifestazione della volontà, ossia al profilo della dichiarazione o comunque dell'esternazione del consenso, libertà e informazione rappresentano elementi costitutivi del cd. consenso interno, concorrendo a determinare il procedimento di formazione del volere nel foro interiore dell'interessato [51].

Le questioni concernenti i requisiti di libertà e informazione sollevate all'attenzione dell'interprete investono, nella loro dimensione fisiologica, l'ampiezza e il contenuto del

---

[49] Il richiamo è alla nota distinzione descritta da Auricchio, voce *Autorizzazione*, in *Enc. dir*., Milano, IV, 1959, 502 ss.

[50] Si sofferma analiticamente su questi temi BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, cit., 42.

[51] Sulla distinzione tra consenso cd. interno ed esterno nella teoria del contratto si veda G. BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo-Mazzamuto, Milano, 2007, 351 ss.; nonché DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, 127 ss.; ID., *Linee evolutive dei procedimenti di formazione dei contratti (dal codice civile alla legislazione di derivazione comunitaria),* in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri-Caterini, Rende, 2004, 121 ss. In generale sul tema della formazione del contratto si veda, *ex multis*, ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 1975, 169 ss.; ID., *Contratto. II) Formazione del contratto*, in *Enc. Giur.,* IX, Roma, 1988, 1 ss.; ID., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv*., a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, 97 ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, *passim*; D'ANGELO, *Proposta e accettazione*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, I, Milano, 2006, 3 ss.



concetto di libertà del consenso e degli obblighi di informazione gravanti sul titolare del trattamento di dati personali, nella torsione impressa da un trattamento effettuato mediante *cookie* di profilazione; sul versante patologico, le conseguenze e le possibili tutele rispetto ad un consenso non formatosi liberamente ovvero rispetto ad un'informazione mancante, inesatta, incompleta. Tali questioni in tanto mutano e si approfondiscono in quanto la raccolta e la circolazione dei dati personali venga effettuata da parte del gestore di un sito internet o di terzi nel corso della navigazione in rete dell'utente a stretto ridosso dell'esercizio *online* di un'attività economica, com'è nel caso dei *cookie* di profilazione; ovvero si situi nel cuore di un'operazione contrattuale di fornitura di contenuti o servizi digitali nel quadro della quale il consumatore fornisce o si impegna a trasmettere dati personali all'operatore economico. Vale a dire che dal momento che il consenso degli utenti al trattamento dei dati personali diviene la chiave per l'estrazione di un ingente valore economico mediante l'uso delle tecnologie a disposizione dell'operatore economico, proporzionalmente aumentano le possibili minacce alla libertà e alla consapevolezza del medesimo.

L'espressa prescrizione del requisito della libertà del consenso al trattamento dei dati personali mira a irrobustirne la tutela avverso ogni pressione o costrizione eterogena. Ne discende che mentre, come detto, la soglia di protezione della volontà del contraente si attesta nel codice civile ai presupposti di rilevanza dei vizi del volere, in questo campo il livello di salvaguardia della libertà del consenso si innalza, in quanto esso "non sopporta di essere sia pure marginalmente perturbato non solo per effetto di errore, violenza o dolo, ma anche per effetto dell'intero ventaglio di possibili disorientamenti, stratagemmi, opacità, sotterfugi, slealtà, doppiezze o malizie comunque adottate dal titolare del trattamento" [52]. La libertà è altresì presidiata dalla regola che ne prevede la revocabilità *ad nutum* da parte dell'interessato (art. 7, par. 3, *GDPR*). Si apprezza un altro lampante elemento di differenza con la volontà negoziale, che vede il principio generale *pacta sunt servanda* cedere il passo al diritto di autodeterminazione del singolo.

Si tratta ora, come anticipato, di dare concreta attuazione alla regola in esponente nella peculiare fattispecie del trattamento di dati personali compiuto mediante l'impiego di c*ookie* di profilazione. In questo contesto, non sembra predicabile, ad esempio, la libertà del consenso dell'utente ricavato per *facta concludentia* dalla mera circostanza che questi prosegua nella utilizzazione di una certa pagina *web*: siffatta strategia adottata da molti gestori di siti internet pare, infatti, rivolta a carpire l'assenso di un internauta che non abbia effet-

[52] L'inciso è tratto da Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, cit., par. 2.4.



tivamente compreso il contenuto della sua manifestazione di volontà o addirittura sia del tutto ignaro di averla espressa; ovvero a condizionare surrettiziamente l'utente che intendendo esclusivamente proseguire la navigazione *online* venga, in tal modo, forzato ad accettare l'uso dei *cookie*. Se ne ritrae come queste e analoghe modalità di manifestazione del consenso, così diffuse in rete, appaiano lesive del requisito della libertà.

Un problema di libertà del consenso si avverte, altresì, ogniqualvolta il trattamento di dati personali si collochi nella cornice di un'operazione contrattuale di fornitura di contenuti o servizi digitali a favore di un consumatore che autorizzi il trattamento dei suoi dati personali da parte del professionista. Lo snodo è estremamente delicato dal momento che la volontà potrebbe risultare attentata dal condizionamento rappresentato dalla correlata fornitura di un bene o servizio (digitale o meno) cui il consumatore ha interesse. Il punto non è stato trascurato dal legislatore europeo, che ha ritenuto di non erigere un divieto assoluto di cd. vendita aggregata (*tying contracts*), accendendo piuttosto una "spia" nel giudizio dell'interprete, il quale "nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, […] 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" (art. 7, par. 4, *GDPR*)[53]. In argomento, va segnalata una diversità di accenti tra gli orientamenti del Garante della Privacy italiano e della Suprema Corte di Cassazione: il Garante ha precisato, in più occasioni, che "non può definirsi libero, e risulta indebitamente necessitato, il consenso a ulteriori trattamenti di dati personali che l'interessato debba prestare quale condizione per conseguire una prestazione richiesta". [54] Ne discende che non sarebbe mai da ritenere libero il consenso al trattamento di dati personali prestato dall'interessato per finalità promozionali, quando il titolare condiziona il godimento dei suoi servizi al rilascio dello stesso. Al contrario, in una recente decisione, la Cassazione ha introdotto un innovativo *distinguo* rispetto alla posizione consolidata del Garante, affermando l'opportunità di discernere l'ipotesi in cui la prestazione offerta dal titolare del trattamento consista in un servizio fungibile e rinunciabile senza gravoso sacrificio per l'utente, in quanto altrove fruibile, da quella in cui, vicever-

[53] In dottrina propendono per l'idea che il regolamento non pone un divieto assoluto alle operazioni di *tying* THOBANI, *Operazioni di tying e libertà del consenso*, cit., 538; EAD., *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., 55; METZGER, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?*, cit., 5; RESTA-ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 432.

[54] Cfr. Linee Guida Garante Privacy, 4.7.2013; Garante Privacy, provv. 27.10.2016; Garante Privacy, provv. 1.10.2015; Garante Privacy, provv. 20.12.2012.



sa, la prestazione risulti infungibile e irrinunciabile: solo in quest'ultimo caso emerge un condizionamento tale da minare la libertà del consenso, mentre dovrebbe escludersi un'automatica illiceità del trattamento dei dati, nell'ipotesi in cui esso sia prestato per finalità commerciali, sia *condicio* della fornitura di servizi di carattere fungibile.[55] Ad ogni modo, la manifestazione dell'autorizzazione al trattamento dei dati personali deve essere contrassegnata dalla sua inequivocabilità, frutto di un comportamento attivo dell'interessato, e specificità, nel senso che essa deve necessariamente formar parte di un atto distinguibile dalla dichiarazione di volontà del contraente intesa a concludere il contratto di fornitura.[56]

L'ultimo presupposto costitutivo del consenso al trattamento dei dati personali, l'informazione, è quello che più pare messo in crisi nella cornice di un mercato strutturato sulla diffusione di tecnologie capace di tracciare e rielaborare le informazioni personali degli utenti a scopi commerciali. Non a caso, il tentativo del legislatore europeo è andato nella direzione di un potenziamento delle previsioni che impongono sugli operatori economici un generale obbligo di informazione chiara e completa relativa al trattamento dei dati personali dell'interessando, preoccupandosi di definirne più puntualmente i contenuti indefettibili[57]. Invero, già la richiamata dir. 2002/58 in materia di comunicazioni elet-

---

[55] Così Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, cit., secondo cui "in tema di consenso al trattamento dei dati personali, la previsione dell'art. 23 del d.lgs. n. 196/2003, nello stabilire che il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, consente al gestore di un sito Internet, il quale somministri un servizio fungibile, cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio (nella specie servizio di newsletter su tematiche legate alla finanza, al fisco, al diritto e al lavoro), di condizionare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie, sempre che il consenso sia singolarmente ed inequivocabilmente prestato in riferimento a tale effetto, il che comporta altresì la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi saranno riferiti".

[56] Si coglie qui come la traiettoria interpretativa delle due decisioni prese in esame, quella della CGUE e quella della Corte di Cassazione, curvi nella medesima direzione. La Suprema Corte afferma infatti che "l'interessato deve essere allora con certezza posto in condizione di raffigurarsi, in maniera inequivocabile, gli effetti del consenso prestato al trattamento dei suoi dati: di guisa che, se detto consenso comporta una pluralità di effetti – come nel caso di specie, in cui esso si estende alla ricezione di messaggi promozionali anche da parte di terzi –, lo stesso va singolarmente prestato in riferimento a ciascuno di essi, di modo che, con totale trasparenza, risulti palese che proprio ciascuno di tali effetti egli ha voluto. È dunque senz'altro da escludere che il consenso possa dirsi specificamente, e dunque anche liberamente, prestato in un'ipotesi in cui, ove gli effetti del consenso non siano indicati con completezza accanto ad una specifica ''spunta'' apposta sulla relativa cartella di una pagina Web, ma siano invece descritti in altra pagina Web linkata alla prima, non vi sia contezza che l'interessato abbia consultato detta altra pagina, apponendo nuovamente una diversa ''spunta'' finalizzata a manifestare il suo consenso" (Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, cit., par. 2.6).

[57] Nel senso di una possibile individualizzazione degli obblighi di informazione come reazione al fenomeno della "massificazione" dei dati personali v. POLUDNIAK-GIERZ, *Personalization of Information Duties*



troniche individua, in seno ai *considerando* 23 e 26, nella natura dei dati sottoposti a trattamento, negli scopi e nella durata del trattamento i punti essenziali dell'informazione che deve erogare il gestore del sito internet che impiega dispositivi tecnologici come i *cookie*. Come accennato, tale normativa rinvia all'analitica individuazione operata dalla disciplina europea di protezione dei dati personali in tema di obblighi informativi gravanti sull'operatore economico che si accinga a trattare dati personali dell'utente: un'informazione da somministrarsi in modo chiaro e completo, sempre prima della manifestazione di volontà dell'interessato, immediatamente propedeutica alla formazione di un consenso consapevole. In quest'ultima sede normativa, tra le molteplici informazioni, spiccano quelle relative alla "finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali nonché la base giuridica del trattamento" (art. 13, par. 1, lett. c), GDPR) e agli eventuali destinatari dei dati personali (art. 13, par. 1, lett. d); nonché rispetto ai dati effettivamente oggetto di trattamento la comunicazione relativa al periodo di conservazione o i criteri utilizzati per determinare tale periodo (art. 13, par. 2, lett. a); l'esistenza del diritto dell'interessato di accesso, rettifica o cancellazione dei dati personali, alla portabilità dei dati (lett. b), del diritto di revoca (lett. c) e di reclamo a un'autorità di controllo (lett. d). Più in generale, l'intero corpo normativo è informato al principio generale di correttezza e trasparenza nel trattamento dei dati personali (art. 5 *GDPR*). Volgendo lo sguardo alla disciplina interna, l'art. 122 cod. priv. prevede una modalità *semplificata* di adempimento degli obblighi informativi relativi all'impiego di *cookie*, la cui puntuale regolamentazione è stata rimessa a un provvedimento del Garante della Privacy. Quest'ultimo ha previsto che nel momento in cui l'utente accede a un sito *web*, deve essergli presentata una prima informativa "breve", contenuta in un "*banner*" che compare immediatamente sull'*home page* avente una dimensione tale da costituire una percettibile discontinuità nella fruizione dei contenuti della pagina web che si sta visitando, integrata da una successiva informativa "estesa" alla quale accedere attraverso un *link* cliccabile dall´utente. Inoltre, il Garante ha stabilito che in codesto avvertimento indicante l'informativa breve dovrà essere contenuta anche la richiesta di consenso all'uso dei *cookie*. [58]

Nonostante questa analitica regolamentazione degli obblighi di informazione, la barriera cognitiva eretta per l'utente *medio* della rete dalla complessità tecnica dei *cookie*, la

---

Challenges for Big Data Approach, in *European Review of Private Law*, 2018, 297 ss. PORAT-STRAHILEVITZ, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, in *Mich. L. Rev*., 2014, 1417.

[58] Così ha previsto il menzionato provvedimento del Garante della Privacy n. 229 dell'8 maggio 2014, ove si è stabilito altresì che la cd. informativa breve dovrà in ogni caso far necessariamente riferimento, tra l'altro, all'uso di *cookie* di profilazione, alla presenza di *cookie* di terzi rispetto al gestore del sito, alla possibilità che continuando nella navigazione del sito si manifesti un'accettazione dei *cookie.*



naturale tendenza di internet ad una crescente rapidità e intuitività d'uso e il comportamento delle compagnie tecnologiche concorrono ad aggravare il divario di conoscenze esistente tra *provider* e *user*[59]. Alcune notissime vicende recenti, primo fra tutti il caso Facebook – Cambridge Analityca, hanno scostato il velo sulle potenziali degenerazioni della profilazione di dati personali di milioni di individui e rivelato l'estrema *opacità* del mercato dei dati personali, che si è giovato di una strutturale e deliberata asimmetria informativa tra operatori e utenti[60]. Non può sfuggire un parallelismo tra il comportamento recente dei colossi del *web*, che spesso si dichiarano "custodi" della *privacy* dei loro utenti, e il *modus operandi* delle grandi banche e società di investimento nei primi anni duemila[61]. Si pensi alla manifesta ritrosia delle compagnie tecnologiche della *Silicon Valley* nel divulgare al mercato e all'opinione pubblica informazioni relative ai circuiti di destinatari e alle modalità con cui si svolge lo sfruttamento dei dati personali degli utenti, sovente celate dietro agli assunti (indimostrati) della complessità dell'algoritmo e dell'idea per cui una tecnologia libera da regole eteronome "massimizza" il benessere degli individui. Questa "mitologia" aziendale, riassunta infine nel *refrain* del *too big to fail*, non può non riportare drammaticamente alla mente le parole dei "sacerdoti" della finanza che, prima della crisi dei mutui *subprime*, pretendevano di giustificare il difetto di trasparenza del mercato finanziario sotto il parafulmine della complessità dei suoi prodotti e della rassicurazione che la cd. *deregulation* perseguisse il bene della società.

Dalle considerazioni svolte si ricava che, se guardati dalla prospettiva della singola

---

[59] Assegna un valore centrale agli obblighi informativi l'Avvocato generale, nelle conclusioni a margine della richiamata decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 1 ottobre 2019, causa C-673/17, ove sostiene che "l'informazione chiara e completa implica che un utente sia in grado di stabilire agevolmente le conseguenze di eventuali consensi prestati. A tal fine, l'utente stesso dev'essere in grado di valutare gli effetti delle proprie azioni. Le informazioni fornite devono essere chiaramente comprensibili e non soggette ad ambiguità o interpretazione e devono essere sufficientemente dettagliate, in modo da consentire all'utente di comprendere il funzionamento dei cookie effettivamente impiegati" (punti 114-115 delle Conclusioni).

[60] Nell'elaborazione giuridica cfr. WENDEHORST, *Hitting the Tip of the Iceberg – Challenges of Data Protection and the Data Economy*, in *EUCML*, 2018, 49-50; GOANTA-MULDERS, *Move Fast and Break Things': Unfair Commercial Practices and Consent on Social Media*, ivi, 137 ss.; POLAŃSKI, *Some thoughts on data portability in the aftermath of the Cambridge Analytica scandal*, ivi, 141 ss. Nelle cronache giornalistiche si vedano gli articoli di MCKENZIE, *Facebook's Mark Zuckerberg says sorry in full-page newspaper ads*, CNN, 25 marzo 2018; SOLON, *Facebook says Cambridge Analytica may have gained 37m more users'data*, The Guardian, 4 aprile 2018. Per le trascrizioni dell'intervista al Senato americano del proprietario di Facebook Mark Zuckerberg v. *Transcript of Mark Zuckerberg's Senate hearing,* The Washington Post.

[61] Spunti di riflessione nel volume di FOROOHAR, *Don't be evil: the case against big tech*, London, 2019.



relazione, atomisticamente considerata, tra *provider* e *user,* gli obblighi di informazione relativi a un trattamento di dati personali eseguito mediante strumenti ad alto tasso di complessità tecnologica come i *cookie* di profilazione rischiano di risultare inefficaci o insufficienti al raggiungimento dello scopo della formazione di una volontà effettivamente consapevole dell'interessato. La conclusione potrebbe invece ribaltarsi, qualora si allarghi l'obiettivo sul modo complessivo di operare delle grandi compagnie tecnologiche nell'accesso, condivisione e sfruttamento dei dati personali sul mercato digitale: da questa angolazione, emerge la pressante esigenza che il mercato dei dati personali sia informato ai principi generali di *trasparenza*, specie in punto di *policies* di informazione sulle finalità, sui destinatari e sugli strumenti tecnologici che ne consentono l'elaborazione, e di *correttezza* delle attività di trattamento. Siffatta considerazione "aggregata" degli interessi in gioco deve essere estesa anche alla ricerca di tutele, quanto più possibile *effettive*, poste a presidio della circolazione dei dati personali, tematica alla quale si volgerà da subito l'attenzione.

6. – Quest'ultimo ordine di considerazioni trova la sua scaturigine nella progressiva *attrazione* delle attività di raccolta e circolazione dei dati personali al mercato digitale e al contratto avente ad oggetto la fornitura di contenuti e servizi digitali [62]. S'intesse una trama sempre più fitta di interazioni, e quindi anche di possibili frizioni, tra le regole di circolazione dei dati personali e dei contratti del consumatore, oggi emersa a livello del diritto positivo nell'ambito dei considerando e delle previsioni della menzionata *Digital Content and Service Directive* (dir. UE 2019/770). In altri termini, si è avviato un processo di avvicinamento delle logiche e dei dispositivi di tutela dei dati personali allo *statuto consumeristico*. Le ripercussioni più rilevanti di questa *consumerizzazione* della re-

[62] La prospettiva d'indagine che guarda agli intrecci tra protezione dei dati personali e contratto è di più recente elaborazione, sicuramente stimolata dalla Proposta di Direttiva sui contratti di fornitura di contenuto digitale (e ancora in via di sviluppo. Secondo alcuni autori i rapporti tra tutela dei dati personali e disciplina del contratto non sono agevolmente decifrabili: HERMSTRÜWER, *Contracting Around Privacy – The (Behavioral) Law and Economics of Consent and Big Data*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2017, 9; BEN-SHAHAR-STRAHILEVITZ, *Contracting over Privacy: Introduction,* in *Journal of Legal Studies*, 2016, 6. Per una visione generale sulle questioni sollevate cfr. VERSACI, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, cit., 314 ss.; DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali, tra privacy e contratto*, cit., passim; RESTA-ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete,* cit., 420 ss.; RICCIUTO, *I dati personali come oggetto di operazione economica. La lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., 95 ss.; C. PERLINGERI, *Profili civilistici dei social network*, Napoli, 2014, 88 ss.



golamentazione del trattamento dei personali si avvertono sul piano della integrazione e del rafforzamento delle tutele attivabili dall'interessato/consumatore per il caso di trattamento di dati personali non trasparente, scorretto, "illecito" nel linguaggio del *GDPR,* da parte di un operatore economico [63].

Nel quadro raffigurato, è destinata a giocare un ruolo centrale la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette. Situata, com'è noto, in una terra di frontiera tra la disciplina del mercato e del contratto, con un occhio guarda agli effetti ingenerati sul mercato dai comportamenti degli operatori economici e con l'altro non perde di vista la singola relazione negoziale tra il professionista e il consumatore [64]. Questa disciplina pare, pertanto, idonea a intercettare tutti quei comportamenti concernenti in senso lato il trattamento di dati personali, posti in essere dagli operatori della rete e indistintamente rivolti alla sterminata platea di utenti della rete, che si collochino a stretto ridosso della promozione o dell'esercizio *online* di un'attività professionale. L'ampia portata della nozione di pratica commerciale – concepita come ogni azione o omissione che abbia riguardo alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto o servizio ai consumatori posta in essere da un professionista "prima, durante o dopo un'operazione commerciale" [65] – è capace di ricomprendere dalle *policies* di informazione sull'impiego dei *cookie* al *design* delle modalità di manifestazione del consenso; dalle attività di tracciamento ed elaborazione delle informazioni ai comportamenti successivi al trattamento, di conservazione ed eliminazione dei dati raccolti.

Com'è noto, nella norma di divieto generale delle pratiche commerciali scorrette, il

---

[63] Un'analoga impostazione è seguita da HELBERGER-BORGESIUS-REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection,* cit., 1427. Per un diverso approccio che lega la protezione dei dati personali del consumatore alle categorie proprietarie TJONG TJIN TAI, *Data ownership and consumer protection*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2018, 136 ss.

[64] Per l'applicazione generalizzata della disciplina delle pratiche commerciali sleali ai comportamenti dei professionisti concernenti il trattamento e l'informazione in materia di dati personali si vedano GOANTA-MULDERS, *Move Fast and Break Things': Unfair Commercial Practices and Consent on Social Media*, cit., 140 ss.; nonché DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali, tra privacy e contratto*, cit., 101 ss., il quale si sofferma sull'ipotesi, non a caso meno diffusa in tempi più recenti, dell'autocelebrazione della totale gratuità che i *social network* fanno sui propri siti, con riferimento ad un contratto in realtà da qualificarsi a titolo oneroso in quanto implicante la cessione di dati personali da parte dell'utente e la sua autorizzazione al trattamento: secondo l'A. tale specifico comportamento potrebbe rilevare a mente dell'art. 23, comma 1, lett. v), cod. cons., che qualifica come pratica in ogni caso ingannevole (cd. *black list*) quella consistente nel descrivere come gratuito un certo prodotto per il quale sono, in realtà, previsti costi e oneri in capo al consumatore.

[65] È la nozione di pratica commerciale scorretta che si ricava *ex* artt. 18 e 19 del codice del consumo, di recepimento dell'art. 3 della dir. 2005/29/CE in materia.



test di scorrettezza è volto a verificare se la pratica abbia falsato o sia idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio (art. 20 cod. cons.); nella sua declinazione particolare di divieto di pratica commerciale ingannevole (artt. 21 e 22 cod. cons.), oggetto di scrutinio è la trasmissione da parte del professionista di informazioni inesatte o comunque decettive (azione ingannevole) o la mancata informazione (omissione ingannevole) su elementi rilevanti, capace di indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso. Appare evidente, per la descritta rilevanza primaria assunta dall'accesso e dallo sfruttamento commerciale dei dati personali dei consumatori nel mercato digitale, che un'informazione poco chiara e trasparente o addirittura ingannevole, concernente, ad esempio, le finalità d'uso e i destinatari che avranno accesso alle informazioni personali, così come altre condotte scorrette relative alle attività di trattamento dei dati personali siano idonee a falsare le decisioni di un utente medio di internet, provocando effetti distorsivi del gioco della concorrenza, e possano pertanto integrare una pratica commerciale scorretta (*sub specie* di azione o omissione ingannevole)[66]. Le tutele di carattere amministrativo contemplate dalla disciplina in esame, affidate alle cure dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato, possono meglio assolvere ad una funzione generalizzata di protezione dei dati personali dei consumatori, ingenerando un effetto di deterrenza di condotte che si discostino dalle direttive generali di trasparenza e correttezza e di orientamento degli operatori di mercato verso buone pratiche.

D'altra parte, la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette non ignora anche la possibile dimensione individuale della relazione negoziale che si instauri tra professionista e consumatore, sulla quale interferisca a vario titolo la tenuta di una pratica commerciale scorretta. Il quadro delle tutele civilistiche che possono essere fatte valere dai singoli consumatori ha, di recente, conosciuto significativi mutamenti: la dir. (UE) 2019/2161 del 27 novembre 2019, volta a una migliore applicazione e modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori, ha apportato una serie di modifiche alla dir. 2005/29, *in parte qua* prevedendo che i consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a "rimedi proporzionati ed effettivi", quale in particolare il risarcimento del danno nonché, nell'ipotesi in cui la pratica scorretta abbia immediata refluenza in un rapporto contrattuale, i rimedi della riduzione del prezzo o della risoluzione

[66] Cfr. VAN EIJK-HOOFNAGLE-KANNEKENS, *Unfair Commercial Practices: A Complementary Approach to Privacy Protection*, in *European Data Protection Law Review*, 2017, 325.



del contratto [67]. Si istituisce espressamente un apparato di tutele squisitamente civilistiche destinato ad affiancarsi, una volta recepite nell'ordinamento interno, al menzionato binario della tutela di ordine amministrativo, così colmando una lacuna ampiamente denunciata dalla dottrina nel recepimento della disciplina europea in materia [68].

7. – Scattare una fotografia dell'attuale stadio di evoluzione del diritto europeo in materia di protezione dei dati personali, ancora in movimento magmatico, è compito non agevole e conduce a considerazioni che inevitabilmente scontano un alto tasso di provvisorietà.

In risposta allo sviluppo *data-driven* dell'economia digitale, il legislatore europeo pur di arrivare a una prima regolazione del fenomeno ha assunto una posizione, per così dire, molto *juridically correct*: per un verso, non chiude gli occhi sul dato empirico, invero inconfutabile, dell'esistenza di un florido mercato dei dati personali e sul rilievo assunto dal profilo dell'accesso e della circolazione delle informazioni personali nell'economia digitale veicolato da ritrovati tecnologici come i *cookie* di profilazione; per altro, ribadisce il rango di diritto fondamentale dell'individuo alla protezione dei propri dati personali anche, e soprattutto, allorquando essi siano fatto oggetto di sfruttamento commerciale da parte di un operatore economico [69]. Si è già osservato come prenda vita un'area di *in-*

[67] Lungo questa linea di ragionamento, si staglia la complessa questione – che non è possibile dissodare per i limiti di questo contributo – riguardante le tutele contrattuali invocabili dal consumatore che sia parte di quello schema contrattuale, contemplato dal menzionato art. 3, par. 1, 2° cpv., dir. 2019/770, nel quale "l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico". Si tratta di verificare se la non conformità alle prescrizioni di cui al regolamento (UE) 2016/679 costituisca anche un difetto di conformità del contenuto o servizio digitale oggetto di una prestazione contrattuale rispetto ai requisiti di conformità soggettivi od oggettivi previsti dalla dir. 2019/770; di riflesso, se il consumatore/interessato al trattamento dei propri dati personali deve poter godere del diritto di avvalersi delle tutele tipicamente contrattuali previste dalla direttiva stessa: il diritto di recesso di cui all'art. 13 per il caso di mancata fornitura che, nell'ambito di un contratto che non prevede il pagamento di un corrispettivo pecuniario, si estende anche alle difformità di lieve entità (arg. *ex* 14, par. 6, *DCSD*); il ripristino della conformità secondo le regole dettate dai paragrafi dall'1-3 dell'art. 14; ovvero, in seconda battuta, la risoluzione del contratto. Sul punto v. 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*, cit., 515 ss.

[68] Così per tutti DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2008, 90 ss.; GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori*, in *Obbl. contr*., 2007, 778.

[69] Nella direzione di una critica alla prospettiva personalistica della disciplina dei dati personali e della improrogabile necessità di prendere atto della dimensione patrimoniale assunta dalla circolazione dei medesimi RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf. inform*., 2018, 689.



terferenza, e di potenziale cortocircuito, tra la disciplina del mercato e del contratto digitale e la normativa di protezione dei dati personali [70]. Essa emerge esplicitamente all'art. 3, par. 8, della dir. 2019/770, che fa salva l'applicazione a qualsiasi dato personale "trattato in relazione ai contratti di cui al paragrafo 1" del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, menzionando espressamente il *GDPR* e la direttiva 2002/58/CE, e sancisce la primazia delle regole di tutela dati personali in caso di conflitto con le previsioni della direttiva medesima. Si scorge, dunque, l'emersione di un *Data Consumer Law* [71], in seno al quale sono destinate a coesistere due anime, quella del mercato e quella della tutela dei diritti fondamentali, informate a paradigmi e logiche profondamente diversi, talora collidenti: spetterà al delicato lavorio degli interpreti porre le condizioni che rendano possibile e fruttuosa questa convivenza "forzata".

In quest'ottica, per un verso, si è provato a fare emergere un concetto *qualificato* di consenso al trattamento di dati personali che funga da presidio effettivo di tutela preventiva del diritto fondamentale della persona interessata. Suffragata dall'elaborazione della Corte di Giustizia dell'UE, si è "calata" l'esegesi e la concreta applicazione dei requisiti dell'inequivocabilità, della specificità, della liberta e dell'informazione del consenso, previsti dal Regolamento generale sulla protezione dei dati personali, nella concreta dimensione della rete, talora con esiti discordi rispetto a consolidati principi della teoria generale dell'atto di autonomia privata. Per altro verso, si è osservato come tracciamento, raccolta e circolazione dei dati personali siano fenomeni sempre più integrati nella promozione e nell'esercizio di attività economiche specie sul mercato digitale, fino a formarne in molti casi il *core business.* Si è, di riflesso, colta la tendenza, sul piano sistematico, alla consumerizzazione delle regole di protezione dei dati personali e avanzata l'idea di una *contaminazione* con la normativa in materia di pratiche commerciale scorrette, fruttuosa sul piano dell'*effettività* dell'integrazione con i rimedi tipicamente consumeristici per il caso di violazione delle prescrizioni generali in tema di informazione e trattamento dei dati personali da parte di un operatore economico sul mercato digitale.

Più in generale, lo sforzo del civilista sembra dover muovere dalla presa di consape-

---

[70] Lo sottolinea 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*, cit., 505, secondo la quale "i termini di combinazione della normativa contrattuale con quella sui dati non sono ancora del tutto chiari, laddove si tratti di definire non soltanto la procedura di perfezionamento del contratto con riguardo alla eventuale raccolta di dati personali del consumatore".

[71] Così HELBERGER-BORGESIUS-REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, cit., 1461.



volezza che, di là delle etichette impiegate – capitalismo cognitivo, biocapitalismo [72], capitalismo della sorveglianza [73], che colgono diverse sfumature di una medesima tendenza – si è in un tempo di passaggio "dall'avere una economia di mercato all'essere una società di mercato" [74]. Oggi il mercato si erige sullo sfruttamento sistematico della personalità, dell'identità, delle azioni individuali, colti sino agli aspetti più elementari e quotidiani della vita della persona, presa in considerazione quale mero *user*. Così se i dati personali sono la materia prima, il valore aggiunto è di tipo "comportamentale" [75]: ovverosia dalle informazioni e dalle azioni individuali (le ricerche compiute, i siti visitati, le pagine seguite, i video guardati, i *like* espressi, i post pubblicati *etc.*), gli operatori economici digitali sono in grado – grazie alla capacità tecnologica di profilazione e alla dimensione di massa dei dati raccolti – di predire i *comportamenti* futuri degli utenti e, in certi casi, di indirizzarli e influenzarli. Affinché la regolazione normativa sia latrice di un progresso tecnologico ed economico orientato al benessere sociale, nel percorso di costruzione di questo "diritto del mercato dei dati personali" dovrebbe affiancarsi al concetto, statico e in qualche modo ancora grezzo, di dati personali quello di *comportamenti personali*: sono questi ultimi, infatti, il "prodotto finito" del processo economico di reificazione e mercificazione per mezzo del quale il mercato digitale si alimenta. In siffatto contesto, la protezione dei dati personali non domanda più tanto la salvaguardia della riservatezza della sfera personale dell'individuo, bensì esige la garanzia del controllo da parte della persona interessata e dell'ordinamento che si rafforza nel momento in cui le informazioni personali circolano e si trasformano nella previsione e nell'orientamento dei suoi comportamenti futuri, economici e non.

---

[72] CODELUPPI, *Il biocapitalismo*, Torino, 2008.

[73] ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019.

[74] È l'espressione usata dal filosofo SANDEL, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, Milano, 2015.

[75] Lo definisce "surplus comportamentale" ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, passim e spec. 12.

JUS CIVILE



ANNA ANITA MOLLO

Dottore di ricerca – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

IL DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI QUALE LIMITE ALLA SUCCESSIONE *MORTIS CAUSA* NEL PATRIMONIO DIGITALE

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. Comparazione diacronica. – 3. I contratti tra ISP ed utente dopo la giurisprudenza della Corta di Giustizia dell'Unione Europea. – 4. Il diritto alla protezione dei dati personali trova tutela anche dopo la morte dell'utente? – 4.1. L'eredità digitale nella sentenza della Corte Federale di Giustizia tedesca. – 5. Il diritto alla protezione dei dati personali garantisce e non esclude la successione nel patrimonio digitale. – 6. Consapevolezza ed effettivo interesse dell'utente alla protezione dei propri dati personali. Alcuni spunti dagli studi basati sull'approccio interdisciplinare tra diritto e interazione uomo/macchina. – 7. Conclusioni.*

1. – La disciplina della successione a causa di morte è da sempre una materia non abituata a vivere di rivoluzioni normative continue ma che, al contrario, resta immutata nonostante l'evoluzione storica e tecnologica che caratterizza la società.

Nell'intento di provare a valutare in che modo il nostro diritto delle successioni sia o meno in grado di fornire risposte adeguate alle nuove situazioni giuridiche che nascono dallo sviluppo delle nuove tecnologie, appare utile muovere da alcuni interrogativi: la morte fisica di un soggetto ha conseguenze giuridicamente rilevanti anche nel mondo virtuale [1]? Il patrimonio di un soggetto può comporsi anche di beni digitali suscettibili di cadere in successione *mortis causa*?

Se con l'utilizzo delle nuove tecnologie tutto si smaterializza, ciò non implica che i nuovi "beni digitali" [2], per quanto immateriali, non abbiano un rilevante valore economi-

[1] G. RESTA, *La morte digitale*, in *Dir. inf.*, 2014, 894, il quale rileva che «secondo alcune stime circa 10.000 titolari di account Facebook muoiono ogni giorno; 312.000 ogni mese; il 5% degli account esistenti attengono a "zombie" digitali».

[2] Si pensi ai beni sui quali insistono diritti di proprietà intellettuale (un software o un sito web, un blog,),



co. Occorre al riguardo fare subito una precisazione: senza voler analizzare la natura giuridica dei singoli beni che possono rientrare nella categoria in questione, non essendo questo l'oggetto principale dell'analisi che si va a compiere, si consideri in linea più generale che in relazione ai beni che nascono dall'utilizzo delle nuove tecnologie, dalle rete internet in particolare, non è sempre immediata la distinzione tra il carattere patrimoniale e non patrimoniale del medesimi [3]; ciò in quanto anche beni che, astrattamente considerati, possono ad una prima classificazione rientrare tra quelli aventi natura prevalentemente personale, afferenti alla sfera dei rapporti affettivi e familiari, se valutati nel contesto della rete Internet rilevano giuridicamente anche in funzione dello loro sfruttamento economico; ed ecco allora che il profilo patrimoniale si coglie non tanto nella natura in sé del bene oggetto di analisi ma alla luce del suo valore di mercato rispetto a quel fenomeno tanto diffuso quale vendita dei dati, fonte di rilevanti guadagni per gli operatori economici del mondo digitale [4].

La categoria di beni immateriali (*rectius* digitali) quale appena descritta, nella sua vastità e complessità, va a formare il c.d. "patrimonio digitale" [5] dell'utente, il cui regime di di-

---

ai video e alle fotografie rientranti nel disposto dell'art. 1 della legge 22 aprile 1941, n. 633, ai progetti architettonici, manoscritti, traduzioni, raccolte, disegni, spesso conservati attraverso sistemi di *cloud computing;* gli e-books, un *account* per il commercio elettronico, che può contenere somme significative di denaro e che consente di svolgere attività che valgono migliaia di euro l'anno; ma anche agli *account social* o di posta elettronica, comunicazioni *chat*, le più moderne criptovalute.

[3] Preso atto che nella realtà digitale lo stesso bene può accogliere sia contenuti patrimoniali che non patrimoniali, come nel caso dell'*account* di posta elettronica, meglio sarebbe non riferirsi a schemi concettuali troppo rigorosi ma attenersi a soluzioni più flessibili. Così G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, in *Studi in tema di internet ecosystem*, a cura di A. Mantelero-D. Poletti, 2018, 402; G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2019, 88.

[4] G. MARINO, *La successione digitale*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2018, 176 ss.

[5] La prima ad utilizzare l'espressione patrimonio digitale è stata M. CINQUE, *La successione nel "patrimonio digitale": prime considerazioni*, in *Nuova giur. comm*., 2012, 645 ss., la quale ha tradotto quella di «*digital assets*» utilizzata nel dibattito americano, dove si distingue principalmente tra un patrimonio digitale *online* e patrimonio digitale *offline*. Nel primo caso si fa riferimento a quei beni digitali che si trovano sparsi nella rete, in un *account on line* o in sistemi di archiviazione come il *cloud*; nel secondo caso, invece, si tiene conto dei beni digitali conservati su supporti fisici come *computer*, *tablet*, USB. In particolare, N. CHAN, *Postmortem Life On-Line*, in *Probate&Property* 25, 2011, 35 ss., individua quattro sotto-categorie in cui suddividere il patrimonio digitale: *Personal Assets*, ovvero tutti i dati generati dall'utente per uso personale contenuti in supporti, sia fisici (pc, *tablet, smatphone*) che immateriali (rete, servizio di *remote storaging*, spazio di *hosting*). Rientrano in tale categoria foto, video, *e-mail*, file di testo, spesso protetti da *password*. *Social Media Assets*, dati generati dall'utilizzo di *social network* o messaggistica istantanea. *Financial assets*, costituiti dagli *account* forniti dalle banche e dagli operatori finanziari per effettuare operazioni *online*; *wallet online* e i servizi di pagamento. *Business account,* creati dall'utente per compiere transazioni commerciali *online*. Sempre nella dottrina americana, S.D. HAWORTH, *LayingYour Online Self to Reset: Evaluating the Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act*, in *68 U. Miami L. Rev*, 2014, 537-



sponibilità e trasmissibilità a causa di morte solo di recente è oggetto di analisi giuridica.

Al riguardo vi è, i*n primis*, la necessità di riuscire ad identificare esattamente l'utente che opera in rete, nella quale questi sviluppa la sua identità digitale [6]; successivamente, il campo di indagine si specifica in vari profili, attinenti all'oggetto della trasmissione a causa di morte del patrimonio digitale, ai soggetti a favore dei quali tale fenomeno si verifica, nonché alle specifiche regole che lo disciplinano, ciò al fine di comprendere quali siano i risvolti pratici e giuridicamente rilevanti che l'evento morte di un soggetto determina rispetto ai suoi "*digital assets*".

Si può preliminarmente affermare che, ad una prima analisi, gli aspetti maggiormente problematici appaiono essere sostanzialmente due: da un lato, numerosi sono i rischi connessi alla successione del patrimonio digitale derivanti dall'utilizzo di *password*, credenziali o altri codici che, se non conosciuti dagli eredi dell'utente defunto, possono limitare l'accesso a determinate risorse informatiche oggetto di successione a causa di morte [7]; dall'altro, non sempre risulta agevole riuscire ad identificare l'esatto regime di disponibilità in funzione successoria del complesso di beni appartenenti al mondo virtuale da parte del suo titolare avvalendosi degli strumenti giuridici tradizionali che il nostro ordinamento predispone.

538, fa rientrare nella nozione di patrimonio digitale non solo i dati creati dal loro proprietario ma anche quelli creati dai terzi, anche in modo inconsapevole, dei quali l'interessato potrebbe non avere conoscenza. Più in particolare, secondo tale ricostruzione, è possibile individuare quattro categorie di beni rientranti del patrimonio digitale: *Access* information, contenente tutte le credenziali di accesso ad un *account* come *password* o altre credenziali di accesso; Tangible *Digital Assets*, corrispondenti ai *personal assets* nella ricostruzione fornita da Chan; *Intangible Digital Assets* in cui rientrano i profili sui *social network*, i *post* e i *like* su *Facebook*; *Metadata*, ovvero informazioni in relazione ad altri dati, come la cronologia dei siti visitati e tutte le altre informazioni di cui si lasciano tracce durante la navigazione in *internet*.

[6] L'identità digitale non pare essere un concetto giuridico nuovo ma, al contrario, assimilabile a quello di identità personale, intesa quest'ultima come il risultato di un'attività di accertamento che serve ad identificare un soggetto e a distinguerlo dagli altri consociati. Tuttavia, ciò che qualifica l'identità digitale è il mezzo attraverso il quale l'identità stessa si manifesta, ovvero lo strumento informatico; ciò fa sì che in rete l'identità si moltiplica, diventa "nomade". Così S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, 2004, 143. L'identità digitale, dunque, non è più unica per ciascun soggetto, il quale rischia di avere per sempre una o più identità digitali, laddove non provveda a chiederne la cancellazione. M. MATTIONI, *Profili civilistici dell'identità digitale tra tutela e* accertamento, in AA.VV. *Identità ed eredità digitali, stato dell'arte e possibili soluzioni, 2016.* G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione,* in *Contr. e impr.,* 2017. Da ultimo C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale.,* in *Dir. inf.,* 2018, 70; I. SASSO, *Privacy post-mortem e "successione digitale"*, in *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di E. Tosi, Milano, 2019, 557; I. SASSO, *La tutela dei dati personali "digitali" dopo la morte dell'interessato (alla luce del Regolamento UE 679/2017)*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 183.

[7] Sulla natura giuridica delle credenziali da ultimo U. BECHINI, *Il notaio digitale. Dalla firma alla blockchain*, 2019, 27; V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, 2018, 292.



Tali considerazioni si inseriscono in un pericoloso vuoto normativo dove il legislatore, a parte qualche isolata eccezione [8], non disciplinando il rapporto tra il diritto succes-

[8] La prima risposta legislativa ai temi che in questa sede si stanno esaminando è arrivata dagli Stati Uniti, dove diversi Stati, già dal 2005, hanno introdotto norme per cercare di dare una compiuta disciplina alle problematiche dell'accesso ai beni digitali da parte degli eredi defunti. L'elemento comune a tali interventi è la centralità della figura dell'*executor* o *fiduciary* ricollegabile al nostro esecutore testamentario, ma anche al mandatario o al tutore. Nei Paesi di *Common Law*, infatti, l'eredità non è devoluta direttamente agli eredi ma è considerata come un soggetto giuridico per il quale deve agire un *executor* designato dal testatore oppure un *administrator* indicato dal Tribunale. Il primo Stato a intervenire è stato il Connecticut, dopo due anni, nel 2007, ad intervenire sono i legislatori del Rhode Island e dell'Indiana. Una maggiore apertura si ha nel 2010 e nel 2011 quando, rispettivamente, l'Oklahoma e l'Idaho, estendendo i diritti dal contenuto all'*account* stesso, conferiscono al fiduciario il potere di continuare o di cancellare qualsiasi *account* di social network o di posta elettronica. Nel 2013 è la volta dello Stato del Nevada che amplia i poteri del fiduciario che ha in questo caso anche la possibilità di richiedere la chiusura dell'*account* del defunto, salva una diversa volontà di quest'ultimo oppure di un diverso ordine di un tribunale competente. La Louisiana, nel 2014, modificando l'art. 3191 del codice di procedura civile, stabilisce che il fiduciario ha il potere e l'autorità per gestire qualsiasi *account* del defunto, a meno che, anche in questo caso, non ci sia una diversa volontà del defunto espressa in un testamento oppure un diverso ordine di una Corte. Le criticità di questi primi interventi del legislatore americano sono da riscontrare nella parzialità delle soluzioni offerte, in quanto riguardano soltanto una parte limitata del patrimonio digitale, ovvero le *e-mail* e i *blog*, nonché nella mancanza di uniformità della disciplina. Per quanto concerne il territorio europeo, invece, sia la Francia ("Loi 7-10-2016, n. 2016-1321 pour une République numérique, consultabile su https://www.republique-numerique.fr/.) che, da ultimo, la Spagna sono intervenute. La legge francese, in particolare, consente al titolare del patrimonio digitale di esprime in relazione a quest'ultimo la sua volontà per il tempo successivo alla morte e di conservare tali disposizioni presso un pubblico registro. L'utente potrà anche nominare un fiduciario che dovrà dare attuazione alle disposizioni registrate che possono essere modificate in qualsiasi momento. La parte più rilevante di tale testo normativo riguarda la parte in cui consente in ogni caso agli eredi, anche laddove non sia stato nominato un testamento oppure manchino del tutto le direttive del *de cuius*, di rivolgersi ai *provider* per ottenere le informazioni necessarie per gestire il patrimonio del defunto. A completare il totale cambio di prospettiva, in cui le limitazioni maggiori sono poste a carico dei *provider* e non degli eredi dell'utente defunto, vi è l'espressa previsione che laddove le condizioni generali di contratto prevedano clausole contrarie a quanto stabilito dalla legge in merito alla successione del patrimonio digitale, queste devono considerarsi come non apposte. Per quanto riguarda la Spagna è stata dapprima adottata una legge da parte della regione della Catalogna (Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña, reperibile su https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-8525) poi dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale spagnola; successivamente è stata adottata anche una legge generale (Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD) la cosa ha cambiado – Legge organica sulla protezione dei dati personali e garanzia dei diritti digitali –reperibile su http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-13-4.PDF). Le principali differenze tra la legge francese e quelle spagnole rispetto alle varie discipline adottate negli Stati Uniti è che in quest'ultimo caso il ruolo e l'influenza che i *providers* esercitano anche rispetto al legislatore è molto forte. Evidentemente, a differenziare notevolmente il quadro normativo in relazione al medesimo problema dell'eredità digitale hanno inciso due elementi: da un lato, il maggior sviluppo della disciplina della tutela del consumatore in Europa rispetto a quanto non sia avvenuto negli Stati Uniti; dall'altro il diverso modo di disciplinare il diritto delle successioni nel vecchio e nel nuovo continente. Negli Stati Uniti, infatti, nessuna tutela è assegnata alla categoria che, nel nostro ordinamento giuridico, assume il nome di "legittimari", ovvero dei più stretti con-



sorio e le nuove tecnologie, ha lasciato ampio spazio alla contrattualistica privata e alla possibilità che gli Internet Service Provider potessero, in vario modo, escludere o limitare la successione nel patrimonio digitale attraverso schemi negoziali unilateralmente predisposti, ciò anche per una presunta preminente esigenza di tutela del diritto alla protezione dei dati personali rispetto agli interessi dei successibili dell'utente defunto.

Su tale ultimo aspetto sarà concentrata l'attenzione nel presente lavoro.

2. – Prima ancora di affrontare le questioni più dibattute e di difficile soluzione in merito al particolare rapporto tra la tutela della privacy e la successione nel patrimonio digitale, sia consentita una preliminare considerazione in merito alla categoria dei beni digitali a cui prima si è accennato. Ciò al fine di valutare, come presupposto logico e giuridico delle considerazioni che si andranno in seguito a svolgere, se la categoria dei beni digitali ma, più nello specifico, la loro astratta trasmissibilità a causa di morte, possa trovare conferma anche grazie ad una breve comparazione diacronica con il diritto romano.

Volendo provare a fare una comparazione diacronica relativa all'oggetto della successione a casa di morte, appare agevole notare come l'*hereditas* nel diritto romano costituiva un complesso di beni (*corpora*) e di diritti (*iura*) che si sostanziava in un'entità giuridica autonoma ed individuale, distinta dai singoli elementi che la componevano. Erano, pertanto, oggetto di successione a causa di morte tutti gli oggetti giuridici, sia le *res corporales*, ovvero appartenenti al mondo della realtà sensibile come corpi visibili e che occupano uno spazio [9], sia le *res incorporales* [10], ovvero *res* che si possono cogliere solamente con l'intelletto e appartenenti soltanto al mondo delle rappresentazioni menta-

giunti del *de cuius*, e la forma ordinaria di testamento è la redazione per iscritto alla presenza di due testimoni. In Francia, al contrario, la successione è disciplinata secondo un sistema molto simile a quello italiano, in cui si riconosce la categoria dei legittimari, in cui sono previste forme testamentarie assimilabili a quelle previste nel nostro ordinamento e in cui è stato, altresì, introdotto il divieto dei patti successori nonché la figura dell'esecutore testamentario. La prevalenza data, dunque, negli ordinamenti europei alla necessità che il patrimonio di un soggetto trovi una adeguata sistemazione dal punto di vista giuridico anche dopo la sua morte, che sia assicurata una certa preferenza nell'attribuzione del medesimo alla famiglia del *de cuius* e che le sue ultime volontà espresse per il tramite del negozio testamentario siano considerate prevalenti rispetto a qualsiasi altra convenzione stipulata *inter vivos*, hanno condotto il legislatore francese ad adottare una prospettiva che tutelasse maggiormente gli interessi personali e patrimoniale del defunto, piuttosto che quelli economici dei grandi fornitori di servizi *Internet*.

[9] "*Res quae sunt, quae tangi possunt*" (che esistono di fronte a noi e possono essere toccate).

[10] D. 5.3.50 pr "*hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habùerit*" (dal punto di vista giuridico, sussiste un'eredità anche se essa non comprende alcuna cosa corporale).



li e quindi incorporee [11]: e così già nel Digesto si poteva leggere che dal punto di vista giuridico sussiste un'eredità anche se essa non comprende alcuna cosa corporale [12].

Viene allora da domandarsi: esiste differenza tra le *res incorporales* del diritto romano ed i beni digitali, ovvero i nuovi beni immateriali che nascono dall'utilizzo delle nuove tecnologie?

In altre parole, se nell'economia contemporanea, caratterizzata dall'utilizzo delle nuove tecnologie, si creano nuove forme di disponibilità e di appartenenza di beni che restano apparentemente estranee agli schemi tradizionali da sempre conosciuti dal nostro ordinamento giuridico, occorre chiedersi se i beni digitali siano o meno riconducibili alle categorie giuridiche tradizionali e, più precisamente, al disposto dell'art. 810 c.c.

La dottrina maggioritaria interpreta tale disposizione come riferibile a «qualsiasi entità materiale o immateriale, giuridicamente rilevante» [13] ovvero idonea a soddisfare interessi valutati dall'ordinamento meritevoli di tutela [14].

Ebbene, anche alla luce del dato storico sopra esaminato, sembra possibile affermare che la nozione "bene digitale" identifichi tutte quelle "cose" riconducibili alla definizione di cui dall'art. 810 c.c., così come interpretata dalla dottrina di cui si è detto, ma con una peculiarità in più: si tratta, infatti, di beni che si collocano nella realtà virtuale, sono c.d. *virtual goods* ovvero beni non fisici. Più precisamente, si tratta di beni rientranti nella categoria dei beni immateriali [15] che ricomprende non solo invenzioni, opere dell'ingegno, marchi brevetti, diritti di credito, azioni, quote sociali, obbligazioni, c.d. *new properties* e *know how* ma anche tutte le «entità emergenti dall'evoluzione della scienza, della tecnica e della tecnologia informatica e telematica» [16].

---

[11] Grazie a spunti provenienti dall'arte grammaticale e dalla filosofia (dal pensiero di Dioniso Trace, tra il I e II sec. a.C. e di Arcadio Carisio del IV sec d.C.) la giurisprudenza iniziò a considerare anche le *res* "*que intelleguntur*", "*quae certi amen animo possunt*" (che si possono cogliere soltanto con l'intelletto). Così definiva i beni immateriali F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 2012. "sono beni veramente nuovi, prodotti dallo spirito umano, importanti più di tutti gli altri, perché da essi principalmente dipende il progresso dell'umanità".

[12] Digesto (D. 5.3.50pr) "*hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet.*

[13] B. BIONDI, *I beni*, in *Tratt. Vassalli*, IV, I, Torino, 1956; C.M. BIANCA, *Diritto civile, VI, La proprietà*, Milano, 1994.

[14] C.M. BIANCA, *Diritto civile, VI, La proprietà*, cit.; F. BOCCHINI-E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2011.

[15] D. MESSINETTI, *Beni immateriali (diritto privato)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1988; G. PUGLIESE, *Dalle* res incorporales *del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, 1137.

[16] L. GATT, *Dei beni in generale. Commento agli artt. 810-812 c.c.*, in *Comm. Bianca C. M.*, 2014, 5 ss.



Da tale preliminare considerazione ne deriva, come diretta conseguenza, che i beni digitali possano rientrare a pieno titolo nel patrimonio in senso tecnico di un soggetto, patrimonio che si declina, in questo caso, in una sua componente digitale, ma che rimane unitario e assoggettato alla medesima disciplina prevista per il caso in cui si componga di beni non appartenenti alla realtà virtuale.

Non si tratta di definire una categoria giuridica nuova, dunque, quanto piuttosto di interpretare ed applicare concetti tradizionali, ampliati inevitabilmente in conseguenza dell'avvento dell'era digitale, che ha fatto emergere nuovi beni e nuovi diritti.

Tale considerazione sembra trovare supporto proprio dalla comparazione con il diritto romano; tutto ciò che in tale ordinamento poteva costituire oggetto di diritto e, dunque, anche la categoria delle *res incorporales,* doveva avere i seguenti requisiti: utilizzabilità e disponibilità o commerciabilità per i privati. Ebbene, se non pare sia contestabile che i nuovi beni digitali siano sicuramente utilizzabili dall'utente che accede a determinati servizi informatici, meno pacifico sembra essere il requisito della disponibilità e, ancor di più, quello della commerciabilità.

Tali dubbi, tuttavia, non nascono da una diversa qualificazione dei beni digitali rispetto alla categoria dei beni immateriali (*res incorporale*s) che ci deriva dal diritto romano.

I limiti alla disponibilità in funzione successoria dei nuovi *digital assets* derivano, piuttosto, da clausole contrattuali a tal fine predisposte della cui validità si va discorrendo.

3. – Il tema dell'eredità digitale, laddove intesa come il complesso di dati [17] e di informazioni che non sono conservati dal defunto su supporti nella sua diretta disponibilità, bensì sul *web*, su siti specializzati o comunque su *server* controllati da soggetti terzi, si focalizza inevitabilmente sui contratti stipulati tra l'utente e gli *Internet service provider* (ISP).

Tali schemi negoziali sono di assoluta rilevanza in quanto, nel vuoto normativo che caratterizza il fenomeno successorio in relazione al patrimonio digitale [18], rappresentano

---

[17] C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale,* cit., 75.

[18] Tale vuoto normativo è tipico di molte delle situazioni giuridiche nascenti dall'utilizzo delle nuove tecnologie. Così E.T. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione nell'età moderna*, in *Annuario dir. comp.* 2017, III, 298 ss., «*Per quanto riguarda il valore e la forza della legge negli stati contemporanei, questa risulta significativamente indebolita dall'incapacità di regolare la complessità del reale e le continue trasformazioni dei processi sociali e tecnologici. E quindi in buona parte sostituita da altri modi di normare, dalla* soft law *al diritto dei privati*» e ancora «*… il baricentro della produzione giuridica si sta spostando sui regimi privati, ovvero su accordi stipulati da attori globali, su regolamenti commerciali delle imprese*



la principale fonte di regolamentazione della sorte del complesso di beni riferibili ad un determinato profilo o *account* al momento della morte dell'utente [19].

Più in particolare, tali contratti sono rilevanti in funzione successoria in quanto spesso contengono clausole che prevedono la distruzione dell'*account* e di tutto il materiale in esso contenuto alla morte dell'utente, che quest'ultimo spesso neppure conosce per la rapidità e scarsa attenzione con la quale legge le condizioni generali di contratto al momento della creazione dell'*account* [20].

Tali clausole sembrano essere in evidente contrasto con il principio cardine del nostro ordinamento giuridico che stabilisce l'unità e universalità della successione [21], tale per cui il successibile del *de cuius* subentra nella totalità delle situazioni giuridiche a lui facenti capo al momento della morte, ivi comprese naturalmente le posizioni contrattuali.

Partendo da tale considerazione, occorre allora ricercare nel sistema le norme in applicazione delle quali appare possibile affermare l'invalidità delle clausole che limitano il subingresso a causa di morte nella posizione contrattuale che faceva capo all'utente.

---

multinazionali, su normative interne alle organizzazioni internazionali, su sistemi di negoziati interorganizzativi e su processi mondiali di standardizzazione »; ID, *Internet e democrazia*, in *Dir. inform*., 2017, IV-V, 657 ss; ID, *No news is fake news*, in *Dir. pubbl. comp. eur*, 2017, IV, 5 ss.

[19] Occorre precisare al riguardo che vi è una sostanziale differenza tra l'*account* inteso come rapporto contrattuale tra l'utente e il fornitore di servizi Internet ed il diritto soggettivo sui contenuti digitali contenuti e conservati nell'*account* medesimo. G. MARINO, *La successione digitale*, cit., 177. Per una più ampia definizione del termine *account* P. SERENA, *Eredità digitale*, in AA.VV. *Identità ed eredità digitali, stato dell'arte e possibili soluzioni*, 2016, 117; V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, 285.

[20] È questo il caso, ad esempio, del noto motore di ricerca Yahoo! che stabilisce espressamente che nel caso in cui riceva un certificato di morte, l'*account* relativo potrà essere cancellato definitivamente così come tutto il suo contenuto Art. 25 numero 9 delle Condizioni generali per l'utilizzo del servizio accessibili al seguente link: http://policies.yahoo.com/ie/it/yahoo/terms/utos/index.htm «Non trasferibilità dell'account. L'account Yahoo dell'Utente non è trasferibile e qualsiasi diritto relativo all'ID Yahoo dell'Utente o ai contenuti del'Utente all'interno dell'account verrà meno un seguito al decesso dell'Utente. Qualora Yahoo riceva copia di un certificato di morte, l'account relativo potrà essere cancellato e tutto il suo contenuto potrà essere eliminato definitivamente». Così come Yahoo! anche Apple prevede all'art. IV delle Condizioni di Servizio I-cloud (reperibili sul sito web: http://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/it/terms.html) «D. Nessun diritto di successione. Se non diversamente previsto dalla legge, accettate che il Vostro Account non è trasferibile e che qualsiasi diritto verso il Vostro Apple ID o Contenuto nell'Account si estingue con la Vostra morte. Su ricezione di una copia del certificato di morte l'Account potrà essere cancellato e tutti i Contenuti dell'Account eliminati. Vi preghiamo di contattare l'Assistenza iCloud all'indirizzo www.apple.com/support/icloud/ per ulteriore assistenza»). Allo stesso modo anche Twitter (https://support.twitter.com/articles/477173) e LinkedIn, escludono qualsiasi diritto di successione in capo agli eredi dell'utente in relazione al suo ID ed al contenuto del suo *account*.

[21] A. CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, 1961, 71 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale,* in *Comm. Scialoja e Branca*, 1997, 27 ss.



Il primo dato normativo a poter essere presso in considerazione al riguardo è la nostra disciplina a tutela del consumatore [22].

Laddove l'utente che stipuli il contratto con un fornitore di servizi sia anche un "consumatore" secondo la definizione dell'art. 3 del d.lgs. n. 206/2005, risulterà applicabile al contratto l'art. 33 del Codice del consumo, con conseguente giudizio di nullità delle clausole che limitano la successione nel patrimonio digitale per la loro vessatorietà, in ragione del determinato squilibrio contrattuale a discapito dell'utente che non potrà validamente disporre in funzione successoria dei beni nascenti da quella pattuizione.

Le medesime considerazioni valgono anche per le clausole dei contratti predisposti dagli ISP relative alla legge applicabile e alla giurisdizione competente. Quanto al primo profilo, appare utile fare riferimento all'art. 143 del Codice del consumo che stabilisce che al consumatore devono comunque essere garantite le condizioni minime di tutela previste dal codice nel caso in cui le parti abbiano scelto di applicare al contratto una legislazione diversa da quella italiana; ogni previsione contraria è nulla [23]. Quanto alle clausole sulla scelta del foro competente, invece, a poter essere preso in considerazione non è solo il Codice del Consumo, in particolare la lett. u) del secondo comma dell'art. 33 d.lgs. n. 206/2005 [24], ma anche l'art. 17, par. 2 del Regolamento (UE) n. 1215/2012 [25], nonché il combinato disposto degli artt. 18 e 19 [26]. In applicazione di tali norme, una clausola contrattuale che ritenesse dotato di giurisdizione non un giudice italiano ma un giudice straniero, quello del luogo in cui ha la sede principale e non la succursale o una sede secondaria il *provider,* dovrebbe considerasi nulla ai sensi dell'art. 36, d.lgs. n. 206/2005 [27].

---

[22] S. DEPLANO, *La successione a causa di morte nel patrimonio digitale*, in *Internet e Diritto Civile* a cura di Perlingeri e Ruggeri, Napoli, 2015, 437.

[23] In questo caso il riferimento normativo per individuare la legge applicabile è l'art. 6 del Regolamento (CE) n. 593/2008 in materia di obbligazioni contrattuali, il quale stabilisce che il contratto tra professionista e consumatore è disciplinato dalla legge del Paese nel quale quest'ultimo ha la residenza abituale. Se, invece, il contratto individua quale legge applicabile quella in cui il *provider*, e non l'utente, ha la sua sede principale, la relativa clausola non può che considerarsi nulla ai sensi dell'art. 143, d.lgs. n. 206/2005.

[24] Tale disposizione considera vessatorie fino a prova contraria le clausole contrattuali che hanno come fine quello di individuare come foro competente località diverse da quelle in cui ha il domicilio o la residenza il consumatore.

[25] Tale disposizione prevede che la controparte del consumatore debba considerarsi domiciliata nello Stato membro in cui possiede una succursale, un'agenzia o qualsiasi altra sede

[26] Per cui l'azione intrapresa dal consumatore potrà essere proposta o davanti all'autorità giurisdizionale in cui è domiciliata la controparte, oppure nel luogo in cui l'attore ha il domicilio, a meno che le parti non abbiano a ciò derogato per il tramite di una convenzione che, tuttavia, attribuisca la competenza ad un'autorità di uno Stato membro in cui entrambe le parti abbiano il domicilio o la residenza abituale al momento della conclusione del contratto.

[27] Ciò in applicazione dell'insegnamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in merito all'abusività della clausola sulla scelta della legge applicabile contenuta nelle condizioni generali di contratto di



Nelle ipotesi in cui, al contrario, l'utente sia un professionista che richiede l'accesso a determinati servizi *internet* per scopi attinenti alla sua attività e non possa, pertanto, qualificarsi come "consumatore", la tutela dei suoi diritti successori potrebbe essere garantita facendo espresso richiamo non al complesso di norme che si è appena illustrato, bensì all'art. 1341 c.c., che stabilisce l'inefficacia delle clausole sul foro o sulla scelta della legge applicabile se non sottoscritte dall'aderente.

Vi è un altro dato normativo di fondamentale importanza. Si tratta del nuovo Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo [28].

Il legislatore europeo ha in tal modo innovato un aspetto particolare delle successioni trasfrontaliere, modificando il criterio di collegamento ai fini della individuazione della legge applicabile alle successioni che si sono aperte dopo il 17 agosto 2015. Ai sensi dell'art. 21, infatti, la legge applicabile all'intera successione per causa di morte è quella dello Stato nel quale il defunto aveva la sua "residenza abituale" al momento della morte [29].

Amazon. Nella Sentenza Amazon del 28 luglio 2016, C-191/15, infatti, viene espressamente affermato che tale clausola è abusiva ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, della Direttiva 93/13/CEE, in quanto induce in errore il consumatore facendogli credere che al contratto si applichi solo la legge dello Stato membro in essa indicata, senza informarlo, al contrario, che si può applicare anche la legge che gli assicura una tutela maggiore e che sarebbe applicabile in assenza di detta clausola, ciò secondo il disposto dell'art. 6, paragrafo 2, del Regolamento Roma I (n. 593/2008).

[28] Il Regolamento costituisce la prima disciplina europea in materia di successioni e ha l'obiettivo di definire le c.d. successioni transfrontaliere, ovvero quelle che presentino elementi di collegamento con più Stati, ciò in quanto le attività necessarie per la trasmissione dell'eredità devono essere svolte in più Stati membri, laddove la cittadinanza e la residenza abituale del *de cuius* non coincidono, oppure i beni sono situati anche in Paesi diversi da quello di appartenenza.

[29] Il precedente articolo 46, l. n. 218/1995 individuava quale legge applicabile quella nazionale del soggetto della cui eredità si tratta al momento della morte; con il nuovo Regolamento, invece, non sarà più rilevante il Paese in cui il defunto aveva la cittadinanza, quanto piuttosto quello in cui era abitualmente residente. La scelta effettuata risponde all'esigenza di trovare una soluzione che consenta in concreto l'applicazione di una legge di un Paese con il quale la successione ha un legame concreto e significativo: si tratta in genere del luogo dove una persona ha fissato il centro dei propri interessi, personali e patrimoniali, dove vivono le persone più vicine che possono essere interessate alla successione e dove si trova la maggior parte dei beni. Il nuovo Regolamento ha determinato, dunque, modifiche sostanziali alle precedenti leggi di diritto internazionale privato degli Stati membri aderenti, nell'ottica di una maggiore uniformazione del diritto delle successioni, mentre gli Stati Terzi continueranno ad applicare il proprio diritto. A tale ultimo riguardo, tuttavia, occorre subito precisare che pur trattandosi di una fonte europea, il Regolamento risulta applicabile anche al caso di specie posto che l'art. 20 stabilisce che «La legge designata dal presente regolamento si applica anche ove sia quella di uno Stato membro». In altre parole, seppure in base al criterio generale di cui all'art. 21 del Regolamento in questione, la legge applicabile risultasse essere quella di uno Stato terzo,



Applicando tali principi anche alla successione del patrimonio digitale, dunque, affinché sia possibile applicare la normativa nazionale, occorre che il titolare del complesso di beni digitali abbia la sua residenza abituale nel nostro Paese, non rilevando profili secondari quali la conservazione del materiale in rete ed appartenete al *de cuius* in c.d. *data center* situati in Paesi estranei al territorio europeo.

A completare il sistema di disciplina delle successioni transfrontaliere, il nuovo Regolamento europeo n. 650/2012, all'art. 22, consente al soggetto della cui eredità si tratta di scegliere che la sua successione sia regolata dal Paese in cui questi ha la cittadinanza al momento della morte, purché tale scelta sia effettuata in modo espresso a mezzo dichiarazione resa nelle forme di una disposizione a causa di morte o risultante dalle clausole di tale disposizione. Evidentemente, nessuno dei due requisiti appena richiamati si rinviene nella fattispecie qui analizzata: se l'utente è di nazionalità italiana, infatti, non potrebbe optare per una diversa legge che regoli la sua successione e, oltretutto, non potrebbe farlo a mezzo di un contratto *inter vivos*, quale quello stipulato con l'Internet Service Provider al momento in cui si richiede a questi di fornire un determinato servizio in rete.

Nell'intento di perseguire il principio di unità della successione non solo con riferimento alla legge applicabile ma anche con riferimento alla giurisdizione il Regolamento europeo n. 650/2012 all'art. 4 stabilisce che sono competenti a decidere sull'intera successione gli organi giurisdizionali dello Stato Membro in cui il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte. Pertanto, in applicazione di tale principio, la scelta del foro competente contenuta nel contratto stipulato con il *provider* non può comportare che a disciplinare le eventuali controversie con gli eredi dell'utente defunto sia un giudice appartenente ad un ordinamento giuridico diverso da quello che disciplina la successione del patrimonio digitale.

Tutte le argomentazioni appena illustrate sembrano trovare un valido conforto nella nota sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella quale si può leggere che se un determinato motore di ricerca effettua in Europa la sua attività, è pretestuoso affermare l'immunità dalle leggi e dai giudici del singolo Paese in cui opera e dove offre servizi ai singoli utenti [30].

---

in quanto il soggetto della cui eredità si tratta pur essendo cittadino italiano, tuttavia, ha la sua residenza abituale negli Stati Uniti ad esempio, è la legge dello Stato americano in cui risiede che regolerà la sua successione.

[30] Si tratta della nota sentenza "Google Spain" del 13 maggio 2014 causa C-131/12, con la quale la Corte non si esprime direttamente sul tema dell'eredità digitale ma sancisce alcuni fondamentali principi di diritto che assumono particolare rilevanza anche nella prospettiva successoria del patrimonio digitale qui esaminata. Più precisamente, sono tre i principi di diritto affermati nella decisione "Google Spain". In pri-



Anche sulla scia di tale decisione, evidentemente, non solo Google, che era parte di quel giudizio, ma anche altri colossi, come *Apple* [31] e la più importante piattaforma social quale *Facebook*, solo di recente hanno modificato in parte le proprie condizioni generali prevedendo che, laddove l'utente sia residente in uno dei Paesi membri dell'Unione Europea, la legge applicabile ed il foro competente saranno quelli del suo luogo di residenza abituale.

Un'eccezione sicuramente rilevante quest'ultima, allo stato riservata esclusivamente al territorio europeo.

Ma da un punto di vista strettamente successorio cosa è cambiato?

Non molto si potrebbe dire, posto che le clausole sulla intrasmissibilità dell'*account* non sono state ancora eliminate ed hanno già dato luogo ad accese questioni giudiziarie. [32]

Allo stesso modo, chi ha mostrato di interessarsi alla sorte degli *account* dopo la morte dell'utente, non pare che sia intervenuto per tutelare gli eventuali diritti degli eredi dell'utente defunto, piuttosto che il diritto di quest'ultimo di poterne liberamente disporne come qualsiasi altro bene appartenente al suo patrimonio.

---

mo luogo, la sentenza afferma che si applica la legge nazionale del Paese nel quale il motore di ricerca opera, esercitando anche altre attività, quali la promozione e la vendita degli spazi pubblicitari. In secondo luogo, che l'interessato ha il diritto di richiedere che sia rimossa l'indicizzazione direttamente al motore di ricerca, in quanto titolari del trattamento, a prescindere da ogni richiesta al gestore del sito web che ha pubblicato l'informazione, anche se ciò sia avvenuto in modo lecito. In terzo luogo, ed è questa la parte più nota di tale sentenza, che l'interessato ha diritto a che l'informazione riguardante la sua persona non venga più collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome, ovvero che ricercando il nome di un individuo, l'utente sia indirizzato dal motore di ricerca a siti contenenti informazioni personali di costui. Evidentemente, nella prospettiva che qui interessa, è il primo dei tre principi appena esposti che deve essere preso in considerazione.

[31] B. Legge applicabile A eccezione di quanto espressamente dichiarato nel paragrafo seguente, il presente Contratto e il rapporto tra Voi e Apple sarà regolato dalle leggi dello Stato della California, escluse le relative disposizioni sul conflitto di leggi. Voi e Apple accettate di sottoporvi alla giurisdizione personale ed esclusiva dei tribunali situati nella contea di Santa Clara, in California, per risolvere qualsiasi controversia o reclamo derivante dal presente Contratto. Qualora (a) non siate cittadini degli Stati Uniti, (b) non siate residenti negli Stati Uniti, (c) non accediate al Servizio dagli Stati Uniti, e (d) siate cittadini di uno dei paesi specificati di seguito, accettate con il presente Contratto che ogni controversia o rivendicazione derivante dal presente Contratto sarà regolata dalla legge applicabile così come stabilita di seguito, escluse le relative disposizioni sui conflitti di leggi, e Vi rimetterete irrevocabilmente alla giurisdizione non esclusiva dei tribunali situati nello stato, provincia o paese identificati di seguito e la cui legge è applicabile. Se siete cittadini di qualsiasi paese dell'Unione Europea o della Svizzera, Norvegia o Islanda, la legge applicabile e il foro saranno la legge e i tribunali del vostro luogo di residenza abituale. Rimane specificamente esclusa dall'applicazione del presente Contratto la legge nota come Convenzione delle Nazioni Unite sulla vendita internazionale di beni. (reperibile su https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/it/terms.html).

[32] Bundesgerichtshof, Urteteil vom 12. Juli 2018 – III ZR 183/17, reperibile su http://juris.bundesgerichtshof.de/cgibin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datm=2018&Sort=3&nr=85390&anz=115&pos=0&Blank=1).



Soluzioni come il "contatto erede" [33] ideato da *Facebook* oppure il servizio "*Inactive account manager*" [34], per quanto siano a ragione considerate formalmente valide ed efficaci [35], non pare si possano qualificare come strumenti idonei ad offrire all'utente una valida sistemazione del suo patrimonio digitale.

Si tratta in altre parole di soluzioni intermedie che consentono una mera gestione o amministrazione dell'*account* da parte del soggetto designato ma che non possono qualificarsi come disposizioni attributive a contenuto patrimoniale; d'altro canto, se così fosse, sarebbero in contrasto con alcuni principi inderogabili del nostro diritto successorio, ovvero che la delazione può trovare fonte solo nella legge e nel testamento (art. 457 c.c.), che sono vietati i patti successori (art. 458 c.c.).

Pertanto, appare evidente che i descritti interventi da parte dei grandi operatori digitali non possono da soli consideri sufficienti a colmare il vuoto normativo che caratterizza tali fattispecie.

---

[33] Si tratta di un soggetto scelto dal titolare per gestire il suo *account*, ma che svolge perlopiù attività limitate, come lettura di messaggi, rimozione o modificazioni dei contenuti condivisi. In questo caso, tutto è rimesso alla volontà del defunto che, come già precisato, non sempre viene esplicitata. Quella assunta da *Facebook*, infatti, è una posizione che si inserisce in un certo modo di affrontare il tema dell'eredità digitale che va sviluppandosi soprattutto negli Stati Uniti, ma che inizia a diffondersi anche nel nostro ordinamento giuridico. Proliferano, infatti, numerosi siti *web* specializzati nella gestione dei patrimoni digitali e che provvedono anche alla custodia delle credenziali che vengono poi comunicate ai destinatari indicati in caso di morte del titolare. Tendenzialmente si tratta di servizi che amministrano l'eredità digitale attraverso una serie di attività che l'utente è chiamato a fare prima della sua morte. In primo luogo, occorre redigere una lista completa di tutti i beni digitali di cui si è titolare, precisando le istruzioni per accedere ad ognuno di questi. Si dovrà poi indicare quali soggetti sono autorizzati ad accedere ai beni; infine, l'udente dovrà comunicare le proprie volontà in ordine ai beni medesimi in caso di morte.

[34] Il servizio "*Inactive account manager"* consente al titolare dell'*account* di decidere la sorte dei dati archiviati sul *server* in caso di decesso. Si può scegliere di cancellare automaticamente tutti i contenuti alla scadenza di un termine stabilito, oppure di indicare delle parsone di fiducia a cui inviare le credenziali di accesso dell'*account* con tutto il suo contenuto.

[35] V. BARBA, I*nteressi post mortem tra testamento e atti di ultima volontà*, in *Riv. dir. civ*., 2017, 341 ss. il quale ritiene che la nomina del "contatto erede" quale servizio messo a disposizione da Facebook costituisca un valido atto di ultima volontà, sebbene non formale, diverso dal testamento, in grado di eliminare tutti i problemi connessi all'inserimento delle proprie credenziali di accesso all'interno di una scheda testamentaria. G. MARINO, *La successione digitale*, cit., 187 ss. «Si tra a di negozi aventi principalmente valenza autorizzatoria e volti a disciplinare il pro lo «esterno» dei rapporti tra il nominato e i terzi». Quanto alla struttura di tali negozi giuridici, entrambi gli autori propendono per una ricostruzione unilaterale mancando l'accettazione da parte dell'incaricato. Sono invece per una qualificazione in termini di mandato *post mortem exequendum* N. DI STASO, *Il mandato* post mortem exequendum, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 691 ss.; M. CINQUE, *La successione nel «patrimonio digitale»: prime considerazioni*, cit., 654; G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, 2014, 400.



4. – Le motivazioni della chiusura portata avanti dai grandi *providers* rispetto alla possibilità che il fenomeno successorio riguardi anche la componete digitale del patrimonio dell'utente defunto appare, a prima vista, giustificata da esigenze di tutela della *privacy* del defunto [36].

In particolare, vi è una legge federale degli Stati Uniti d'America, lo "*Stored Communications Act*" (SCA) [37], del 1986, che punisce penalmente la diffusione delle comunicazioni elettroniche a soggetti terzi da parte delle società che forniscono servizi *Internet*. Le limitazioni che da tale disciplina derivano sono considerevoli in quanto solo in due casi è consentito il rilascio dei dati a soggetti terzi rispetto al loro titolare, ovvero laddove vi sia l'ordine di una Corte, oppure quando vi sia il consenso del titolare, c.d. *lawful consent*.

Tuttavia, è agevolare notare che, in realtà, lo "*Stored Communications Act*" (SCA) è un atto legislativo nato per impedire le intercettazioni e che non si riferisce certamente a questioni successorie, non avendo come destinatari gli eredi dell'utente defunto che richiedono l'accesso ai suoi dati, né si riferisce al complesso dei beni digitali di cui un soggetto possa essere titolare che, come precisato, ha natura eterogenea e non limitata alle comunicazioni elettroniche.

Di tale normativa è stata data una poco chiara interpretazione giudiziale in un recente caso che ha visto coinvolto il *social network Facebook*, che si era rifiutato di fornire ai familiari di un utente i contenuti dell'*account* dopo la sua morte, in quanto il giudice adito aveva considerato tale richiesta in violazione dello SCA [38].

In particolare, il giudice adito era la *U.S District Court, Northern District of California* la quale, non avendo ben chiaro se anche l'esecutore testamentario potesse fornire il consenso all'accesso ai dati così come richiesto dallo SCA, decise di chiudere il processo e di negare l'accesso all'*account* ai familiari dell'utente defunto.

---

[36] G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. e impr.,* 2019.

[37] 18 U.S.C. Chapter 121 §§ 2701-2712.

[38] Si tratta del caso di Sahar Daftary, morta suicida o forse a causa di una caduta accidentale da un balcone di un appartamento situato al dodicesimo piano di un palazzo. Alle richieste dei genitori di avere accesso ai contenuti dell'*account* della figlia per poterne ricavare informazioni utili per riaprire il caso, *Facebook* rispose negativamente riferendosi sia alle proprie condizioni generali di contratto relative alla *privacy*, sia alle norme dello SCA che proteggono la confidenzialità delle comunicazioni elettroniche. In precedenza, proprio per il mancato adeguamento della sua politica in materia di *privacy* alle disposizioni dello SCA, *Facebook* fu costretta da un provvedimento del *Multnomah County Circuit Court di Portland* a consentire alla madre di una sua utente deceduta di accedere all'*account* della figlia per un periodo di dieci mesi.



A ciò si aggiunga che vi è anche un'altra norma, precisamente un atto federale, ancora del 1986, il *Computer Fraud and Abuse Act* (CFAA) [39], che punisce con pene fino alla reclusione l'accesso non autorizzato ad un *computer*.

Non vi è dubbio che il tema della tutela dei propri dati personali, indispensabile per la tutela dell'identità personale, sia di fondamentale importanza in relazione allo strumento informatico, in quanto il trattamento dei dati personali effettuato in rete è suscettibile di incidere notevolmente sui diritti fondamentali. Rilevanti al riguardo tre storiche sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che hanno contribuito a definire «lo statuto giurisprudenziale della privacy digitale» [40], che testimoniano come il diritto al controllo dei propri dati personali abbia trovato ampia tutela nella giurisprudenza europea [41].

Tuttavia, in relazione al caso di specie, dove il diritto alla protezione dei dati personali viene utilizzato dai *provider*s al solo fine di limitare la successione nel patrimonio digitale da parte degli eredi dell'utente defunto, si ritiene di dover concordare con chi afferma che il riferimento alla tutela della *privacy* sia soltanto un modo per celare il vero motivo per cui si cerca di negare in tutti i modi la trasmissibilità dei beni digitali [42].

Negli ordinamenti di *Common Law*, infatti, con particolare riferimento proprio al diritto statunitense, è principio generale che la reputazione ed il rispetto della dignità personale

---

[39] 18 U.S.C. § 1030.

[40] Così, F. DONATI, *Identità digitale e tutela dei diritti*, in *Identità ed eredità digitali, stato dell'arte e possibili soluzioni al servizio del cittadino*, Atti del Convegno di Milano 4-12-2014, Roma, 2016, 125 ss.

[41] La Corte di Giustizia, nella sentenza dell'8.4.2014, cause C-293/12 e C-594/12 "*Digital Rights Ireland*" ha annullato la Direttiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, in quanto ha considerato le disposizioni ivi contenute incompatibili con gli artt. 7 e 8 della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. La Direttiva imponeva, infatti, agli operatori di telefonia di memorizzare i dati relativi al traffico, all'ubicazione, e all'identificazione dell'utente per un periodo non superiore a due anni, al fine di poter fornire informazioni utili per le indagini sui reati legati alla criminalità e al terrorismo. Successivamente, con la sentenza "*Google Spain*" del 13 maggio 2014, causa C-131/12, come già visto, la Corte di Giustizia ha stabilito dei limiti al trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito delle attività dei motori di ricerca, quali l'indicizzazione automatica di informazioni pubblicate o inserite da terzi su internet, la memorizzazione e conservazione delle medesime che sono messe a disposizione degli utenti secondo un ordine di preferenza. Infine, con la sentenza "*Scherms*" del 6 ottobre 2015, causa C-362/14, "*Maximilian Scherms c. Data Protection Commissioner*", la Corte ha dichiarato l'invalidità delle decisione della Commissione Europea 520/2000/CE, c.d. *Safe Harbor*, in materia di tutela dei dati personali, ritenendo che il regime di "approdo sicuro" non offre un livello di protezione dei diritti fondamentali equivalente a quello garantito dall'Unione Europea a norma della direttiva sul trattamento dei dati personali, interpretata alla luce degli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

[42] M. CINQUE, *La successione nel "patrimonio digitale": prime considerazioni*, cit., 649; A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, in *Notariato*, 2014, 524.



siano ritenuti beni giuridici che non sopravvivono alla morte dell'individuo, stante il principio *actio personalis moritutur cum persona* [43], che è ritenuto applicabile all'intero apparato rimediale posto a presidio della tutela della *privacy*; soltanto i profili patrimoniali della personalità sono ritenuti suscettibili di essere trasmessi *mortis causa* agli eredi.

Pertanto, voler impedire agli eredi dell'utente defunto di accedere ad un complesso di risorse che possono avere un notevole valore economico in funzione della maggior tutela riservata ad una serie di diritti a carattere strettamente personali, che si ritiene non possano sopravvivere all'evento morte, non appare argomento convincente.

4.1. – Tali considerazioni sembrano trovare conferma in una recentissima sentenza resa dal massimo organo giurisdizionale tedesco, la Corte federale di Giustizia (Bundesgerichtshof, BGH) [44] in una questione che ha interessato *Facebook* ed il diritto di una madre a poter accedere al profilo commemorativo della figlia defunta.

Tale sentenza appare rilevante per molti dei profili in questa sede esaminati.

---

[43] Ciò in applicazione del § 652 del Restatement Second of Torts del 1977: «except for the appropriation of one's name or likeness, an action for invasion of privacy can be maintained only by a living individual whose privacy is invaded».

[44] Bundesgerichtshof, Urteteil vom 12. Juli 2018 – III ZR 183/17, in ZIP, 2018, 1881; in WM, 2018, 1606, ehttp://juris.bundesgerichtshof.de/cgibin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2018&Sort=3&nr=85390&anz=115&pos=0&Blank=1. La controversia nasceva a seguito di un tragico incidente accaduto nel 2012, quando, cadendo sui binari della metropolitana, una giovane veniva travolta ed uccida da un treno. Per tale motivo, i genitori della ragazza, per fare chiarezza ed accertarsi che la morte della figlia non fosse dipesa da episodi di bullismo o da un disagio esistenziale, si rivolgevano alla piattaforma social al fine di poter accedere al suo profilo e trovare così elementi utili alle indagini. I genitori della ragazza morta tragicamente, stante il netto rifiuto da parte di Facebbok di consentire l'accesso all'*account* orami trasformato in "commemorativo" (adducendo, al riguardo, particolari esigenze di tutela del dato personale anche dopo l'evento morte e richiamando, altresì, particolari divieti contenuti nelle condizioni generali di contratto cui la ragazza aveva aderito al momento della creazione dell'*account*), si rivolgevano al tribunale di Berlino che nel 2015 accoglieva il ricorso presentato dalla coppia, ritenendo che i *post* pubblicati sul profilo della ragazza fossero assimilabili ad un tradizionale diario cartaceo e, per tale motivo, oggetto di successione a causa di morte secondo il codice civile tedesco. Facebook ricorreva allora ai giudici della Corte d'appello di Berlino deducendo la violazione delle norme riguardanti la riservatezza e il diritto all'oblio della defunta da parte della sentenza di primo grado. Nel maggio del 2017, i giudici di seconda istanza rovesciavano la decisione resa in prima istanza, sul presupposto che, nella valutazione e nel bilanciamento delle norme riguardanti il diritto successorio e la segretezza delle telecomunicazioni, fossero le seconde a dover prevalere. Veniva al riguardo richiamato un precedente espresso nel 2009 dalla Corte Costituzionale tedesca che aveva stabilito l'estensibilità in via analogica di tale normativa anche alla posta elettronica; la Corte d'Appello riteneva, dunque, che tale principio fosse perfettamente applicabile anche alla *chat* presente su Facebook. Per una più approfondita analisi della sentenza R. MATTERA, *La successione nell'account digitale. Il caso tedesco*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2019.



In primo luogo, per la prima volta un giudice di uno Stato Membro si è pronunciato nell'ambito di un giudizio in cui parte in causa è *Facebook.* Ciò è stato possibile in quanto, come già precisato. in seguito alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul caso "*Google Spain*", la piattaforma social aveva modificato le condizioni generali di contratto, prevedendo per i cittadini europei l'applicazione della legge nazionale del luogo di residenza con competenza dei relativi organi giurisdizionali.

Il giudice tedesco, dunque, facendo applicazione delle norme che disciplinano il diritto delle successioni nel codice civile tedesco, ha in primo luogo precisato che gli eredi dell'utente defunto subentrano nella totalità dei rapporti giuridici a lui facenti capo, ivi compreso il contratto originariamente stipulato con Facebook[45]. In altre parole, si è ritenuto che i contenuti digitali in rete siano esattamente equiparabili ad un qualsiasi altro bene immateriale che possa far parte del patrimonio di un soggetto; più nello specifico, l'*account* Facebook di un soggetto viene considerato come un qualsiasi diario cartaceo che, anche quando custodisce contenuti strettamente personali o confidenziali, è sicuramente parte della successione che si devolve, secondo il diritto tedesco [46], a favore dai più stretti congiunti del defunto.

Partendo da tale assunto, la Corte ha stabilito che il fenomeno successorio riguarda esclusivamente il rapporto contrattuale con cui si crea l'*account social* ma non anche le eventuali comunicazioni in esso contenute.

Secondo tale impostazione, dunque, non ponendosi un problema di successione in un accordo di natura strettamente personale che dovrebbe estinguersi alla morte dell'utente, non è possibile neppure ravvisare una violazione delle norme in materia di tutela della *privacy* nelle telecomunicazioni. L'erede, infatti, non può essere considerato "altro" secondo il termine utilizzato nella disposizione di legge pertinente[47] in quanto succede

---

[45] La conclusione cui la Corte giunge, per cui un account di *social network*, al pari di tutte le altre posizioni contrattuali, è suscettibile di devoluzione e acquisto *mortis causa*, deriva dalla diretta applicazione anche al fenomeno dell'eredità digitale del principio espresso dal § 1922 BGB in tema di universalità della successione.

[46] La Corte ha fatto applicazione dei §§ 2373 e 2047del BGB, dai quali si desume chiaramente che le carte e i ricordi di famiglia ricadono nella massa ereditaria, nonostante il loro carattere eminentemente personale.

[47] Par. 88 Abs. 3 TKG, legge tedesca sulle telecomunicazioni. "Dem Fernmeldegeheimnis unterliegen der Inhalt der Telekommunikation und ihre näheren Umstände, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war. Das Fernmeldegeheimnis erstreckt sich auch auf die näheren Umstände erfolgloser Verbindungsversuche. Zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses ist jeder Dienstеanbieter verpflichtet. Die Pflicht zur Geheimhaltung besteht auch nach dem Ende der Tätigkeit fort, durch die sie begründet worden ist. Den nach Absatz 2 Verpflichteten ist es untersagt, sich oder anderen über das für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste einschließlich des Schutzes ihrer technischen Systeme erforderliche Maß hinaus Kenntnis vom Inhalt oder den näheren Umständen der Telekommunikation



nell'intera posizione giuridica di una delle parti della conversazione.

La Corte federale di Giustizia tedesca ha infine chiarito che non sussiste alcun conflitto tra la vicenda successoria nel rapporto contrattuale facente capo all'utente defunto ed il nuovo Regolamento UE 679/2016 (GDPR), ciò in quanto il citato regolamento disciplina soltanto gli interessi delle persone in vita e non certamente quelli degli eredi dell'utente defunto [48].

Quest'ultimo è sicuramente uno dei principi più interessati in tema di eredità digitale espressi dalla sentenza in questione, che appare smentire pienamene la motivazione ufficiale con cui i grandi *provider* negano l'accesso ai contenuti digitali agli eredi dell'utente defunto, ovvero una presunta esigenza di tutela della *privacy* anche dopo la sua morte che, come affermato dal supremo organo giudicante tedesco, in realtà non sussiste in nessun caso.

Ciò dovrebbe eliminare ogni dubbio circa l'infondatezza giuridica della ferma chiusura portata avanti dai grandi operatori della rete per evitare che si verifichi la successione nei contenuti digitali dei propri utenti.

Al contrario, ciò di cui si dovrebbe tener conto è che i dati, anche laddove abbiano carattere strettamente personale, sono motivo di grande interesse per gli ISP e ciò, evidentemente, non per esigenze di tutela della *privacy* dell'utente, ma per motivi diametralmente opposti, connessi agli enormi interessi economici che si celano dietro il mercato dei dati [49].

---

zu verschaffen. Sie dürfen Kenntnisse über Tatsachen, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, nur für den in Satz 1 genannten Zweck verwenden. Eine Verwendung dieser Kenntnisse für andere Zwecke, insbesondere die Weitergabe an andere, ist nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere gesetzliche Vorschrift dies vorsieht und sich dabei ausdrücklich auf Telekommunikationsvorgänge bezieht. Die Anzeigepflicht nach § 138 des Strafgesetzbuches hat Vorrang. Befindet sich die Telekommunikationsanlage an Bord eines Wasser– oder Luftfahrzeugs, so besteht die Pflicht zur Wahrung des Geheimnisses nicht gegenüber der Person, die das Fahrzeug führt oder gegenüber ihrer Stellvertretung." reperibile su https://www.zeit.de/news/2018-07/12/bgh-urteil-eltern-erben-facebook-konto-der-toten-tochter-180712-99-120455.

[48] La Corte tedesca ha specificato al riguardo che, subentrando l'erede nella totalità dei rapporti giuridici che facevano capo al *de cuius* ivi incluso il contratto stipulato con Facebook, in applicazione dell'art. 6, par. 1, lett. b) del Regolamento 2016/679 debba considerarsi ammissibile il trattamento dei dati qualora questo sia necessario all'esecuzione di un rapporto contrattuale di cui sia parte l'interessato, così come debba ritenersi lecito la comunicazione agli eredi del contenuto delle comunicazioni contenute nell'*account social* in quanto essenziale alla trasmissione della posizione contrattuale. A conferma della non illeceità della divulgazione delle informazioni contenute dell'*account* dopo la morte del suo titolare, l'organo giudicante fa, altresì, espresso richiamo all'art. 6, par. 1, lett. f) del Regolamento 2016/679, il quale autorizza il trattamento dei dati personali necessario per il "perseguimento del legittimo interesse" del titolare o di terzi, interesse identificato nel caso di specie nell'interesse dei genitori ad accedere alle comunicazioni della figlia per far luce sulle cause della sua morte.

[49] La cui cessione ai gestori delle piattaforme social diventa spesso inconsapevole ed inevitabile, C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale.,* cit., 71.



Il recentissimo scandalo "Cambridge Analytica" [50] pare confermare tale assunto.

Il caso, che ha come protagonisti proprio *Facebook* e *Google*, rende evidente che consentire ai propri utenti di disporre dei propri contenuti digitali vorrebbe dire per gli ISP ed i gestori delle piattaforme social perdere una quantità enorme di dati in essi conservati, con un danno economico di notevoli dimensioni.

5. – Nella dottrina italiana, contrariamente da quanto riferito dai grandi *providers* e da quanto avviene nella giurisprudenza americana sopra richiamata, già da tempo il diritto alla protezione dei propri dati personali è stato utilizzato come riferimento normativo per garantire agli eredi dell'utente defunto l'accesso ai suoi beni digitali [51].

In particolare, il richiamo era all'art. 9, comma 3 del d.lgs. n. 196/2003 «*i diritti di cui all'art. 7 riferiti a dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisca a tutela dell'interessato o per ragioni familiari meritevoli di protezione*».

Tale norma si riteneva potesse ricomprendere varie ipotesi, tra cui anche quella dell'erede che intenda accedere all'*account* dell'utente defunto e che, per il suo carattere imperativo non derogabile dalle parti, fosse suscettibile di determinare la nullità delle condizioni generali di contratto che negano la trasmissibilità *mortis causa* della posizione contrattuale.

A ciò si aggiunga che il nostro Garante per la protezione dei dati personali con provvedimento n. 312 del 22 maggio 2018, esprimendo il suo parere sullo schema di decreto legislativo recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle dispo-

---

[50] Cambridge Analytica è stata fondata nel 2013 da Robert Mercer, ed è specializzata nel raccogliere dai social network un'enorme quantità di dati sui loro utenti. Queste informazioni sono poi elaborate da modelli e algoritmi per creare profili di ogni singolo utente, con un approccio simile a quello della "psicometria", il campo della psicologia che si occupa di misurare abilità, comportamenti e più in generale le caratteristiche della personalità. Il collegamento tra Facebook e Cambridge Analytica si è creato nel momento in cui Facebook, per il tramite di un'app ideata da un ricercatore dell'università di Cambridge che prometteva di produrre profili psicologici e di previsione del proprio comportamento basandosi sulle attività svolte online (per utilizzarla gli utenti dovevano collegarsi utilizzando Facebook Login, il sistema che permette di iscriversi a un sito senza la necessità di creare nuovi username e password, utilizzando invece una verifica controllata da Facebook), ha raccolto dati sulle reti social degli utenti condividendo tutte queste informazioni con Cambridge Analytica, e violando i propri termini d'uso. Il social network vieta, infatti, ai proprietari di app di condividere con società terze i dati che raccolgono sugli utenti, e punisce i trasgressori con la sospensione degli account.

[51] L. LIGUORI, *L'esercizio dei diritti dell'interessato deceduto*, in *Identità ed eredità digitale. Stato dell'arte e possibili soluzioni al servizio del cittadino*, Atti del Convegno di Milano 4-12-2014, Roma, 2016, 75 ss.



sizioni del Regolamento (UE) 2016/679, già aveva messo in luce l'opportunità di un completamento della normativa in materia di diritti riguardanti persone decedute prevedendo espressamente la nullità delle clausole che limitano i diritti di chi, per interesse proprio, quale mandatario dell'interessato al trattamento oppure per ragioni familiari meritevoli di protezione, intende accedere ai dati personali dell'interessato.

Evidentemente, tali considerazioni vanno ulteriormente ampliate alla luce del nuovo Regolamento (Ue) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, entrato in vigore il 24 maggio 2016 e direttamente applicabile in tutti gli Stati membri a partire dal 24 maggio 2018.

Già lo schema del decreto legislativo di attuazione del nuovo regolamento prevedeva un apposito articolo, il numero 13, rubricato proprio "diritti riguardanti le persone decedute", a norma del quale la tutela offerta dal Regolamento e, dunque, i diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del detto Regolamento, "*possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione*". Nei commi successivi della medesima disposizione veniva chiarito che l'esercizio di tali diritti può essere vietato da parte dell'interessato con dichiarazione scritta. Tuttavia, tale "*divieto non può produrre effetti pregiudizievoli per l'esercizio da parte dei terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato nonché del diritto di difendere in giudizio i propri diritti*".

Tale impostazione è rimasta immutata anche in sede di approvazione del decreto n. 108 di attuazione del Regolamento europeo, avvenuta il 10 agosto 2018.

In particolare, da un'attenta lettura dell'articolo 2 *terdecies*, comma 1 del richiamo decreto di attuazione 108/2018 [52], è possibile coglie *in primis* la volontà del legislatore di garantire l'esercizio *post mortem* dei diritti dell'interessato, confermando una posizione al riguardo notevolmente diversa rispetto ai Paesi dell'area di Common Law; in secondo luogo, appare evidente come la tutela accordata risulti notevolmente ampliata rispetto al precedente quadro normativo, ciò sia da un punto di vista soggettivo che oggettivo.

Quanto al profilo soggettivo, il legislatore ha incluso tra i soggetti legittimati all'esercizio dei diritti dell'interessato anche il mandatario, modifica che immediatamente consente un richiamo al tema dell'eredità digitale: la figura del mandato, infatti, nella specie del mandato *post mortem exequendum*, è stata dalla dottrina fin da subito presa in considera-

[52] Sul punto G. Resta, *La successione nei rapporti digitali*, cit., 2018, 410 ss.; I. SASSO, *Privacy post-mortem e "successione digitale"*, in *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di E. Tosi, 2019, 553 ss; A. MONFORTE, *La successione nel patrimonio digitale,* 2020, 103 ss.



zione al fine di qualificare la natura giuridica di una certa prassi, cui già in precedenza si è fatto riferimento, consistente nel decidere di affidare la gestione delle proprie credenziali di accesso o degli stessi *accont* a soggetti di fiducia dell'utente, ricorrendo ad apposite piattaforme [53] oppure a sezioni dedicate all'interno dei maggiori *social networks* [54].

Da un punto di vista oggettivo, inoltre, il decreto di attuazione 101/2018 consente di vietare, per volontà del titolare, l'accesso ai suoi dati personali dopo la morte, o anche solo ad alcuni di essi, purché il divieto sia contenuto in una dichiarazione scritta. Tuttavia, ed è questa la parte più rilevante della disposizione, l'accesso ai dati personali del defunto non può essere precluso laddove venga richiesto per ragioni di tutela patrimoniale o al fine di far valere un diritto in giudizio.

Tale norma, dunque, pare potersi qualificare come la prima disposizione del nostro ordinamento giuridico che apre la strada ad una possibile tutela del fenomeno successorio dei nuovi beni digitali; ciò in quanto nella tutela patrimoniale che deve essere garantita ai terzi anche a discapito della tutela dei dati personali, appare possibile farvi rientrare anche l'accesso ai beni digitali.

In via di estrema sintesi, all'esito dell'analisi normativa condotta, pare plausibile ritenere che la tutela dei dati personali non rappresenti un ostacolo ma, al contrario, confermi l'ammissibilità della trasmissione a causa di morte del patrimonio digitale, garantendo in tal modo gli interessi dei successibili dell'utente defunto.

---

[53] Proliferano numerosi siti *web* specializzati nella gestione dei patrimoni digitali e che provvedono anche alla custodia delle credenziali che vengono poi comunicate ai destinatari indicati in caso di morte del titolare. Tendenzialmente si tratta di servizi che amministrano l'eredità digitale attraverso una serie di attività che l'utente è chiamato a fare prima della sua morte. In primo luogo, occorre redigere una lista completa di tutti i beni digitali di cui ciascuno è titolare, precisando le istruzioni per accedervi. Si dovranno poi indicare i soggetti autorizzati all'accesso e le precise volontà in caso di morte in relazione ai beni elencati. Si veda in particolare un servizio fondato da una ricercatrice, Holly Isdale, dal nome *Digital Death*, (http://www.digitaldeath.com). Ve ne sono anche altri come *Digital-nachlass.com*, *Deathswitch.com* ed *Entrusted*. Quest'ultimo, ora denominato *SecureSafe*, chiede l'indicazione di soggetti ai quali è affidato il compito di attivare la «*data inheritance*» inserendo un apposito codice. Un sistema un po' più articolato è, invece, quello dal nome *Legacy Locker* (https://legacylocker.com), in cui si distingue l'aspetto emozionale da quello patrimoniale dell'eredità digitale e dove al centro del sistema di gestione vi sono proprio le *password*, con particolare attenzione alle persone cui lasciarle. Alla morte dell'utente, per accertarsi del suo decesso, si prevede che due persone di fiducia debbano confermarne la morte; successivamente, viene richiesto l'invio del certificato di morte. *MemorializeMe* (http://memorializeme.com), inoltre, non si occupa soltanto della gestione dell'eredità digitale nei suoi aspetti prevalentemente patrimoniali ma è, altresì, in grado di elaborare ricordi del defunto inviando messaggi in suo nome e nel suo conto, creare un diario oppure una raccolta di documenti da lui preferiti.

[54] Vedi infra par. 3.



6. – Da un recente studio condotto in materia di trattamento dei dati personali [55] emerge un dato rilevante ai fini che qui interessano, ovvero la scarsa attenzione con cui i singoli utenti leggono ed accettano normalmente l'informativa *privacy*.

Ciò a testimonianza del basso livello di consapevolezza di come il trattamento dei propri dati personali possa incidere sulle decisioni riguardanti il compimento di attività quotidiane [56].

Il consenso al trattamento dei propri dati personali, infatti, viene spesso reso in modo inconsapevole e con un probabile effetto distorsivo, in quanto l'utente non ha piena cognizione degli strumenti di tutela *ex post* [57]; al contrario, appare convinzione diffusa che concedere il consenso al trattamento dei propri dati personali sia elemento sufficiente ad eliminare ogni possibilità di lesione [58].

Le conclusioni che si sono tratte dallo studio dei comportamenti degli utenti con specifico riferimento alla prestazione del consenso al trattamento dei dati assumono notevole rilevanza anche in relazione al diverso tema della successione nel patrimonio digitale.

La particolare circostanza che l'utente medio sia, in genere, più interessato a ricevere il servizio per il quale accetta l'informativa *privacy* che non alla tutela dei suoi dati, sembra avvalorare la fragilità dell'argomento principale, di cui si è detto, utilizzato dai grandi *providers* per limitare l'accesso ai beni digitali dopo la morte dell'utente.

---

[55] Si tratta del progetto di ricerca *Privacy and the Internet of Things: a behavioural and legal approach*, svoltosi presso l'Università Suor Orsola Benincasa (Centro di Ricerca in Diritto Privato Europeo – ReCEPL – e Living Lab Utopia, istituito presso il Centro di Ricerca di Ateneo *Scienza Nuova*) su commissione di Microsoft Italia, il cui obiettivo è quello di misurare la consapevolezza e la sensibilità degli utenti nei confronti della *privacy*, intesa come richiesta di consenso al trattamento dei dati, nell'interazione con un sistema installato su *device* in Italia. Il progetto ha inteso proporre un diverso metodo di studio del tema, in cui l'analisi dei dati normativi è strettamente connessa all'analisi dei comportamenti degli utenti nell'interazione con il *device*. I risultati dello studio sono consultabili nel lavoro collettaneo AA.VV., *Privacy and Consent. Legal, Cognitive and User Interaction approaches for the protection of data subjects*, a cura di L. Gatt, R. Montanari, I. A. Caggiano, Torino, 2019 (in corso di pubblicazione).

[56] I. CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Nodi virtuali, legami informali. Internet alla ricerca di regole: a trent'anni dalla nascita di Internet e a venticinque anni dalla nascita del web*, Atti del Convegno di Pisa, 7-8 ottobre 2016, Pisa, 2017, 68 ss.

[57] Sul ruolo del consenso e sulla sua natura giuridica in relazione al trattamento dei dati personali, I. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra nuovo Regolamento Europeo e studi comportamentali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, 67-106.

[58] L. GATT, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Nodi virtuali, legami informali. Internet alla ricerca di regole: a trent'anni dalla nascita di Internet e a venticinque anni dalla nascita del web*, Atti del Convegno di Pisa, 7-8 ottobre 2016, Pisa, 2017, 70 ss.



Al contrario, occorrere tenere in debita considerazione che nell'analisi dell'effettiva capacità delle norme giuridiche di tutelare determinati soggetti ed interessi non si possa prescindere dal modo in cui questi si rapportano al *device* il cui utilizzo richiede il consenso al trattamento dei dati personali [59]. Nel caso di specie, infatti, dall'osservare il comportamento degli utenti se ne deduce agevolmente che l'esigenza di tutela della *privacy* non possa prevale rispetto ad altri interessi di natura personale e patrimoniale.

La stessa esigenza di tutela, inoltre, non pare abbia mai limitato la trasmissione dei beni del patrimonio del *de cuius* quando la successione non riguardi il mondo virtuale: anche documenti in formato cartaceo potrebbero contenere dati personali del defunto, ma ciò non ha mai posto un problema di prevalenza della tutela della *privacy* rispetto al diritto di succedere nella stessa posizione giuridica del defunto oppure in singoli beni, laddove il successibile fosse destinatario di una disposizione a titolo particolare.

Al contrario, il diritto alla tutela della *privacy* nel caso in cui non si tratti di beni digitali è un interesse che non viene esercitato contro i familiari ma fa direttamente capo a questi, che possono ereditare diari, lettere o qualsiasi altro documento di carattere privato [60].

In sostanza, anche i risultati degli studi comportamentali condotti in materia di tutela della *privacy* inducono a ritenere che la posizione assunta dai *providers* sia dettata più da interessi propri che dalla necessità di tutelare gli utenti defunti, interessi collegati anche agli alti costi che dovrebbero sostenere per consentire l'accesso agli eredi dell'utente defunto al suo materiale informatico. Si pensi alle spese dovute per la verifica della documentazione attestante la morte dell'utente, per l'accertamento della legittimazione dei suoi aventi causa ad accedere all'*account*, all'adempimento delle richieste per ottenere copia della documentazione digitale nonché, infine, ai costi per pagare il personale a ciò preposto.

Tale opinione sembra avvalorata anche da un recente disciplina di *soft law* che prevede che la società che consente l'accesso all'*account* dell'utente defunto a determinati soggetti potrà richiedere un rimborso per gli oneri amministrativi sostenuti, oppure, laddove i costi siano stati molto alti, potrà rivolgersi ad una Corte che stabilirà in che modo l'accesso dovrà essere consentito [61].

---

[59] L. GATT, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, cit., 59 e 60 ss.

[60] E.H. CAPEL, *Conflict and Solution in Deleware's Fiduciary Access to Digital Assets and Digital Accounts Act*, in *Berkeley Thecnology Law Journal*, 2015, 30, 1211-1242.

[61] Si tratta *dell'Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (UFADAA), proposta di legge presentata dalla *Uniform Law Commission* nel corso del 2014, poi successivamente emendato nel 2015. Per una più completa analisi G. MARINO, *La successione digitale*, cit., 196 ss.



La considerazione che in tale disciplina viene riservata ai costi necessari per garantire l'accesso al patrimonio digitale induce a pensare che tale aspetto non possa essere considerato di secondaria importanza nella valutazione del bilanciamento di interessi effettuato dai *providers* al momento in cui vengono presentate richieste in tal senso da parte degli eredi dell'utente defunto.

7. – Quanto detto fino a questo momento induce a concludere che la successione nel patrimonio digitale è ancora oggi ostacolata dai grandi operatori del mercato digitale per il tramite di schemi negoziali che non trovano nella normativa interna una conferma di validità. Ciò pare tanto più sostenibile con specifico riferimento alla disciplina a tutela della protezione dei dati personali.

Volendo provare a considerare il risvolto pratico ed applicativo di quanto visto in linea di interpretazione teorica, persistendo l'assenza di un apposito intervento normativo in materia, non resta che domandarsi che tipo di tutela potrebbe essere riservata a chi ritienga di poter subentrare nell'intera posizione giuridica del *de cuius,* comprensiva anche delle nuove fattispecie figlie dello sviluppo tecnologico.

In attesa di una conferma giurisprudenziale così come avvenuto per il caso tedesco, laddove la legge applicabile al rapporto contrattuale in cui si vuole succedere sia quella italiana, stanti le modifiche al riguardo delle condizioni generali di contratto di cui si è detto, nessuna norma si è rinvenuta nel sistema in grado di impedire la trasmissione a causa di morte dei nuovi beni digitali, ciò in ragione del loro ricondursi alle categorie giuridiche tradizionali. Pertanto, il giudice italiano competente non dovrebbe trovare ostacoli nel riconoscere la prevalenza degli interessi successori dei successibili dell'utente defunto rispetto a quelli del *provider.*

Potrebbero al riguardo immaginarsi due distinti scenari.

Se l'utente non ha espresso alcuna volontà in vita rispetto ai suoi beni digitali, questi potranno essere devoluti per legge ai soggetti e per le quote stabilite dalle norme di cui al Libro secondo, Titolo II del codice civile.

Laddove l'utente abbia fatto ricorso allo strumento testamentario, invece, nessun contrasto potrebbe sorgere tra le disposizioni in esso contenute e le condizioni generali di contratto con le quali l'utente abbia accettato che tutte le sue risorse siano cancellate dal *provider* dopo la sua morte. La volontà testamentaria, infatti, in quanto l'unica validamente espressa, sarà la sola alla quale dare esecuzione all'apertura della successione. Seguendo questa linea interpretativa, non sarebbe più necessario inserire nel testamento le



proprie credenziali di accesso in quanto, stante il subingresso dell'erede o del legatario nella stessa posizione contrattuale facente capo all'utente defunto, il *provider* non potrebbe più rifiutarsi di comunicarle loro.

In relazione, invece, ad un probabile conflitto tra un utente, seppure di uno Stato membro, ed un fornitore di servizi che non ha modificato la propria *policy* in merito alla legge applicabile e al giudice competente, non resta che riferirsi al principio della localizzazione dei servizi Internet espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e ricercare nell'ordinamento giuridico interno dei riferimenti normativi che consentano di poter considerare nulle le clausole contrattuali unilateralmente predisposte e limitative della successione nel patrimonio digitale.

Alla luce di un quadro normativo così incerto, in una prospettiva *de iure condendo*, non può non richiamarsi l'attenzione del legislatore su temi così importanti, in considerazione della rilevanza, anche economica, degli interessi ad essi sottesi

Stanti le notevoli differenze nel sistema del diritto successorio nei vari Stati membri, tali per cui spesso appare molto complicato anche solo fare una mera comparazione tra sistemi giuridici differenti, un intervento regolatore della successione nel patrimonio digitale dovrebbe provenire non dal legislatore nazionale ma da quello europeo, ciò al fine di evitare altri inevitabili contrasti di legge.

Pertanto, anziché attendere che ciascun Stato membro emani la propria legge di disciplina dell'eredità digitale per poi intervenire con un intervento uniformatore, ben potrebbe il legislatore europeo, facendo ancora una volta applicazione di principi espressi dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea [62], utilizzare il regolamento come fonte di regolamentazione primaria in un settore del diritto dove la maggior parte degli Stati non ha ancora adottato una disciplina in materia.

Il regolamento potrebbe in tale modo rappresentare un valido strumento per evitare ulteriori frammentazioni in ambito successorio e completare il lavoro di uniformazione iniziato con il Regolamento (UE) 650/2012.

[62] Sentenza del 12 ottobre 2017, caso Kubicka C-218/16; sentenza del 1° marzo 2018, caso Mahnkplof C-558/16; sentenza del 21 giugno 2018, caso Oberle C-20/17.

JUS CIVILE



SALVATORE MONTICELLI

Professore ordinario di diritto privato – Università di Foggia

OBBLIGHI D'INFORMAZIONE E RESPONSABILITÀ AQUILIANA*

SOMMARIO: *1. I termini dell'indagine. – 2. Esecuzione inesatta dell'obbligo d'informazione e tutela del terzo che vi abbia fatto incolpevole affidamento: alcune ipotesi significative. – 3. Segue. Individuazione del criterio discriminante tra responsabilità contrattuale ed aquiliana. – 4. Rilievi conclusivi.*

1. – Il titolo della mia relazione sembrerebbe, perlomeno a primo acchito, evocare un ossimoro. Va, infatti, considerata la circostanza che l'inadempimento dell'obbligo d'informazione, che si traduca in una mancata informazione o in un'informazione incompleta e/o inesatta o, comunque, fuorviante, generalmente si coniuga con una responsabilità contrattuale. Non v'è dubbio, infatti, che la sussistenza di una relazione obbligatoria tra soggetti determinati, tra chi deve l'informazione e chi è creditore di essa, determini, in ipotesi d'inadempimento del soggetto tenuto ad informare, la responsabilità contrattuale di questi nei confronti del soggetto creditore dell'informazione, indipendentemente dalla circostanza che l'obbligo in questione tragga fondamento in un contratto o in altra fonte dell'obbligazione.

Tuttavia, se indubbiamente questa è la regola, l'osservazione della realtà consente di enucleare una casistica ove dall'inadempimento o, più probabilmente, dall'adempimento inesatto, che si traduca in un sostanziale inadempimento, di un obbligo informativo – sottolineo di un obbligo d'informazione non già di un'informazione fornita a prescindere da un obbligo di fornirla – consegua non solo una responsabilità contrattuale nei confronti del soggetto creditore dell'informazione, ma anche una responsabilità nei confronti di soggetti terzi, rispetto al predetto rapporto obbligatorio, che su quella informazione abbiano fatto incolpevole affidamento.

---

* Lo scritto riproduce, con l'aggiunta delle note, il testo della relazione svolta al Convegno di Studi presso l'Università Parthenope, in data 20 marzo 2020, sul tema "*Responsabilità civile: le sfide del XXI secolo*".



È con riferimento a tali ipotesi che si pone il problema della qualificazione della responsabilità in questione; dilemma non certo espressione di un mero esercizio esegetico e che va affrontato nella consapevolezza che ci si muove in una terra di confine, labile e sdrucciolevole, ove, talvolta, la qualificazione in termini di responsabilità aquiliana è stata tracciata *iure imperi* dal legislatore, attraverso una precisa scelta politica, anche forzando l'evidenza e la rigorosità del sistema.

Chi mi ascolta avrà già intuito quali sono i termini dell'endiade: si è sostenuto a vario proposito che una responsabilità da inesatta informazione nei confronti dei terzi estranei al rapporto obbligatorio ben potrebbe non ricondursi ad una forma di responsabilità extracontrattuale venendo, piuttosto, attratta nell'alveo, ben più protettivo e garantista per il terzo che abbia confidato nella esattezza dell'informazione in questione, della responsabilità contrattuale cd. da contatto sociale. Ambito magmatico nel quale non solo hanno trovato collocazione e giustificazione, ai primi anni del secolo scorso, i cd. obblighi di protezione, in capo all'operatore professionale, che implicano anche l'obbligo di tenere talune condotte attive, ma che, con specifico riferimento al tema oggetto di questa relazione, ben si colloca la nota pronuncia della S.C., n. 589/1999 [1], in cui è stata applicata, per la prima volta, la responsabilità da contatto sociale per il medico dipendente [2], sottolineando, altresì, come tale ricostruzione potrebbe essere adottata per ogni «operatore di una professione c.d. protetta».

Le conseguenze di una scelta di tal genere ovviamente non sono certo di poco conto: basti pensare che la responsabilità contrattuale offre una garanzia più ampia per il terzo danneggiato, fondata, principalmente, sul più lungo termine di prescrizione; inoltre, determina, in capo a quest'ultimo, un ridotto onere probatorio giacché, come è noto, dopo la decisione delle Sezioni unite della Cassazione del 30 ottobre 2001, n. 13.533 [3], il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'ina-

---

[1] Cass., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e Resp.*, 1999, 7, 781, con nota di DE MATTEIS; in *Nuova Giur. Civ.*, 2000, I, 334 con nota di Thiene; in *Foro It.*, 1999, I, 3332 con nota di Di Ciommo, Lanotte.

[2] Si legge nella massima: "L'obbligazione del medico dipendente del servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata su contratto, ma sul «contatto sociale» connotato dall'affidamento che il malato pone nella professionalità dell'esercente una professione protetta, ha natura contrattuale. Tale natura viene individuata non con riferimento alla fonte dell'obbligazione, ma al contenuto del rapporto".

[3] In *Foro It*., 2002, I, 769, con nota di Laghezza; in *Corriere Giur.*, 2001, 12, 1565 con nota di Mariconda; in *Contratti*, 2002, 2, 113 con nota di Carnevali.



dempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Ed anche nell'ipotesi in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento, anche per la sola violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento.

Questa è la cornice nella quale collocare le riflessioni che seguono volte ad individuare un possibile criterio qualificatorio unitario con riferimento a talune ipotesi, molto eterogenee tra loro, ma accomunate dalla difficile problematica della individuazione del tipo di responsabilità gravante su colui che fornisce una informazione inesatta/incompleta, in esecuzione di un dato rapporto obbligatorio; informazione in base alla quale soggetti terzi, e perciò estranei a detto rapporto, nel confidare sulla esattezza di dette informazioni, di cui siano venuti a conoscenza, patiscano conseguenze patrimoniali per aver fatto incolpevole affidamento sulla attendibilità di esse.

2. – Una prima ipotesi che viene in mente concerne la responsabilità delle agenzie di *rating*, laddove il *rating*, espresso in relazione ad alcuni strumenti finanziari diffusi sul mercato, si riveli in tutto o in parte errato. Con riferimento a tale fattispecie si pone il problema di stabilire: a) se possa sussistere una responsabilità dell'agenzia nei confronti degli investitori, che, sebbene estranei al rapporto contrattuale che vincola l'emittente (che ha conferito l'incarico) e l'agenzia di *rating*, facendo affidamento in buona fede sulle valutazioni espresse dall'agenzia, abbiano subito un pregiudizio economico, a causa dell'insolvenza dell'emittente; b) in ipotesi di risposta positiva al primo interrogativo, individuare di che tipo di responsabilità si tratti, contrattuale od aquiliana.

Ebbene, con riferimento al primo quesito le agenzie di *rating* hanno tentato di svincolarsi da ogni responsabilità affermando che il *rating* è una mera opinione indipendente sull'affidabilità finanziaria di un soggetto economico in un certo momento non è una certificazione contabile né una garanzia sull'effettivo pagamento del debito né una raccomandazione ad acquistare o vendere un titolo o, comunque, un giudizio sulla convenienza di un particolare investimento.

Tuttavia, sta di fatto che l'art. 35 *bis*, comma 1, del reg. n. 1060/2009/Ce, come modificato nel 2013, sancisce che «[s]e un'agenzia di rating del credito ha *commesso* ***intenzionalmente o per colpa grave*** una delle violazioni di cui all'allegato III ***che ha inciso***



sul rating del credito, l'investitore o l'emittente possono chiedere all'agenzia di rating il risarcimento dei danni subiti a causa della violazione». La stessa disposizione poi aggiunge: «[u]n investitore può chiedere il risarcimento dei danni ai sensi del presente articolo qualora provi di aver ***ragionevolmente riposto affidamento*** […] su un rating del credito ***per assumere la decisione di investire, detenere o cedere uno strumento finanziario oggetto del rating del credito***» (art. 35 *bis*, comma 2). Inoltre, lo stesso articolo precisa che «[u]n emittente può chiedere il risarcimento dei danni ai sensi del presente articolo qualora provi che esso stesso o i propri strumenti finanziari sono oggetto del rating del credito e che la violazione non è stata causata da informazioni inesatte o fuorvianti fornite dall'emittente all'agenzia di rating del credito, direttamente o tramite informazioni pubblicamente accessibili» (art. 35 *bis*, comma 3). Ancora, ***«[s]petta all'investitore o all'emittente*** fornire elementi informativi precisi e dettagliati che indichino che l'agenzia di rating del credito ha violato il presente *regolamento* ***e che la violazione ha avuto un impatto sul rating emesso***» (art. 35 *bis*, comma 4).

Il tracciato quadro normativo se, perlomeno in ambito nazionale ed europeo, fornisce risposta inequivoca al primo quesito, sancendo la sussistenza della responsabilità delle agenzie di *rating* qualora la valutazione da esse espressa si riveli inaffidabile, ne traccia anche i confini.

Ed infatti, il legislatore europeo, nello scaricare sugli investitori/attori la prova della ragionevolezza dell'affidamento al *rating* pubblicizzato e della relazione causale fra quell'affidamento e il danno, delinea una disciplina che occhieggia al riparto dell'onere della prova proprio della responsabilità aquiliana, peraltro alzando la soglia della responsabilità al livello della colpa grave.

D'altra parte, l'indicazione che di responsabilità extracontrattuale si tratti e non di responsabilità contrattuale, sia pure da contatto sociale, si trae da una convincente argomentazione espressa da una delle pochissime sentenze della nostra giurisprudenza [4], in argomento. Si legge, infatti, che "le agenzie di rating agiscono in un contesto «relazionale» nell'ambito del quale non appare possibile individuare l'assunzione di un obbligo da una parte nei confronti di un'altra". Ed inoltre, che per fondare una responsabilità di tipo contrattuale "sarebbe necessario individuare uno specifico rapporto tra le parti e, dunque, uno specifico rapporto obbligatorio che lega determinati soggetti (agenzie di *rating* ed utenti delle informazioni), mentre ai fini indicati non è bastevole l'individuazione di una mera relazione tra un soggetto ed il pubblico senza che vi sia,

[4] Trib. Roma, 7 febbraio 2014, in *Sito Il caso.it*, 2014.



da parte del primo nei confronti del secondo, l'assunzione di un vincolo obbligatorio" [5].

Come dicevo, il parametro sembra convincente; la responsabilità da contatto sociale implica una relazione tra soggetti predeterminati, non già una astratta relazione tra un soggetto determinato ed una pluralità indeterminata di soggetti. In un contesto c.d. arelazionale l'unica responsabilità ipotizzabile è quella aquiliana [6].

D'altra parte conferma di quanto innanzi può trarsi anche dalla disciplina dettata dall'art. 2395 c.c., in tema di responsabilità degli amministratori per atti dolosi o colposi di questi ultimi che danneggino i terzi; tra tali atti ben può rientrare la diffusione di dati falsi sulla situazione economico-finanziaria di una società che abbiano inciso sul diritto dei terzi di poter scegliere consapevolmente dove investire il proprio patrimonio, producendo un danno patrimoniale nei loro confronti. La norma, pur non qualificando la responsabilità in questione, al comma 2 precisa che "l'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo". Il che è coerente con la ricorrenza, nel caso *de quo*, di una responsabilità aquiliana dell'amministratore [7], non sussistendo tra questi ed i terzi danneggiati alcuna relazione diretta.

Se si condivide tale impostazione dovrà parimenti qualificarsi come responsabilità ex-

---

[5] Su questa falsariga sempre il Tribunale di Roma, 27 marzo 2015, ha riconosciuto che "l'emissione di un *rating* errato cagiona … una lesione alla libertà contrattuale dell'investitore (da taluni definita 'positiva' che si distingue dalla lesione 'negativa' della medesima libertà che si verifica quando l'erroneo rating negativo di un titolo abbia dissuaso l'investitore dal concludere il contratto di acquisto di quel titolo orientandolo verso investimenti meno redditizi) che diviene fonte di responsabilità di natura extracontrattuale"; sulla base di tale qualificazione ha ritenuto di non pervenire alla condanna delle agenzie di rating convenute non essendo stata fornita dagli attori la "prova della colpa" che "necessiterebbe, evidentemente, di una valutazione di dissonanza fra i dati che la società di *rating* ha avuto a disposizione ed il *rating* asseritamente errato attribuito: in altre parole, gli attori hanno l'onere di allegare e provare che durante la procedura di formazione del rating non è stato osservato uno degli obblighi relativi alla formazione della valutazione di solvibilità. In assenza di tale attività processuale, infatti, necessariamente si ricadrebbe nella affermazione della responsabilità per effetto di una valutazione di erroneità compiuta *ex post*". Difficoltà di prova per gli investitori che in buona parte giustifica l'affermazione contenuta in una recente voce enciclopedica dedicata all'argomento (M. Bussani, *Agenzie di rating*, in *Diritto on line*, 2019, 6), ove si legge: "in effetti, le agenzie di rating sono state dappertutto – e fino a oggi – sostanzialmente immuni da ogni tipo di responsabilità". In argomento cfr., utilmente, C. Picciau, *Diffusione di giudizi inesatti nel mercato finanziario e responsabilità delle agenzie di rating*, in Collana di Diritto dell'economia diretta da P. Marchetti, 2018.

[6] In senso contrario, con espresso riferimento alla responsabilità delle agenzie di *rating*, cfr., M. Marianello, *Insolvenza dell'emittente ed (ir)responsabilità dell'agenzia di rating*, in *Obbligazioni e contratti*, maggio 2012, 362, che ipotizza la sussistenza di una responsabilità da contatto sociale nei confronti dei terzi che abbiano fatto incolpevole affidamento sulla valutazione di *rating*.

[7] In tal senso cfr., tra le altre, Cass. civ. Sez. VI-1 Ord., 12 giugno 2019, n. 15822, in *Corriere Giur.*, 2019, 8-9, 1139; Tribunale Milano Sez. spec. in materia di imprese, 10 ottobre 2018, in *Pluris Massima redazionale*, 2018.



tracontrattuale, ad esempio, anche quella gravante sul produttore che, nell'etichettare il prodotto [8], fornisca informazioni mendaci od incomplete o, comunque, inidonee a rendere edotto compiutamente il consumatore dei pericoli e/o controindicazioni che conseguano dall'utilizzo di quel dato prodotto alimentare, cosmetico o di uso comune.

3. – Non mancano, tuttavia, casi in cui, malgrado che il contesto non possa qualificarsi "arelazionale", in quanto sono *ab origine* ben determinati sia il soggetto destinatario dell'informazione sia il soggetto che sia tenuta a fornirla, tale relazione si svolga al di fuori di un ambito propriamente negoziale che interessi e coinvolga i medesimi soggetti.

Il caso emblematico è quello delle informazioni fornite dal medico al paziente, al fine del rilascio consapevole del consenso informato [9], laddove il contratto di spedalità, come usualmente accade, sia stipulato tra il paziente e l'ente di cura, ed il medico, tenuto a fornire le informazioni, sia un dipendente dell'ente in questione.

Si consideri, peraltro, che il tema è particolarmente "caldo" alla luce di talune pronunce della giurisprudenza, volte a ritenere risarcibile, talvolta anche al di là di ogni ragionevolezza, il danno da mancato consenso informato, anche qualora l'intervento in concreto praticato sia risultato l'unico possibile, sia stato eseguito correttamente e si sia rivelato risolutivo della patologia riscontrata [10].

Com'è noto la giurisprudenza ha, con orientamento costante a fare data dalla citata sentenza della Cassazione n. 589/1999, ribaltato il precedente orientamento secondo il quale [11] l'accettazione del paziente nell'ospedale comportava la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assumeva a proprio carico, nei confronti del malato l'obbligazione di compiere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura. Poiché a questo rapporto contrattuale non partecipava il medico di-

[8] L'obbligo di etichettatura è anche sancito dal Codice del consumo all'art. 6, che, stabilisce quali debbano essere le indicazioni minime e fondamentali riportate sui prodotti destinati al consumatore e messi in vendita sul territorio nazionale, fornendo così tutte le informazioni utili per poter valutare e scegliere in maniera consapevole. La norma ha carattere residuale e sussidiario e troverà applicazione ogni qual volta non ricorrano discipline specifiche.

[9] Di recente, peraltro, normativamente riconosciuto nella legge n. 219/2017.

[10] In termini Cass. 12 giugno 2015, n. 12205, in *Danno e resp*. 2016, fasc. 4, 394 e ss., con nota, opportunamente, aspramente critica di M. Gazzara; ma vedi anche Cass. 28 novembre 2011, n. 16543, in *Danno e resp*., 2012, 621.

[11] Cass. 8 marzo 1979 n. 1716, in *Giur. it.*, 1981, I,1, 297; ma anche Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141; Cass. 26 marzo 1990, n. 2428; Cass. 13 marzo 1998 n. 2750.



pendente, che provvedeva allo svolgimento dell'attività diagnostica o terapeutica, quale organo dell'ente ospedaliero, la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico era da qualificarsi extracontrattuale, con la conseguenza che, tra l'altro, il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente si prescriveva in cinque anni.

Con la citata sentenza si è posto, invece, l'accento, per fondare la responsabilità contrattuale del medico, da contatto sociale, proprio sulla sussistenza di un forte contesto relazionale che si viene a determinare tra medico e paziente, benché questi abbia concluso il contratto di spedalità con l'ente di cui il secondo è dipendente. Ed infatti, significativamente si legge che considerare il medico che si presenta al paziente come apprestatore di cure all'uopo designato dalla struttura sanitaria quale semplice "autore di un qualsiasi fatto illecito (un quisque) … sembra cozzare contro l'esigenza che la forma giuridica sia il più possibile aderente alla realtà materiale. Detta impostazione riduce al momento terminale, cioè al danno, una vicenda che non incomincia con il danno, ma si struttura prima come "rapporto", in cui il paziente, ***quanto meno in punto di fatto***, si affida alle cure del medico ed il medico accetta di prestargliele". È da tale innegabile constatazione relazionale che consegue che "l'obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul cd. contatto sociale, ha natura contrattuale" con la conseguenza che "relativamente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale".

Questo orientamento, pur condivisibile sotto il profilo qualificatorio della responsabilità in questione, ha contribuito non poco a determinare il fenomeno della cosiddetta "medicina difensiva" che, volta ad arginare il dilagare di azioni civili spesso strumentali, ha comportato, tra l'altro, la prescrizione di esami diagnostici inappropriati al solo scopo di evitare responsabilità civili, con gravi conseguenze sia sulla salute dei cittadini, sia sull'aumento delle liste di attesa e dei costi a carico delle aziende sanitarie.

Tale insieme di cose ha indotto il legislatore nazionale, ad emanare, a distanza di pochi anni tra loro, due provvedimenti legislativi, più o meno dichiaratamente finalizzati a ridurre l'esposizione personale dei medici, oltre che sotto il profilo penalistico anche sotto il profilo civilistico. Prima, con il decreto Balduzzi [12] (d.l. 13 settembre 2012, n. 158)

[12] L'art. 3, comma 1, così disponeva: *"L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del co-*



– ove, però, il riferimento all'art. 2043 c.c. non è stato ritenuto dirimente, dalla prevalente giurisprudenza, per escludere una responsabilità contrattuale, da contatto sociale, del medico ospedaliero – poi, con la legge n. 24/2017 (c.d. legge Gelli-Bianco).

In quest'ultimo provvedimento il legislatore ha disegnato, un doppio binario, della responsabilità medica, configurando, esplicitamente all'art. 7, una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria (privata o pubblica che sia) e una responsabilità extracontrattuale del medico, salvo che questi abbia stipulato un contratto con il paziente [13].

Ebbene, indipendentemente da ogni considerazione in ordine alla opportunità o meno della scelta operata dal legislatore, si registra che tale intervento normativo, nei termini espliciti in cui è stato declinato, proprio al fine di escludere, in ossequio al principio "*in claris non fit interpretatio*", ogni diversa interpretazione, ha la finalità di superare l'innegabile legame relazionale che viene a crearsi tra medico e paziente nella relazione di cura, anche laddove il contratto di spedalità sia stipulato con l'ente e non con l'operatore medico che di tale ente è dipendente o, comunque, presso tale ente svolge la prestazione.

Analogamente, in tutt'altro ambito, quello della mediazione (art. 1754 ss. c.c.), è agevole constatare che l'attività svolta dal mediatore è idonea ad instaurare un innegabile legame relazionale sia tra il mediatore ed i soggetti intermediati, nella mediazione cd. tipica, sia tra il mediatore e la parte dell'affare intermediato che al primo non abbia conferito alcun incarico, nella cd. mediazione atipica; pur non sussistendo, in entrambe le ipotesi suddette, alcun vincolo contrattuale che leghi il mediatore ai predetti soggetti. Ebbene, con riferimento alla natura della responsabilità del mediatore per aver fornito alle parti informazioni inesatte [14], la Cassazione [15] ha evidenziato che l'assenza di un fondamento negoziale del rappor-

---

dice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".

[13] Il comma 3 dell'art. 7, della legge 8 marzo 2017, n. 24, così recita: "*L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente*".

[14] È noto che secondo il disposto dell'art. 1759 c.c., il mediatore, indipendentemente se sia stato o meno incaricato da una o da entrambe le parti, ha l'obbligo di comunicare ad esse «le circostante a lui note relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, che possono influire sulla conclusione di esso». Si tratta di un dovere di informazione, da leggersi anche alla luce degli artt. 1175 e 1176 c.c., nonché della disciplina dettata dalla legge n. 39/1989 – che ha posto in risalto la natura professionale dell'attività del mediatore, finalizzato ad assicurare alle parti dell'affare eventualmente a concludersi una puntuale rappresentazione dei termini di esso. L'informazione dovuta dal mediatore concerne tutti gli elementi a questi noti o, secondo taluna più recente e rigorosa giurisprudenza, anche solo conoscibili con l'uso della diligenza richiesta ad un operatore professionale. L'obbligo di corretta informazione gravante sul mediatore deve intendersi comprendente sia, in senso positivo, la comunicazione di circostanze note o conoscibili con l'ordinaria diligen-



to, "non è, perciò stesso, ostativa alla configurabilità di una responsabilità contrattuale del mediatore nei confronti delle parti messe in relazione, ciò in virtù del «contatto sociale» che si crea tra queste ultime ed il mediatore, in ragione dell'attività da questi svolta". Conclusione cui senz'altro si può aderire non solo in virtù della circostanza fattuale che il mediatore, nello svolgimento della sua attività, instaura, indipendentemente da se abbia o meno ricevuto un incarico dalle parti, una relazione con esse, quali soggetti predeterminati destinatari delle informazioni relative all'affare intermediato, ma anche della considerazione che la sussistenza della responsabilità contrattuale si afferma ogni qual volta vi sia l'inadempimento di un'obbligazione ossia la violazione di un dovere *relativo*, indipendentemente dalla fonte negoziale o meno di esso; e poiché l'obbligo in questione, per il mediatore, sorge *ex lege* dall'art. 1759 c.c. nei confronti delle parti dell'affare, norma peraltro dettata nel contesto della mediazione cd. tipica, ossia di fonte non contrattuale, dovrà ritenersi che l'inadempimento o l'inesatto adempimento dell'obbligo in questione generi, in ogni caso, una responsabilità contrattuale [16].

4. – Alla luce di quanto innanzi e volendo tirare le fila di queste brevi considerazioni, sembra ragionevole sostenere che l'elemento discriminante, per escludere nei confronti dei terzi una responsabilità da contatto sociale – dunque contrattuale – in capo a colui che, pur essendo tenuto (*ex lege* o *ex contractu*) ad adempiere ad un obbligo informativo, abbia fornito informazioni inesatte sulle quali i predetti terzi abbiamo fatto incolpevole affidamento, debba individuarsi nella sussistenza o meno di un ambito relazionale che, in punto di fatto, venga a determinarsi e, comunque, possa individuarsi tra il soggetto tenu-

---

za; sia, in senso negativo, il divieto di fornire informazioni non veritiere o su circostanze delle quali il mediatore non abbia consapevolezza o non abbia controllato, poiché il dovere di correttezza e quello di diligenza gli imporrebbero di astenersi dal darle. Volendo qui esemplificare rientreranno tra dette informazioni quelle concernenti le condizioni economiche degli stipulanti, lo stato di insolvenza di essi, i vizi del bene oggetto del contratto e la sua regolarità urbanistica, l'eventuale diritto di comproprietà di esso, l'esistenza di iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli etc., la cui conoscenza può influenzare l'affare, favorendolo o pregiudicandolo. Non rientrano, invece, quelle informazioni che, per loro natura, presuppongono una peculiare competenza tecnico-giuridica. Sul punto per maggiori approfondimenti, si rinvia a S. Monticelli, voce "Mediazione" in *Treccani, Diritto on-line* 2017, http://www.treccani.it/enciclopedia/mediazione, S. Monticelli, *Vendita immobiliare ed obblighi d'informazione dei professionisti incaricati*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, vol. 3, 937 ss.

[15] Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Contratti*, 2009, p. 1085, con nota di F. Toschi Vespasiani, *Mediazione tipica ed atipica e contratto di mandato* ed *in Corr. giur.*, 2010, p. 206, con nota di R.P. Puce, *La mediazione è attività giuridica in senso stretto. Tutto il resto è mandato: Approdo discutibile e controverso.*

[16] Cfr., per ulteriori approfondimenti, S. Monticelli, *op. ult. cit.*, 942 ss.



to all'informazione e il terzo che, pur non essendo creditore del soggetto obbligato a fornirla, comunque la riceve e su di essa faccia affidamento. Qualora il terzo non entri in una specifica relazione *preventiva* con il soggetto debitore dell'informazione, e non sia *direttamente destinatario* di essa [17], la circostanza che vi abbia fatto affidamento dopo che tale informazione sia stata resa, non consente di delineare la sussistenza di un contatto sociale e di ricondurre la relativa responsabilità che ne derivi, a causa dell'inesattezza dell'informazione fornita, nell'ambito contrattuale.

[17] Efficacemente, in proposito, M. Gazzara, *Danno alla persona da contatto sociale. Responsabilità e assicurazione*, Napoli, 2007, 72, evidenzia "che quello che fa la differenza (tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale) non è la natura dell'obbligo violato né il contenuto del comportamento doveroso, ma la determinabilità *a priori* dei soggetti del rapporto obbligatorio".

JUS CIVILE



EMANUELE TUCCARI

Assegnista di ricerca – Università del Piemonte Orientale

SOPRAVVENIENZE E RIMEDI AL TEMPO DEL COVID-19

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. Problemi diversi ma connessi, soluzioni distinte ma coordinate. – 3. La sospensione delle udienze e dei termini processuali e l'esigenza di soluzioni negoziali. – 4. Le soluzioni rimediali tradizionali. – 5. Le soluzioni rimediali emergenziali. – 5.1. I contratti di abbonamento per l'accesso ai servizi offerti da palestre, piscine ed impianti sportivi, i contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura e i contratti di trasporto, di pacchetto turistico e di soggiorno. – 5.2. I contratti di locazione ad uso commerciale. – 6. Conclusioni "de iure condito" e suggestioni "de iure condendo".*

1. – L'emergenza sanitaria che colpisce il nostro Paese, a seguito della diffusione contagiosa del Covid-19 (c.d. "Coronavirus"), rappresenta sicuramente un evento drammatico che ha sconvolto la vita di tutti noi. Quest'emergenza ha portato con sé la perdita di decine di migliaia di vite umane e l'adozione di stringenti misure di contenimento limitative della nostra libertà (dalle restrizioni alla libertà di movimento, attraverso il divieto di uscire dalla propria abitazione se non per cause prestabilite, ai vincoli posti alla libertà d'iniziativa economica privata, tramite la chiusura forzata, totale o parziale, delle attività commerciali, nonché delle attività produttive non essenziali).

Le conseguenze più significative riguardano purtroppo le fasce più deboli e fragili della popolazione sia con riferimento alla *salute pubblica* (pur apparendo ormai lontane le riflessioni circa una sostanziale immunità della popolazione giovanile al *virus*, non è, perlomeno attualmente, in discussione l'oggettiva maggiore letalità dell'infezione fra soggetti anziani e con malattie pregresse) sia con riferimento alle *difficoltà economiche* (particolarmente devastanti nell'ambito dei ceti sociali medio-bassi). Uno scenario capace di mettere a repentaglio, com'è stato autorevolmente sostenuto [1], la comunità naziona-

[1] Cfr., nella letteratura giusprivatistica, F. DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *giustiziacivile.com*, 12 marzo 2020, 1 ss.; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020, 1 ss.



le (e non solo)[2]: si tratta di una duplice sfida (sanitaria ed economica) che non possiamo permetterci di perdere. Non è un caso che – seppure con alcuni *deficit* di chiarezza[3] (derivanti soprattutto dal ricorso a strumenti normativi non sempre appropriati[4], dalla sistematica sovrapposizione di disposizioni nazionali, regionali e locali[5], e da un *drafting* legislativo spesso discutibile[6]) – la maggior parte delle recenti misure siano rivolte a supportare la popolazione nella sfida per la sopravvivenza, fisica ed economica, ancor oggi in atto.

Ciò non toglie che, a fianco delle drammatiche vicende appena richiamate, l'emergenza del c.d. "Coronavirus" ponga, com'è stato da più parti già sottolineato, anche una serie di questioni strettamente giusprivatistiche. Si tratta, in particolare, di problematiche sorte soprattutto nell'ambito di rapporti contrattuali di durata a prestazioni corrispettive, ove l'adozione delle misure di contenimento contro la diffusione ed il contagio da Covid-19 – a partire dal divieto di uscire di casa, dall'interruzione forzata (e prolungata) di molte attività commerciali e produttive ritenute non essenziali (o strategiche) e, più in generale, dalle severe limitazioni che scandiranno il ritorno di tutti alla normalità – si configurano come sopravvenienze, verificatesi nell'intervallo temporale fra il perfezio-

---

[2] L'ex presidente della Banca Centrale Europea Mario Draghi si è spinto ad affermare: "The coronavirus pandemic is a human tragedy of potentially biblical proportions" (M. DRAGHI, *We face a war and must mobilise accordingly*, in *FT Series. Coronavirus: the economic cure*, *https://www.ft.com/content/c6d2de3a-6ec5-11ea-89df-41bea055720b*).

[3] Sul punto, cfr. S. CASSESE, *Il dovere di essere chiari*, in *Il Corriere della Sera*, 24 marzo 2020, 1, 28.

[4] L'abuso dello strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri durante l'emergenza sanitaria ha sollevato non poche perplessità nella letteratura (specie giuspubblicistica): non è mancato, infatti, chi ha sottolineato l'esigenza di ricorrere maggiormente all'adozione di decreti legge anziché di DPCM (cfr. L. A. MAZZAROLLI, *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale*, in *www.federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020, 1 ss.; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *www.federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020, 1 ss.) e chi ha lamentato soprattutto il mancato coinvolgimento (o il coinvolgimento solo marginale) del Parlamento nella gestione della crisi (G. AZZARITI, *I pieni e solitari poteri del capo del governo* extra ordinem, in *Il manifesto*, 19 marzo 2020, in *https://ilmanifesto.it/i-pieni-e-solitari-poteri-del-capo-del-governo-extraordinem/*).

[5] Cfr. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *www.federalismi.it*, 18 marzo 2020, 6, 2020, IV ss., spec. IX; A. RUGGERI, *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 21 marzo, 2020, 1, 2020, 368 ss., spec. 372 ss.; F.F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 18 marzo 2020, 1 ss.

[6] Cfr. S. CASSESE, *Il dovere di essere chiari*, cit.; A. RUGGERI, *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., 375. Per una riflessione recente sul ruolo del *drafting* legislativo, cfr. A. BELVEDERE, *Alcuni aspetti del* drafting *legislativo*, in *juscivile*, 2019, 73 ss.



namento dell'accordo e la completa esecuzione della prestazione dovuta, tali da sconvolgere l'originario assetto contrattuale stabilito dalle parti.

L'attuale situazione sollecita pertanto, oltre all'azione del personale medico-sanitario e all'intervento dei maggiori esperti economici, la riflessione dei giuristi circa l'individuazione dei possibili strumenti per reagire prontamente ai possibili effetti dell'emergenza nell'ambito dell'esecuzione dei rapporti fra privati. S'intende così contribuire, con umiltà, allo sforzo ricostruttivo sollecitato dai primi commentatori circa gli effetti dell'emergenza sanitaria da Covid-19 nel diritto dei contratti [7].

A tal fine, la presente analisi – dopo una riflessione preliminare sull'opportunità di coordinamento fra rimedi "macro-" e "micro"-scopici (§ 2) e sulla preferenza per soluzioni negoziali (§ 3), nonché un'essenziale sintesi della disciplina generale sulle sopravvenienze (§ 4) – prenderà in considerazione le principali novità legislative (contenute nei provvedimenti emergenziali finora adottati) (§ 5 ss.) per poi concludere con alcune sintetiche proposte funzionali, per un verso, a ricostruire l'attuale sistema rimediale e, per un altro, a fornire possibili nuove risposte alle sfide poste dall'emergenza (giuridica ed economica) da Covid-19 (§ 6).

2. – Mai come stavolta l'analisi del giusprivatista deve partire dalla comprensione delle caratteristiche "macro-scopiche" (e non più soltanto "micro-scopiche") dello *shock* prodotto dalle misure di contenimento. Sia chiaro: si tratta di prender in considerazione problemi *distinti*, ma *connessi fra loro*. Il problema "macro-scopico", riconducibile all'effetto delle misure di contenimento sull'intero mercato, è destinato a comportare verosimilmente un significativo impoverimento della popolazione nel suo complesso. Il problema "micro-scopico", che ci riguarda (come privatisti) più da vicino, attiene all'effetto diretto delle misure sulla singola relazione contrattuale. Un esempio ci aiuterà a comprendere meglio: le misure di contenimento possono comportare l'impoverimento del conduttore, perché licenziato o posto in cassa integrazione a seguito della crisi, mettendolo conseguentemente in difficoltà nel pagare il canone al locatore come nell'acquistare beni di prima necessità (si tratta di riflessi del problema, per così dire, "macro-scopico"), ma le stesse misure di contenimento possono anche stravolgere l'accordo su cui era fondato l'originario contratto stipulato dal conduttore con il locatore di un immobile ad uso commerciale non più aperto al pubblico oppure riaperto al pubblico con si-

[7] Cfr. A. M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020.



gnificative limitazioni rispetto al passato (si tratta di conseguenze dirette del problema, per così dire, "micro-scopico"). Sono problemi chiaramente distinti.

Soltanto il secondo problema, quello c.d. "micro-scopico", rientra solitamente nell'analisi sulle sopravvenienze contrattuali, perché le misure di contenimento finiscono per incidere direttamente sulle prestazioni dovute dalle parti e sulla loro relazione contrattuale. Pensare, però, di elaborare strumenti rimediali predeterminati per affrontare l'attuale crisi a livello "micro-scopico" senza considerare la soluzione del problema "macro-scopico" (rappresentato, in sostanza, dal pericolo di un impoverimento generalizzato dell'intera popolazione) rischia di rivelarsi velleitario. In altri termini, sembra poco credibile – in assenza d'importanti iniezioni liquidità nel sistema, nonché di aiuti significativi, monetari e fiscali, agli attori economici del mercato (dalle famiglie alle imprese) – la pretesa d'individuare regole capaci di addossare gli effetti dell'attuale situazione sempre ad alcuni anziché ad altri contraenti. Velleitario o addirittura controproducente. Pervenire, infatti, a rimedi contrattuali, a livello perciò "microscopico", eccessivamente "rigidi" rischia di costringere intere categorie di attori economici ad assumersi costi talmente significativi da sconvolgere non soltanto l'economia del singolo rapporto contrattuale, ma anche la stabilità di interi settori economici per una sorta di effetto "domino" riconducibile al propagarsi, con ogni probabilità, della "crisi" contrattuale alla "crisi" (aziendale o personale) del contraente. Si pensi, per esempio, all'impresa somministrante che si è trovata nell'impossibilità, per via delle misure di contenimento, di consegnare delle materie prime nell'ambito di un importante cantiere edilizio lombardo: si tratta senza dubbio, sotto il profilo strettamente civilistico, di un'ipotesi d'impossibilità temporanea *ex* art. 1256, comma 2, cod. civ. Ma cos'accadrà ad imprese del genere se non ricevono alcun aiuto nell'immediato? Come saranno pagati, nel frattempo, lavoratori ed eventuali subfornitori? Come riusciranno ad adempiere tutti i soggetti coinvolti (persone fisiche e giuridiche) ai loro obblighi fiscali? L'originario problema (per così dire, "microscopico") dell'impossibilità temporanea della consegna delle materie prime rischia così di provocare, con il passare del tempo, non soltanto difficoltà nell'ambito del contratto di somministrazione, ma, a seguire, una serie di crisi aziendali e familiari.

Nell'ottica di chi scrive, pertanto, *a fronte di problemi (micro e macro-scopico) diversi, ma – come si è cercato di rilevare – pericolosamente connessi, risulta necessario fornire soluzioni, seppure distinte, coordinate fra loro.*

Non c'è dubbio – com'è stato, infatti, puntualmente già sottolineato [8] – che le singole

[8] V., per tutti, T. DALLA MASSARA, *Emergenza sanitaria ed esigenza di regole: scenari e proposte*, in *dirittobancario.it*, 30 marzo 2020, 1 ss.



soluzioni rimediali (preferibilmente manutentive dell'originario rapporto contrattuale per evitare che la perdita dei singoli contratti porti a conseguenze più gravi di tipo sistemico, come l'irreversibile crisi di numerose famiglie e aziende) richiedano l'adozione contestuale di misure (giuridiche, fiscali ed economiche), a livello "macro-scopico", a dir poco incisive per evitare di predisporre una risposta non adatta all'attuale situazione di crisi complessiva [9]. Serve una risposta articolata che non può esaurirsi soltanto in una risposta rimediale "micro-scopica", ma che deve coinvolgere tutti gli ambiti del diritto (pubblico e privato) e dell'economia tramite un approccio "integrato" che consenta di evitare riflessi pericolosi nell'ambito di problemi e settori, come si è visto, sempre più interconnessi. Le risposte ai problemi (giuridici, economici e fiscali) saranno pertanto soluzioni *distinte* ma necessariamente *coordinate* fra loro [10].

L'attuale crisi sembra, infatti, capace di incidere significativamente sulla vita di tutti noi e, direttamente o indirettamente, sulla maggior parte delle nostre relazioni contrattuali, richiedendo soluzioni rapide ed efficaci da coordinare fra loro perché, riprendendo (seppur *a contrario*) le parole rese celebri da due prestigiosi economisti, "this time is different" [11].

Senza cedere pertanto né alla pretesa di risolvere i problemi di oggi soltanto con i rimedi contrattuali di ieri, né alla suggestione opposta di stravolgere completamente "quel 'miracolo' tedesco che è il rapporto obbligatorio" [12], sembra preferibile imboccare una stretta via che – perlomeno in uno Stato (come quello italiano) che si proclama (spesso ancora prima di esserlo realmente) [13] fondato sul dovere di solidarietà politica, economi-

---

[9] Risulta pertanto difficile pensare di risolvere stavolta i problemi giusprivatistici (così come sanitari ed economici) senza un'azione "integrata" fra i vari soggetti del mercato. Per un approccio "integrato" nell'ambito delle scienze sociali, cfr., *ex multis*, C. PASSERA, *Un piano integrato per affrontare la crisi sanitaria ed economica*, in *IlSole24Ore*, 5 aprile 2020, 1, 13; M. MINENNA, *Coronavirus bond: ecco l'alternativa*, in *IlSole24Ore*, 5 aprile 2020, 1, 11.

[10] Nella stessa direzione mi sembrano muoversi le considerazioni di C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza COVID-19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020, spec. 7 ss.

[11] C. M. REINHART, K. S. ROGGOFF, *This Time Is Different*, Princeton University Press, 2009 (trad. it. *Questa volta è diverso*, Milano, 2010). Il testo era volto, infatti, a riflettere – più che sulle peculiarità – sulle considerevoli somiglianze che, quasi sempre, si riscontrano fra le crisi finanziarie succedutesi nel corso del tempo e nei vari Paesi.

[12] M. SPANÒ, *Il contratto in "crisi". Su sopravvenienze, solidarietà e politica del debito*, in *https://www.dinamopress.it/news/contratto-crisi-sopravvenienze-solidarieta-politica-del-debito/*. Nello stesso senso sembrano muoversi le considerazioni di R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *giustiziacivile.com*, 9 aprile 2020, 1 ss.; R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, in *giustiziacivile.com*, 6 maggio 2020, 1 ss.

[13] Com'è stato recentemente sottolineato, "le declamazioni solidaristiche – una costante negli ultimi decenni, specie in alcune discutibili declinazioni giurisprudenziali – ora possono affrontare una sfida vera,



ca e sociale (art. 2 Cost.)[14] – deve necessariamente passare per un'attenta riconsiderazione ed integrazione di rimedi contrattuali, tradizionali ed emergenziali, con i numerosi strumenti (giuridici ed economici) pubblicistici (statali ed europei) nell'ottica di una complessiva *socializzazione dei costi* della crisi[15].

3. – Nell'ottica di un approccio "integrato", lo studioso delle sopravvenienze contrattuali, per un verso, deve attendere e, in un certo senso, auspicare l'adozione d'incisive misure da parte del Governo nazionale ed europeo (anche tramite il necessario coinvolgimento del sistema bancario nazionale e della B.C.E.) per rispondere al problema rappresentato dall'impoverimento di famiglie ed imprese e, per un altro, deve prospettare, a sua volta, delle ricostruzioni rimediali capaci di fronteggiare efficacemente le conseguenze delle misure di contenimento nelle relazioni contrattuali ed evitare così che tali difficoltà concorrano ad aggravare la crisi dell'intero tessuto economico e sociale del Paese.

In quest'ottica, si devono necessariamente tenere in considerazione le misure emergenziali adottate dal Governo nell'ambito della giustizia civile. In particolare, la sospensione, resa necessaria sempre dall'emergenza sanitaria, delle udienze e dei termini processuali (prorogata fino all'11 maggio 2020)[16], sembra suggerire l'adozione di soluzioni "micro-

---

quella dell'emergenza, per vincere la quale il contratto deve valorizzare il suo lato solidaristico" (A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *I Contratti*, 2020, 214).

[14] La letteratura sul dovere di solidarietà, anche per quanto riguarda i rapporti tra privati, è ormai praticamente sterminata. Per un'autorevole (e recente) riflessione sulla solidarietà nel nostro ordinamento, cfr., per tutti, S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 3 ss., 39 ss. Rilevanti, ai nostri fini, risultano non soltanto le considerazioni circa la solidarietà come virtù dei tempi difficili e, al contempo, fondamento dell'intero sistema, ma anche le riflessioni sulla specificazione costituzionale del principio di solidarietà come "un insieme di doveri […] declinati con riferimento alla politica, all'economia, alla socialità" (come noto, infatti, l'art. 2 Cost. recita: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, *e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*"). Per alcune recenti riflessioni (di ampio respiro) sulla solidarietà, cfr. U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020, 1 ss.

[15] S'intende così riecheggiare formulazioni che, a vario titolo ed in ambiti diversissimi del sapere, richiamano lo sforzo di collaborazione fra gli uomini di fronte a particolari avversità (si pensi per esempio – come riportato da C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza COVID-19: quale ruolo per il civilista?*, cit., spec. 5 – alla "social catena" di leopardiana memoria). Per una significativa (e forse fin eccessiva) ripresa dell'ideale della solidarietà nell'ambito contrattuale, cfr. G. FEDERICO, *Adeguamento del contratto e doveri di solidarietà: per un'ermeneutica della dignità*, in *http://www.questionegiustizia.it/articolo/adeguamento-del-contratto-e-doveri-di-solidarieta-per-un-ermeneutica-della-dignita_09-04-2020.php.*

[16] La sospensione delle udienze e dei termini processuali, prevista dapprima dall'art. 1, comma 1 e 2, del



scopiche" fondate più sull'autonomia privata che sull'immediato ricorso all'intervento giudiziale.

Nessuna reale possibilità di scelta è stata data fino a metà maggio 2020: la sospensione delle udienze e dei termini processuali ha imposto alle parti di cercare una soluzione negoziale, prima ancora che giudiziale, per affrontare le circostanze sopravvenute durante l'esecuzione del rapporto contrattuale.

Anche in un secondo momento, però, non sembra auspicabile che la soluzione nel caso di sopravvenienze riconducibili all'adozione delle misure di contenimento passi, almeno nella maggior parte dei casi, per l'intervento del giudice. E ciò per almeno tre ordini di ragioni.

Il primo è legato alle tempistiche della nostra giustizia civile che rischia di trovarsi "assaltata" dalle nuove (e più disparate) domande, con inevitabili ulteriori rallentamenti e disagi per imprese e famiglie (fino ad oggi) sopravvissute.

Il secondo ordine di ragioni è legato alla convinzione che – data l'eccezionalità della situazione ed i possibili riflessi delle misure di contenimento su ogni genere di contratto e di contraenti (spesso ciascun soggetto avrà concluso più accordi con caratteristiche molto diverse fra loro, ma ugualmente stravolti dalle misure di contenimento) – la soluzione, a livello "micro-scopico", dev'essere fornita prevalentemente dall'autonomia dei privati, che conoscono bene non soltanto le conseguenze delle circostanze sopravvenute, ma anche le caratteristiche concrete dello specifico rapporto, potendo così delineare congiuntamente (e consapevolmente) una modifica dell'accordo contrattuale originario. In altri termini – a meno di voler affollare, dopo la sospensione, le aule (fisiche o virtuali)

---

decreto legge 8 marzo 2020, n. 11, è stata poi prorogata ai sensi dell'art. 83, comma 1 e 2, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, fino al 15 aprile 2020 e poi nuovamente prorogata ai sensi dell'art. 36, comma 1, del decreto legge 8 aprile 2020, n. 23 fino all'11 maggio 2020. Sulla sospensione delle udienze e dei termini processuali a seguito dell'emergenza sanitaria da Covid-19, cfr. A. PANZAROLA, M. FARINA, *L'emergenza Coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in *giustiziacivile.com*, 18 marzo 2020, 1 ss.; D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020, 1 ss.; A. VILLA, *I termini processuali civili ai tempi del Covid-19*, in *Riv. dir. aff.*, 2020; G. SCARSELLI, *Interpretazione e commento del decreto-legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l'emergenza da COVID 19*, in *www.judicium.it*, 9 marzo 2020; V. LOMBARDI, *Sul recente (e caotico) intervento legislativo in materia di giustizia civile*, in *www.judicium.it*, 23 marzo 2020; P. MACIOCCHI, *Processi fermi fino all'11 Maggio. Fa eccezione la custodia cautelare*, in *IlSole24Ore*, *Focus "Decreto Imprese. Tutte le novità"*, 16 aprile 2020, 15. Sull'argomento è recentemente intervenuta, per fornire talune delucidazioni, la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 10/E del 16 aprile 2020 ("Rinvio delle udienze e sospensione dei termini processuali a seguito dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 – Articolo 83 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 e articolo 36 del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 – Primi chiarimenti", v. *https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/2412777/Circolare+n.+10_16.04.2020.pdf/bc93af91-afa4-aaaa-417a-dca359f49887*).



dei Tribunali (aggiungendo ai consueti rischi del giudizio quelli epidemiologici) – sembra preferibile sempre la soluzione negoziale: chi meglio dei contraenti, se ben indirizzati da legislatore ed interpreti, può conoscere le condizioni specifiche dei singoli rapporti contrattuali nell'attuale situazione di crisi generale?

Il terzo ordine di ragioni, per evitare il ricorso su larga scala all'intervento giudiziale, riprende l'argomento, già accennato, della c.d. "socializzazione dei costi" della crisi. Non si tratta di riconoscere al diritto privato una centralità nella redistribuzione delle ricchezze, sia perché tale compito spetta tradizionalmente ad altri settori del diritto (come, per esempio, al diritto tributario), sia perché, con ogni probabilità, un'eventuale redistribuzione fra i contraenti – ricorrendo, cioè, a metodi rimediali contrattuali (o, in senso lato, "privatistici") – difficilmente risulterebbe efficace come quella realizzata con strumenti pubblicistici (capaci di meglio contemperare gli interessi del singolo cittadino con quelli dell'intera popolazione). Ciò che s'intende promuovere sotto il profilo civilistico – tramite soprattutto l'attività negoziale delle parti (ma non solo) [17] – è ben altra cosa: si tratta di fornire un contributo ad una rapida ricollocazione dei costi sopravvenuti, in attesa d'inevitabili interventi pubblici, su chi realisticamente meglio può sopportarli nell'immediato, per evitare, anche grazie all'eventuale modifica delle singole relazioni contrattuali, un'*empasse* potenzialmente fatale per interi settori economici. A tal fine, la buona fede nell'esecuzione dei rapporti e la leale collaborazione fra le parti *ex* art. 1375 cod. civ. (seppure riletti nell'ottica del principio costituzionale di solidarietà) rischiano, però, di non bastare, senza dati normativi capaci perlomeno d'indirizzare i contraenti nella rapida composizione dei loro interessi.

Si proverà pertanto a ricostruire ed interpretare l'attuale sistema delle soluzioni rimediali, tradizionali ed emergenziali, di gestione delle sopravvenienze nell'intento d'incentivare al massimo la collaborazione fra le parti per affrontare le difficoltà contrattuali derivanti dall'adozione delle necessarie misure di contenimento [18].

4. – Sono stati recentemente ricostruiti i rapporti fra le due fattispecie – delineate, come noto, già dal codice civile del '42 – dell'*eccessiva onerosità* e dell'*impossibilità* sopravvenuta: si distinguono le "sopravvenienze che producono un'alterazione soprattutto del prezzo di mercato delle prestazioni, il cui contenuto permanga [sostanzialmente] immodificato

[17] Cfr., *infra*, § 5.1.

[18] Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza COVID-19: quale ruolo per il civilista?*, cit., 1 ss.



[cc.dd. "variazioni quantitative"], e quelle che incidono, prima ancora che sulla misura dei valori scambiati, sul contenuto stesso delle prestazioni [cc.dd. "variazioni qualitative"]" [19].

Nel corso del tempo, all'originaria visione c.d. "oggettivistica" dell'impossibilità, che ne riscontrava gli estremi soltanto in presenza di un impedimento naturale, oggettivo e assoluto, non superabile con alcuno sforzo umano [20], si è contrapposta una visione c.d. "soggettivistica", che rilevava un'impossibilità sopravvenuta già di fronte ad un evento non superabile con uno sforzo diligente da parte del debitore [21]. Le ricostruzioni "intermedie" – oggi prevalenti – cercano di attenuare il rigore delle posizioni precedenti ("oggettivistica" e "soggettivistica"), delineando un'impossibilità pronta a scattare solo nel caso di "inesigibilità della condotta" [22]. Nell'ottica più recente, "dovendosi riportare am-

---

[19] T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur dir. priv.*, 2007, 1099. La distinzione tra conformazione "qualitativa" del patrimonio e conformazione "quantitativa" di esso è stata introdotta da A. BELFIORE, *Il contratto in generale. La Presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di M. BESSONE, vol. XIII, t. IV, Torino, 2003, 10, nt. 24; ID., *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, 276 ss.; ID., voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1326. Valorizzata di recente da T. MAUCERI (*op. cit.*, 1099), era già stata ripresa da A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, *Artt. 1453-1454*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, 16; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, 76 ss., 313 ss.; A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 846 ss.; L. CABELLA PISU, *Eccessiva onerosità e sopravvenienze contrattuali*, in *Clausole e principi generali nell'elaborazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di L. CABELLA PISU e L. NANNI, Padova, 1998, 375 ss.; EAD., *I rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., 537 ss., spec. 539-540, 569. Di recente, anche in un'ottica comparatistica, cfr. F. P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di* civil *e di* common law, Napoli, 2003, 7 ss.

[20] Sul punto, cfr., per tutti, G. OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, I, 325 ss., 469; ID., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 594; ID., voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 287 ss. In giurisprudenza, cfr. CASS., 13 agosto 1990, n. 8249, in *Mass. Giur. it.*, 1990, 982. Per una recente rilettura dell'insegnamento di Giuseppe Osti, cfr. C. M. BIANCA, *Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1277 ss.; G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1 ss.

[21] La teoria c.d. "soggettivistica" dell'impossibilità sorge nell'alveo della dottrina tedesca (cfr., *ex multis*, G. HARTMANN, *Die Obligation*, Erlangen, 1875, 241 ss.). Nella letteratura italiana, dopo l'entrata in vigore dell'attuale codice civile, cfr., per tutti, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, VIII ed., Milano, 1950, 235.

[22] In questo senso, cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 281 ss.; ID., *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, 87 ss.; ID., voce *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1078 ss.; C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, IV, Milano, 1993, 528 ss.; N. DI PRISCO, *Impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, IX, 1, II ed., Torino, 1999, 437 ss. In giurisprudenza, cfr. CASS., Sez. Un., 14 gennaio 2015, n. 470, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015; CASS., Sez. Un., 6 aprile 2017, n. 8896, in *Giust. Civ. Mass.*, 2017.



bedue le nozioni al comune concetto della difficoltà della prestazione" [23], sembrerebbe riavvicinarsi pertanto, almeno parzialmente, l'impossibilità all'eccessiva onerosità sopravvenuta.

Le due figure non risultano, però, contigue nella scala delle difficoltà, ma si mantengono su piani diversi [24]: la disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta, anziché preoccuparsi soltanto di soccorrere il contraente in difficoltà materiali nell'esecuzione, sembra considerare soprattutto gli "accidenti relativi ai valori economici e alle loro proporzioni" [25]. In altri termini, malgrado il minimo comun denominatore sia rappresentato dalla difficoltà sopravvenuta durante l'esecuzione del rapporto, la disciplina dell'eccessiva onerosità si preoccupa prevalentemente di contrastare lo squilibrio fra le prestazioni originarie, mentre le regole dell'impossibilità (totale o parziale) scattano soltanto nel caso d'inesigibilità (totale o parziale, definitiva o temporanea) della singola prestazione dovuta. Il confine fra le due figure viene pertanto (simbolicamente) ricollocato "là dove la maggior onerosità è tale da snaturare la prestazione" [26].

Sulle diverse possibili ricostruzioni della nozione d'impossibilità, cfr. C. CASTRONOVO, *L'impossibilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 1 ss.; F. MEZZANOTTE, *Impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, vol. III, t. I, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2009, 316 ss.; G. SMORTO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Art. 1256*, in AA.VV., *Delle obbligazioni*, II, a cura di V. CUFFARO, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2013, 672 ss., spec. 675 ss.

[23] A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 416 ss., spec. 440.

[24] La dottrina maggioritaria evidenzia come eccessiva onerosità ed impossibilità "si traducano in criteri operanti su piani distinti [...]": "si tratta di una diversità di nozioni che non può essere espressa in una maggiore o minore intensità dell'ostacolo" (cfr. C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca. Artt. 1218-1229*, Bologna-Roma, 1979, 144, nt. 2).

[25] E. REDENTI, *Sulla nozione di «eccessiva onerosità»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 344 ss., spec. 347. Nello stesso senso sembra muoversi la dottrina maggioritaria, cfr., *ex multis*, C. M. BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, V, Milano, II ed., 2012, 414 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., Milano, 2011, 945 ss.

[26] P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 531. Si pensi alle circostanze, divenute ormai (giuridicamente oltre che storicamente) celebri, dei cc.dd. "Suez cases": l'esecuzione dei contratti di trasporto navale, che prevedevano il passaggio dei mezzi attraverso il canale di Suez, è risultata sensibilmente più difficile a seguito del blocco del canale nell'autunno del 1956 (in occasione della c.d. "crisi di Suez") e nel giugno del 1967 (a seguito della guerra arabo-israeliana c.d. "dei sei giorni"), permettendo la consegna delle merci soltanto al termine della ben più lunga e gravosa rotta del Capo di Buona Speranza. Ne deriva uno snaturamento dell'originaria prestazione del vettore: il trasferimento navale delle merci, a seguito del blocco del canale, risulta inesigibile (secondo le modalità concordate *ab origine*) e pertanto, alla luce della ricostruzione prevalente, impossibile. Nella giurisprudenza italiana, cfr. Cass., 18 settembre 1961, n. 2029, in *Giust. civ.*, 1962, I, 87; Coll. arb., 26 gennaio 1971, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, 692, e in *Dir. mar.*, 1971, 545. Nella giurisprudenza straniera di *common*



Nello stesso senso sembra muoversi anche l'evoluzione del dibattito dottrinale sulla *ratio* dell'eccessiva onerosità sopravvenuta con il graduale superamento della c.d. "teoria dell'attuabilità" – che riavvicinava le due figure di sopravvenienze, perché considerava l'eccessiva onerosità come "un'impossibilità attenuata, o relativa, della prestazione: una difficoltà nell'effettuazione di questa, che, pur non assurgendo a vera e propria impossibilità, rappresenta tuttavia un gradino nella scala della «possibilità della prestazione» più basso della impossibilità che costituisce l'ultimo gradino"[27] – e la (sempre maggior) diffusione della c.d. "teoria dell'equilibrio", che distingue le due figure, perché riconosce la funzione prevalente dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nella protezione dell'originario equilibrio tra le prestazioni dovute[28].

D'altronde, il trattamento normativo dell'eccessiva onerosità e dell'impossibilità so-

---

law, sempre sui cc.dd. "Suez cases", cfr. *Carapanayoti & Co., Ltd., v. E.T. Green, Ltd.*, in 1 *Q. B.*, 1959, 131, in 3 *W.L.R.*, 1958, 390; *Tsakiroglou & Co., Ltd., v. Noblee Thorl G.m.b.H.*, in 2 *Q.B.*, 1960, 348, in 2 *W.L.R.*, 1960, 869, in *A.C.*, 1962, 93, in *W.L.R.*, 1961, 633, in 2 *All. E. R.*, 1961, 179. D'altronde, com'è ovvio, l'adozione della nozione tradizionale – "oggettiva" e "assoluta" – dell'impossibilità, escludendo ogni margine d'applicazione dell'istituto nei casi di specie, potrebbe "aprire le porte" all'eccessiva onerosità sopravvenuta. Per uno sguardo complessivo anche sulla disciplina dei cc.d "Suez cases", cfr., per tutti, V. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e «frustration of contract»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, II, 1239 ss.

[27] A. DE MARTINI, *Eccessiva onerosità della prestazione, diminuita utilità della controprestazione e principio di corrispettività, nella dinamica del contratto*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, III, 687. Nella stessa direzione, si colloca l'insegnamento di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 188 ss. Tale visione consente una ricostruzione pressoché unitaria delle sopravvenienze contrattuali, ma non spiega né la diversa rilevanza giuridica né la diversa disciplina rimediale dell'impossibilità e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Peraltro, la c.d. "teoria dell'attuabilità" non sembra risolvere il problema del c.d. "svilimento" della controprestazione (laddove la perdita economica è risentita dal debitore a seguito del minor valore assunto dalla controprestazione, ma la prestazione dovuta – di per sé – non muta le sue caratteristiche originarie).

[28] Sembrano ricondurre la *ratio* dell'artt. 1467 ss. cod. civ. prevalentemente alla c.d. "teoria dell'equilibrio": R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. GROSSO, F. SANTORO PASSARELLI, Milano, III ed., 1972, 288; A. PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952, 84; A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, 99; ID., voce *Eccessiva onerosità*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1960, 334; C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il Codice Civile*. *Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, *sub artt. 1467-1469*, Milano, 1995, 47. Non sembra possibile rintracciare un *vulnus* della c.d. "teoria dell'equilibrio" nemmeno nella necessaria corrispettività fra le prestazioni dovute perché – com'è stato autorevolmente sostenuto (C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 415-416) – "nei contratti a titolo oneroso l'aggravio consiste nella sopravvenuta sproporzione tra i valori delle prestazioni, per cui una prestazione non è più sufficientemente remunerata dall'altra: nei contratti a titolo gratuito l'aggravio consiste nella sopravvenuta sproporzione tra il valore originario della prestazione e il valore successivo". Per una completa ricostruzione del dibattito fra sostenitori della c.d. "teoria della attuabilità" e della c.d. "teoria dell'equilibrio" (cui in questa sede è possibile solo accennare), cfr., per tutti, E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004, 17 ss.



pravvenuta (o, secondo la denominazione più recente, delle "variazioni quantitative" e delle "variazioni qualitative") non è – occorre evidenziarlo con estrema chiarezza – omogeneo, né in termini di rilevanza giuridica dell'evento sopravvenuto, né in termini di tecniche rimediali adottabili. Non a caso, in base alla lettera del codice, le fattispecie generali di eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467 e 1468 cod. civ.) – a differenza delle fattispecie generali d'impossibilità sopravvenuta (artt. 1463 e 1464 cod. civ.) – assumono *rilevanza giuridica* soltanto se, causate da eventi straordinari e imprevedibili, producono modifiche eccessive dell'originario regolamento contrattuale. E la distinzione, come noto, si riflette anche in termini di rimedi esperibili (*ex* artt. 1463 ss. cod. civ.)[29].

Nell'ottica dell'attuale emergenza, si deve pertanto chiarire come, a seguito dell'applicazione delle misure di contenimento, potranno verificarsi diverse fattispecie rientranti, di volta in volta, nell'alveo dell'impossibilità – definitiva o temporanea, totale o parziale – oppure dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Si pensi, per esempio, alla mancata consegna di beni deperibili o alla ritardata consegna di beni non deperibili nell'ambito di una somministrazione (fattispecie d'impossibilità, definitiva o temporanea, della prestazione), oppure all'aumento dei costi e dei prezzi di materiali e di semilavorati – derivanti, a loro volta, dal rallentamento nei controlli transfrontalieri e dalla sospensione della produzione – nell'esecuzione di un appalto (fatttispecie di eccessiva onerosità sopravvenuta).

Dopo aver individuato l'attuale *discrimen* fra l'impossibilità e l'eccessiva onerosità sopravvenuta, si devono però richiamare, prima di riflettere sulla specifica disciplina emergenziale, le coordinate principali dell'ampio dibattito sui rimedi tradizionalmente esperibili nel caso di sopravvenienze contrattuali.

L'apparato rimediale nei confronti delle sopravvenienze produttive di variazioni "qualitative" sull'assetto d'interessi delineato dai contraenti si articola in una disciplina, per un verso, delle obbligazioni (art. 1218 e artt. 1256 ss. cod. civ.) e, per un altro, dei contratti a prestazioni corrispettive (artt. 1463 ss. cod. civ.). Si tratta, come noto, di una disciplina che, a livello di diritto delle obbligazioni, dapprima esclude la responsabilità del debitore per inadempimento nel caso d'impossibilità della prestazione derivante a causa a lui non imputabile (*ex* art. 1218 cod. civ.); poi prevede l'estinzione dell'obbligazione nel caso d'impossibilità definitiva (*ex* artt. 1256, comma 1, cod. civ.) e l'esclusione della responsabilità del ritardo nell'adempimento nel caso d'impossibilità tem-

[29] Cfr. L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta, Artt. 1463-1466 c.c.*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 2002, 146 ss.



poranea (*ex* art. 1256, comma 2, cod. civ.); mentre, a livello di diritto dei contratti a prestazioni corrispettive, delinea lo scioglimento *ipso iure* del rapporto nel caso d'impossibilità totale (*ex* art. 1463 cod. civ.) e pone in capo all'altra parte l'alternativa fra recesso dal contratto e riduzione della controprestazione dovuta nel caso d'impossibilità parziale (*ex* art. 1464 cod. civ.) [30].

A tali disposizioni si aggiungono – oltre ad una miriade di disposizioni, codicistiche e non, riconducibili ai singoli tipi contrattuali, ove l'impossibilità sopravvenuta si declina diversamente anche alla luce della specifica prestazione dovuta (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle disposizioni del contratto d'appalto, artt. 1664, comma 2, e 1672 cod. civ., del contratto di trasporto, artt. 1686 e 1690 cod. civ., e del contratto di mutuo, art. 1818 cod. civ.) – una serie di sofisticate ricostruzioni dottrinali con importanti applicazioni giurisprudenziali [31].

L'orientamento più rilevante, affermatosi nella giurisprudenza di legittimità a partire dal 2007 [32], riguarda la c.d. "impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazio-

---

[30] Le regole richiamate nel testo non sono le uniche sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione (basti pensare, nell'ambito del diritto delle obbligazioni, alle disposizioni di cui agli artt. 1257, 1258, 1259 cod. civ. e, nell'ambito del diritto dei contratti, alle previsioni di cui agli artt. 1465-1466 cod. civ.), ma sono sicuramente le principali e saranno riprese, più volte, nel corso della presente trattazione.

[31] Nell'alveo dell'impossibilità sopravvenuta viene peraltro fatta rientrare, da parte della dottrina, anche la figura (molto dibattuta) della presupposizione (che spesso, non sempre in modo convincente, è stata ritenuta parte delle problematiche relative alle sopravvenienze). Sul punto, cfr. A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 860 ss.; P. SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in corso di pubblicazione (contributo consultato anch'esso grazie alla cortesia dell'Autore). La giurisprudenza, molto indecisa sull'istituto (e conseguentemente sul rimedio) di diritto positivo cui ricondurre la presupposizione nel nostro ordinamento, continua a definirla come una sorta di "condizione implicita": cfr. Cass., 5 marzo 2018, n. 5112, in *DeJure*; Cass., 13 ottobre 2016, n. 20620, in *DeJure*. Nella letteratura italiana, cfr., *ex multis*, C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 46 ss., 190 ss.; ID., *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 130 ss.; G. B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 371 ss.; A. CATAUDELLA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 789 ss.

[32] Cfr. Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Danno e resp.*, 2008, 845 ss., con nota di DELLI PRISCOLI, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2008, I, 531 ss., con nota di NARDI, in *Giur. it.*, 2008, 1133 ss., con nota di IZZI, in *Contratti*, 2008, 241 ss., con nota di CAVAJONI; in *Dir. tur.*, 2007, 375 ss., con nota di G. BENELLI; Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 12; Cass., 2 ottobre 2014, n. 20811, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; CASS., 10 luglio 2018, n. 18047, in *Diritto & Giustizia*, 2018, 11 luglio, in *Guida al diritto*, 2018, 32, 35. L'orientamento – come confermano, seppur con impostazioni abbastanza diverse fra loro, gli studi di V. ROPPO (*Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 ss.), di C.M. BIANCA (*Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 251 ss.) e di M. ARRIGO (*Sopravvenuta impossibilità di beneficiare della prestazione: ovvero la discussa "liberalizzazione" della risoluzione contrattuale nei contratti sinallagmatici*, in *juscivile*, 2019, 300 ss.) – è consolidato anche nella giurisprudenza di merito.



ne": si riconosce così rilevanza giuridica alla mancata attuazione del sinallagma contrattuale e alla mancata realizzazione degli interessi che le parti intendevano soddisfare per mezzo del contratto stipulato (sebbene a fronte di un'assenza di una reale impossibilità giuridica o fisica della prestazione) [33].

Tale visione, fondata soprattutto sulla caducazione sopravvenuta della c.d. "causa in concreto" [34], consente, sempre più spesso, alle parti di chiedere – nonostante taluni persistenti contrasti dottrinali sull'esatta ricostruzione della figura [35] – lo scioglimento del rapporto contrattuale (con il conseguente diritto dell'altra parte, nei contratti a prestazioni corrispettive, di ottenere la restituzione della controprestazione già ricevuta, secondo la disciplina dell'indebito *ex* art. 1463 cod. civ.).

Nell'ambito delle sopravvenienze produttive di variazioni "quantitative" sull'assetto di interessi delineato dai contraenti si è poi sviluppato un ampio dibattito tra due vere e proprie "scuole di pensiero" [36] contrapposte: la prima indica come possibile soluzione nei

---

[33] Sul punto, cfr., *ex multis*, M. DELLACASA, *La cooperazione all'adempimento e rimedi a tutela del debitore*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, già diretto da L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, V. ROPPO, F. ANELLI, Milano, 2019, 612 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il contratto e il fatto illecito*, Milano, 2016, 57; A. DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, Artt. 1256-1259, in *Il Codice Civile. Comm.*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2011, 39 ss.; S. PAGLIANTINI, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Riv. not.*, 2010, 1211 ss.; M. TRIMARCHI, *L'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione*, in *Obbl. contr.*, 2010, 6 ss.; E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, 151 ss.

[34] La letteratura sulla c.d. "causa in concreto" è ormai praticamente sterminata. Per una recente panoramica delle diverse posizioni, cfr., per tutti, A.M. GAROFALO, *Fisiologia e patologia della causa contrattuale. Profili generali e applicazioni specifiche*, in AA.VV., *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, II, a cura di G. PERLINGIERI e L. RUGGERI, Napoli, 2018, 681 ss. Sul punto, con impostazioni diverse fra loro, cfr., *ex multis*, C. M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., 251 ss.; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., 957 ss.; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1672; M. GIROLAMI, *L'artificio della* causa contractus, Padova, 2012, 3 ss.

[35] In particolare, secondo alcuni, la risoluzione conseguente alla sopravvenuta caducazione della causa in concreto costituisce "a tutti gli effetti un'autonoma causa di risoluzione che, seppur condividendo il medesimo esito giuridico con la sopraggiunta impossibilità di adempiere, non sembrerebbe costituirne, in ragione delle differenze summenzionate, una sottocategoria" (M. ARRIGO, *Sopravvenuta impossibilità di beneficiare della prestazione: ovvero la discussa "liberalizzazione" della risoluzione contrattuale nei contratti sinallagmatici*, cit., 309). Per altri rilievi critici, cfr. V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., 957 ss.; F. PIRAINO, *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura* claims made, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1045 ss., spec. 1092 ss.

[36] Cfr. E. SCHANZE, *Failure of Long-Term Contracts and the Duty to Re-negotiate*, in *Failure of Contracts: Contractual, restitutionary and proprietary consequences*, ed. F.D. ROSE, Oxford, 1997, 156, che parla espressamente di "*two schools of thought*", cui corrispondono "*two fundamental doctrinal reactions*



confronti dell'eccessiva onerosità sopravvenuta soltanto la risoluzione del contratto (*ex* art. 1467 cod. civ.) [37]; la seconda – enfatizzando, da un lato, il cambiamento prodotto dagli eventi sopravvenuti sull'equilibrio contrattuale e, dall'altro, la necessità di conservare il rapporto – ritiene di prospettare, invece, un obbligo a carico delle parti di rinegoziare il contratto originario [38].

La dottrina italiana tradizionale [39] si riconosce nella prima delle due scuole di pensiero appena evocate. Si è così sostenuto che, in assenza dei requisiti previsti dal legislatore all'art. 1467 cod. civ., il rischio connesso al verificarsi di eventi perturbativi dell'originario equilibrio contrattuale andrebbe allocato esclusivamente in capo alla parte onerata, alla quale negava qualsiasi rimedio; viceversa, in presenza di tali presupposti, la parte onerata potrebbe agire per la risoluzione del rapporto, spostando così il rischio contrattuale sulla controparte, destinata a "perdere" il contratto [40].

Anche in Italia, attorno alla metà degli anni '90, un importante studio [41] si è però discostato da tali orizzonti, prospettando – sulla scorta di una lettura economico-giuridica

---

to the visible divergence between a relatively stiff "legal" treatment of discharge by court intervention and the relatively liberal treatment of re-negotiation in contracting practice".

[37] Tra gli altri, appartengono certamente a questa prima "scuola di pensiero": A. SCHWARTZ, *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, in *J. Legal Stud.*, 1992, 272 ss.; R. CRASWELL, *Offer, Acceptance, and Efficient Reliance*, in *Stanford Law Rev.*, 1996, 481 ss.; M. MARTINEK, *Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten – Bestandsaufnahme, Kritik … und Ablehnung*, in *AcP* 198, 1998, 329 ss.

[38] In particolare, tra i sostenitori di questa seconda "scuola di pensiero" occorre ricordare: C. SCHMITTHOFF, *Hardship and Intervener Clauses*, in *J.B.L.*, 1980, 82 ss.; N. HORN, *Die Anpassung langfristiger Verträge im internationalen Wirtschaftsverkehr*, in H. KÖTZ *et al.* (eds.), *Die Anpassung langfristiger Verträge*, Frankfurt, 1984, 9 ss.; ID., *Neuverhandlungspflicht*, in *AcP* 181, 1981, 255 ss.; A. S. HARTKAMP, *Judicial Discretion under the New Civil Code of the Netherlands*, in *Am. J. Comp. L.*, 1992, 551 ss.; ID., *Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht, Teil I: Rechtsgeschäfte und Verträge,* in *AcP* 191, 1991, 396 ss., spec. 405.

[39] In questa prospettiva, occorre considerare tutti i numerosi studi dottrinali sulla c.d. "*clausola rebus sic stantibus*" (cfr., per tutti, G. OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus»*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, 1 ss.; ID., voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Novissimo Dig. It.*, Torino, 1967, 353 ss.; M. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 309 ss.), che delineavano una scelta "tragica" tra due soluzioni ben distinte e non conciliabili: da un lato, l'esecuzione del contratto originario; dall'altro, la risoluzione del rapporto. Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, rist. 2012, 185.

[40] La posizione della dottrina più risalente è riportata da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 944.

[41] Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996. La posizione dell'autore circa le sopravvenienze contrattuali nei contratti a lungo termine è stata poi ribadita e specificata in una serie di scritti successivi, cfr. *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 ss.; *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, V, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, 495 ss.; voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. II, Milano, 2008, 1026 ss.



del criterio di buona fede e degli obblighi di cooperazione tra le parti durante l'esecuzione del contratto – l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziazione nei "contratti a lungo termine"[42] per fronteggiare gli effetti prodotti dalle circostanze sopravvenute sull'assetto di interessi delineato nel contratto originario. Secondo questa tesi[43], in presenza di sopravvenienze contrattuali non regolate da apposite clausole convenzionali di adeguamento, sorgerebbe, a carico dei contraenti, un obbligo legale di rinegoziare le condizioni contrattuali per evitare lo scioglimento del rapporto; e ciò, nella convinzione che una tale tecnica sia la sola in grado di assicurare soluzioni conservative, ma altresì coerenti con la logica economica sottesa alla conclusione del contratto. In quest'ottica, l'alternativa tra risoluzione ed esecuzione del contratto passa – quanto meno nei "contratti a lungo termine" – in secondo piano, a fronte dell'obbligo generale, per le parti, di rinegoziare il contratto originario alla luce degli eventi sopravvenuti[44].

Tale ricostruzione ha trovato tuttavia la decisa opposizione di autorevoli interpreti che, affrontando in termini teorico-generali "il problema del rinegoziare"[45], non hanno

---

[42] In realtà, Macario limita la sua analisi ai cc.dd. "contratti a lungo termine", che non esprimono alcun interesse delle parti allo scambio "istantaneo", escludendo dalla sua ricostruzione i contratti ad esecuzione differita perché caratterizzati da un adempimento immediato (seppur posticipato nel tempo). Sul punto, cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 1.

[43] Tale ricostruzione s'inserisce perfettamente nel dibattito internazionale sul tema delle sopravvenienze, cfr. F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 69 ss.

[44] La figura dell'obbligo legale di rinegoziazione è stata accolta anche da opere che trattano del contratto in generale, cfr., *ex multis*, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Milano, 2016, 1708 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 972. Inoltre, sono favorevoli, in caso di sopravvenienze contrattuali, al diritto di chiedere la rinegoziazione dell'accordo e/o la revisione anche in assenza di esplicite previsioni legislative o contrattuali: P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 1 ss.; ID., voce *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, Torino, 1998, 431 ss.; ID., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, Agg. VI, Torino, 2011, 804 ss.; F. P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di* civil *e di* common law, cit., 96, 358 ss.; E. SCODITTI, *Mutui a tasso fisso: inserzione automatica di clausole o integrazione giudiziale del contratto?*, in *Foro it.*, 2001, I, 919. Rivendica il ruolo di "pensiero dominante" R. SACCO (in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1710), quando afferma che "i giuristi di tutti i paesi – e fra loro tutti i giuristi italiani che si sono interessati al problema – ritengono che il contratto in crisi imponga alle parti la rinegoziazione".

[45] Il riferimento è, *in primis*, a F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, 55 ss.; ID., voce *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV Agg., Roma, 2006, 1 ss.; ID., *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2010, I, 41 ss. Non sono però mancate altre voci che si sono opposte fermamente all'individuazione di un obbligo legale di rinegoziazione, anche in virtù di ragioni molto diverse tra loro: per tutti, cfr. A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, 667 ss.; ID., *L'equilibrio del contratto nei principi del diritto contrattuale europeo*, in *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, Milano, 2002, 199 ss.; ID., *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir.*



riscontrato all'interno del nostro sistema giuridico i presupposti necessari per configurare un obbligo generale di rinegoziazione in presenza di sopravvenienze contrattuali.

Non è mancato chi, scettico nei confronti dell'obbligo legale di rinegoziazione e consapevole dell'ampia e significativa disciplina dei rimedi manutentivi predisposti per i singoli contratti tipici, ha cercato di ricostruire un nuovo "modello", fondato su un rimedio generale estintivo del rapporto originario, applicabile nel caso di eccessiva onerosità sopravvenuta durante l'esecuzione dei rapporti di durata (la risoluzione del contratto *ex* art. 1467, comma 1 e 2, cod. civ.), e su un rimedio speciale manutentivo del rapporto originario, applicabile nel caso di eccessiva onerosità sopravvenuta durante l'esecuzione di un contratto d'appalto o di un contratto (privo di disciplina specifica ma) riconducibile all'appalto (la revisione del prezzo *ex* art. 1664, comma 1, cod. civ.)[46]. Tale "terza via" rimediale si distingue dalle due precedenti scuole di pensiero, perché – a differenza della prima – affianca un rimedio manutentivo al rimedio ablativo della risoluzione, e – a differenza della seconda – tratteggia la possibilità di conservare o estinguere il rapporto contrattuale originario prevedendo parametri d'intervento giudiziale sufficientemente chiari e oggettivi. Si configura pertanto un modello rimediale in costante evoluzione, perché la grande diffusione dell'appalto di servizi e la continua emersione di contratti assimilabili, per questo verso, al contratto d'appalto – riconducibili alla produzione di beni e servizi e contraddistinti da significative esigenze manutentive – permettono d'ipotizzare nel prossimo futuro una non marginale "generalizzazione" del rimedio "speciale" della revisione del prezzo originario. Al rimedio "generale" della risoluzione (*ex* art. 1467, commi 1 e 2, cod. civ.) e al rimedio "speciale" dell'adeguamento del contratto (*ex* art. 1664, comma 1, cod. civ.) si affiancano poi una serie di rimedi peculiari – legislativi (seppur, in larga parte, extracodicistici) e pattizi (frutto, di volta in volta, di accordi fra le parti) – diretti a soddisfare interessi vari ed esigenze piuttosto specifiche (si pensi, per esempio, oltre alle più disparate

---

civ., II, 2004, 27 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, 774 ss.; ID., voce *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, Agg. II, Torino, 2003, 1200 ss.; ID., *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2006, 937 ss.; P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, a cura di U. DRAETTA e C. VACCÀ, Milano, 1992, 299 ss.; E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 55 ss., spec. 79-80.

[46] Cfr., seppure con argomentazioni diverse fra loro (ed esiti solo parzialmente coincidenti), M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione della sopravvenienza*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 480 ss.; M. PENNASILICO, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta dell'appalto tra scioglimento del rapporto e revisione del prezzo*, in AA.VV., *Domenico Rubino*, II, *Singole fattispecie negoziali*, a cura di P. PERLINGIERI e S. POLIDORI, Napoli, 2009, 851 ss.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018, spec. 210 ss.



formulazioni convenzionali, alle disposizioni legislative contenute nell'ambito della disciplina di settore del contratto di mutuo e di pacchetto turistico).

Emerge così un apparato rimediale decisamente complesso ed articolato, su cui vale la pena continuare a riflettere alla luce dell'attuale emergenza, con almeno *tre diversi livelli di tutela* nel caso di sopravvenienze "qualitative" come di sopravvenienze "quantitative"[47]: l'interprete – dopo avere qualificato la singola fattispecie concreta come un'ipotesi d'impossibilità oppure di eccessiva onerosità sopravvenuta – dovrà ricercare la soluzione rimediale più adeguata nelle previsioni in materia di obbligazioni e di contratto in generale (1), nella disciplina dei singoli tipi contrattuali delineati nel codice civile (2), oppure nelle regole specifiche predisposte dalle parti o dalla legislazione speciale per rispondere, di volta in volta, ad esigenze particolari dei contraenti (3).

Un'ulteriore riflessione s'impone però per individuare (e delineare al meglio) l'attuale assetto rimediale – in assenza di una recente riforma legislativa[48], intervenuta in altri Paesi continentali[49] – alla luce delle recenti disposizioni introdotte con l'intento specifi-

---

[47] Per un'analisi recente (ma *ante* Covid-19) dei rimedi alle sopravvenienze, cfr. C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Napoli, 2019, 1 ss.; A. Fondrieschi, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017, 1 ss.

[48] Una recente riforma legislativa, pur avviata, non è stata ancora approvata. Si tratta del d.d.l. n. 1151/2019 ("Delega al Governo per la revisione del codice civile"): l'art. 1, lett. i), delega il Governo a "prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti" (il testo è reperibile online: *http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/51488_testi.htm*). Per una prima riflessione sull'attuale progetto di riforma, cfr. F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle aprti e i poteri del giudice*, in *juscivile*, 2019, 397 ss.; F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "Coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *I Contratti*, 2020 (consultato grazie alla cortesia dell'Autore); P. SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, cit.

[49] La disciplina delle sopravvenienze contrattuali è stata modificata sia nell'ambito del *BGB* (2002) sia nell'ambito del *Code civil* (2016). Sulla (più risalente) riforma tedesca, cfr., *ex plurimis*, H. HEINRICHS, *Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage: Eine Skizze der Anspuchslösung des § 313 BGB*, in *Festschrift für A. Heldrich zum 70. Geburtstag*, München, 2005, 182 ss.; J. D. LÜTTRINGHAUS, *Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage*, in 213 *Archiv für die civilistische Praxis*, 2013, 266 ss.; C. THOLE, *Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?*, in *J.Z.*, 2014, 443 ss.; H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, II ed., Tübingen, 2015, 407 ss. (tradotta, aggiornata ed ampliata da S. Patti: H. KÖTZ, S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, II ed., Milano, 2017); W. DORALT, *Langzeitverträge*, Tübingen, 2018. Sulla (più recente) riforma francese, cfr., *ex multis*, B. FAGES, *Droit des obligations*, Paris, VI ed., 2016, 295; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2016, 405; B. FAUVARQUE-COSSON, *La révision pour imprévision, une atteinte au principe de la force obligatoire des contrats?*, in AA.VV., *La réécriture du code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, a cura di J. CARTWRIGHTT, B. FAU-



co di fornire alle parti altri strumenti per "curare" molti rapporti contrattuali di durata "infettati" dall'emergenza Covid-19.

5. – L'odierna riflessione – suggerita (e, in un certo senso, imposta) dall'attuale crisi derivante dall'emergenza Covid-19 – non può limitarsi a distinguere, come si è fatto finora, fra le diverse figure di sopravvenienze ("qualitative" e "quantitative") e fra i diversi "livelli rimediali" delineati dal codice civile (dalle disposizioni sull'obbligazione e sul contratto in generale alla disciplina dei singoli tipi contrattuali), dalle specifiche normative di settore (a partire, per esempio, dalle peculiari disposizioni sull'esecuzione dei contratti di pacchetto turistico) e dalla volontà delle parti (dall'introduzione, *ex ante*, di clausole di revisione del corrispettivo alla rinegoziazione volontaria, *ex post*, dell'accordo volontario) [50].

Nell'attuale situazione s'impone, infatti, la considerazione – alla luce delle riflessioni preliminarmente svolte circa l'interazione fra riflessi "macro" e "micro-scopici" dell'emergenza da Covid-19 ed il preferibile ricorso a strumenti negoziali più che rimediali [51] – delle specifiche disposizioni adottate dal Governo nell'intento di fronteggiare le conseguenze delle misure di contenimento nell'ambito contrattuale [52].

L'attuale disciplina emergenziale delle sopravvenienze contrattuali contempla una norma di carattere più generale ed una serie di disposizioni specificamente rivolte a regolare i contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura, i rapporti di trasporto, di pacchetto turistico e di soggiorno (v., *infra*, § 5.1.) e quelli di locazione ad uso commerciale (v., *infra*, § 5.2.).

L'unica norma, finora adottata, non espressamente vincolata ad una specifica figura contrattuale è l'art. 91 ("Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali de-

---

VARQUE-COSSON, S. WHITTAKER, Paris, 2018, 195 ss. Per una panoramica congiunta di entrambe le riforme nell'ottica di una possibile revisione della disciplina del nostro codice civile, cfr. E. TUCCARI, *Riforma del codice civile e diritto privato europeo: verso un'armonizzazione "in senso debole"?*, in AA.VV., *Dal "fitness check" alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, a cura di P. SIRENA, Napoli, 2019, 291 ss.

[50] Cfr., *supra*, § 4.

[51] Cfr., *supra*, §§ 2 e 3.

[52] Per una recente riflessione sui rapporti fra disciplina ordinaria ed emergenziale, cfr. G. BEVIVINO, *L'emergenza Coronavirus fra ordinarietà e straordinarietà dell'attività di normazione*, in *giustiziacivile.com*, 30 aprile 2020, 1 ss. S'interroga sui rapporti fra rimedi tradizionali ed emergenziali anche L. GUERRINI, Coronavirus*, legislazione emergenziale, e contratto*, in *giustiziacivile.com*, 8 maggio 2020, 1 ss.; sviluppa un'interessante rassegna dei rimedi emergenziali F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti*, in corso di pubblicazione (consultato grazie alla cortesia dell'Autore).



rivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici") del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "Cura Italia"), convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27 [53]. In particolare, l'art. 91 inserisce – nell'ambito dell'art. 3 ("Misure di contenimento") del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13 – il seguente comma 6-*bis*: "Il rispetto delle misure di contenimento di cui [al] presente decreto è sempre valutata[o] ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

Si tratta, com'è chiaro fin dalla rubrica e dalla lettera dell'art. 91, di una disciplina generale "degli inadempimenti emergenziali, e, cioè, di quegli illeciti contrattuali dovuti non già a dolo o colpa del debitore, ma alla necessità per il debitore di osservare una misura di contenimento che gli impedisce di eseguire la prestazione, dando corso al programma negozialmente concordato" [54].

Non s'introduce (più che comprensibilmente, dato l'attuale contesto emergenziale) alcun elemento di rigidità nel sistema: si deve "valutare", di volta in volta, il rispetto delle misure di contenimento ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore. Ne deriva, più che una regola, un'indicazione per l'interprete: la responsabilità del debitore può esser esclusa non solo se la prestazione è impossibile, ma anche ove la prestazione, pur possibile, non sia stata effettuata (o sia sta effettuata diversamente da quanto previsto dal contratto) proprio a causa del rispetto, da parte del debitore, delle misure di contenimento del Covid-19 [55]. Si finisce, così, per ampliare l'ambito delle possibili cause di esonero da responsabilità per inadempimento, accertando, già in via legislativa, che il rispetto delle misure di contenimento rappresenta un evento che, in alcune situazioni, può esonerare di per sé il debitore dalla dimostrazione della non imputabilità dell'evento che,

---

[53] Tutte le recenti ricostruzioni sulle conseguenze della pandemia nell'esecuzione dei contratti richiamano, infatti, con una maggiore o minore enfasi il ruolo assunto dall'art. 91. Cfr., *ex multis*, A. M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020, 1 ss., spec. 4 ss.; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, cit., spec. 6; ID., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "Coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, cit.; S. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 25 marzo 2020, 1 ss.; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020, 1 ss., spec. 7.

[54] A. M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, cit., 5.

[55] Sul punto, cfr. M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020, 7.



nel regime non emergenziale, toccherebbe a lui provare [56]. Si tratta di un'indicazione che, pur sollevando diversi dubbi e talune perplessità, dev'essere necessariamente considerata e valorizzata nell'ottica di una ricostruzione dell'attuale "sistema rimediale emergenziale".

Nell'intento d'individuare, e tentare di risolvere, le principali problematiche derivanti dall'introduzione dell'art. 3, comma 6-bis, non è possibile pertanto tralasciare (i) la necessaria "valutazione" delle circostanze concrete, (ii) le caratteristiche dell'esclusione della responsabilità del debitore, (iii) le possibili conseguenze rimediali derivanti dall'applicazione della norma.

Quest'ultima – scritta, com'è chiaro, senza particolare attenzione ai profili redazionali, a seguito (probabilmente) di un confronto tanto frettoloso quanto confuso (ne sono prova i refusi, corretti soltanto in sede di conversione del decreto in legge, del mancato coordinamento di genere fra "il rispetto delle misure di contenimento" che dev'essere sempre "valutat*o*" e non "valutat*a*" e dell'assenza della necessaria preposizione articolata laddove si richiamano "le misure di contenimento di cui [*al*] presente decreto") – si caratterizza per la sua estrema "elasticità", assicurando all'interprete un'ampia discrezionalità nel considerare le regole della responsabilità alla luce del caso concreto [57]. Non è previsto, infatti, alcun automatismo: ciascuna situazione, derivante dall'applicazione delle misure di contenimento [58], dev'essere "valutata" ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore. S'intuisce, pertanto, la possibilità per le parti, in un primo momento, e soprattutto per il giudice, in un eventuale secondo momento, di considerare, di volta in volta, la specifica situazione sufficiente ad escludere (in parte o *in toto*) oppure no la responsabilità del debitore. Sembra così verosimile che la norma in esame – pur utile nella gran parte delle obbligazioni di "dare" e di "facere" – difficilmente potrà trovar applicazione, in assenza di un ulteriore intervento legislativo, nell'ambito delle obbligazioni pecuniarie (a meno di volere riconoscere, in via meramente interpretativa, rilevanza civilistica alle problematiche di liquidità del debitore riconducibili al rispetto

---

[56] Cfr. A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, cit., 216. Nello stesso senso, cfr. F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti*, cit.

[57] Sull'elasticità della fattispecie in esame, cfr. A.A. DOLMETTA, *«Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, in *www.ilcaso.it*, 11 aprile 2020, 8 (che si spinge a considerare l'art. 91, comma 1, del c.d. "Cura Italia" come una sorta di clausola generale).

[58] La norma, di natura prettamente eccezionale, risulta, infatti, chiarissima nel limitare le possibili cause dell'esclusione della responsabilità del debitore all'applicazione delle misure di contenimento e a nessun'altra circostanza.



delle misure di contenimento)[59]. Alle soluzioni rimediali tradizionali si affianca, pertanto, un'ulteriore indicazione normativa, che suggerisce di considerare con estrema attenzione le peculiarità di ciascuna relazione contrattuale[60].

Anche l'attuale funzionamento della presunta esclusione della responsabilità del debitore – fondato, oltre che sulla regola tradizionale dell'impossibilità non imputabile *ex* art. 1218 cod. civ., sull'indicazione emergenziale del ruolo assunto dal rispetto delle misure di contenimento – sembra particolarmente "elastico" non soltanto circa l'eventuale esclusione (totale o parziale, temporanea o definitiva) della responsabilità del debitore, ma anche circa l'eventuale risarcimento dovuto nel caso d'inadempimento. Soltanto in un'ottica similare può comprendersi l'espresso (e duplice) richiamo normativo alle regole della responsabilità del debitore (art. 1218 cod. civ.) e del risarcimento del danno (art. 1223 cod. civ.). Non si tratta certamente di novità significative: l'interprete, come avrebbe fatto anche in assenza del richiamo legislativo agli artt. 1218 e 1223 cod. civ., dovrà dapprima valutare se le misure di contenimento comportano o meno l'esclusione (totale o parziale, temporanea o definitiva) della responsabilità del debitore, per poi passare a valutare, dopo aver eventualmente riscontrato una qualche forma di responsabilità, la risarcibilità (e poi l'eventuale quantificazione) del danno[61].

---

[59] Sul punto, cfr. A.M. BENEDETTI (*Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, cit., 216; ID., *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, cit., 6), che sottolinea la possibilità di adempiere sempre le obbligazioni pecuniarie tramite l'accesso alla rete *internet* senza particolari necessità di movimento; V. ROPPO, R. NATOLI (*Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in *Giustizia insieme*, reperibile *online*: *https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1033-contratto-e-covid-19-dall-emergenza-sanitaria-all-emergenza-economica-di-vincenzo-roppo-e-roberto-natoli*), che suggerisce di riflettere circa l'esigibilità o meno delle obbligazioni pecuniarie a seguito dei problemi di liquidità del debitore provocati dall'applicazione delle misure di contenimento; A.A. DOLMETTA (*«Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, cit., 9), che si mostra decisamente favorevole all'applicazione della norma anche alle obbligazioni pecuniarie.

Sicuramente molto interessante (e condivisibile) è poi l'indicazione di chi suggerisce di riflettere sulle problematiche riconducibili all'esecuzione delle obbligazioni pecuniarie, colpite spesso solo di riflesso dalle misure di contenimento, nell'ottica di un "diritto della crisi" più che dei rimedi strettamente contrattuali: cfr. A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del* Coronavirus, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020, spec. 5 ss. La complemetarietà fra la prospettiva contrattuale (su cui si cerca di riflettere nel presente contributo) e l'analisi dell'attuale situazione alla luce del "diritto della crisi" è stata poi sottolineata da F. PIRAINO (*La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti*, cit.).

[60] Cfr. A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, cit., spec. 5; A. BUSANI, E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il giudice valuta gli inadempimenti dovuti alle misure di emergenza*, in *IlSole24Ore*, 1 aprile 2020 (reperibile online su: *https://www.giuraemilia.it/RassegneStampaData/2020_4_5/Eg9x3B4P.pdf*).

[61] La riflessione sembra condivisa con V. ROPPO, R. NATOLI, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, cit.



L'elasticità della norma costringe, come si è visto, l'interprete ad un'interazione costante fra regole tradizionali ed emergenziali dell'inadempimento. Questo fenomeno non può che riflettersi nel dibattito dottrinale sulle possibili soluzioni rimediali: da chi, richiamando soprattutto l'esigenza solidaristica ed il principio di buona fede, ha rilanciato l'esistenza di un generale obbligo legale di rinegoziare (con le relative perplessità, in assenza di una specifica disposizione legislativa, circa le fattispecie d'inadempimento all'obbligo e l'entità dell'eventuale risarcimento del danno)[62] a chi, valorizzando maggiormente l'attuale formulazione legislativa e gli strumenti codicistici, ha proposto un'altra (più interessante) ricostruzione dell'attuale apparato rimediale. S'intende riprendere così strumenti rimediali già noti, rileggendoli attraverso la lente della disciplina emergenziale, per assicurare una prima risposta alle peculiari conseguenze della pandemia sull'esecuzione dei rapporti contrattuali[63].

Nelle circostanze più estreme – secondo quest'ultima proposta ricostruttiva – il rispetto delle misure di contenimento, rendendo impossibile la prestazione, dovrebbe comportare l'applicazione dell'art. 1256 cod. civ. Nella maggioranza delle fattispecie – seppure non in ogni caso (si pensi, per esempio, alle prestazioni divenute definitivamente ed interamente impossibili, in quanto non procrastinabili, che comportano l'estinzione del rapporto nei contratti a prestazioni corrispettive) – si configura, infatti, un'impossibilità temporanea della prestazione, che, finché perdura, esonera il debitore dalla responsabilità del ritardo nell'adempimento ai sensi dell'art. 1256, comma 2, cod. civ. (si pensi, per esempio, alla possibilità per l'impresa somministrante di ritardare la consegna di determinati materiali in osservanza delle misure di contenimento governative senza incorrere in responsabilità). Ne deriva, in buona sostanza, una sospensione nell'esecuzione della prestazione del debitore, cui la controparte creditrice di un contratto a prestazioni corrispettive può rispondere, senza dovere passare dall'intervento giudiziale, con un'eccezione d'inadempimento *ex* art. 1460 cod. civ. Quest'ultimo rimedio può essere attivato dalla controparte, per un verso, perché ritenuto applicabile, per evitare squilibri contrattuali, anche nel caso d'inadempimento incolpevole derivante da un'impossibilità non

---

[62] Sul punto, cfr. F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, cit., 1 ss.; Id., ID., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "Coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, cit.; F. EMANUELE, *Il rischio contrattuale diventa globale*, in *IlSole24Ore*, 28 aprile 2020, 22. Per una recente ricostruzione delle problematiche sollevate dall'obbligo legale di rinegoziare in assenza di una specifica disposizione legislativa, cfr. E. TUCCARI, voce *Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei)*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, *Agg. XII*, Milano, 2019, 97 ss.

[63] Cfr. A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, cit., 215-216; ID., *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, cit., spec. 7.



imputabile [64]; e, per un altro, perché diversamente si rischierebbe di addossare per intero in capo al creditore tutti i costi riconducibili alle fattispecie più significative (si pensi, per esempio, al ritardo non imputabile, ai sensi dell'art. 1256, comma 2, cod. civ., nella consegna dei materiali, cui può corrispondere, ai sensi dell'art. 1460 cod. civ., il rifiuto dell'altra parte di pagare il prezzo nell'ambito dello stesso contratto di somministrazione) [65]. Si realizzerebbe così una sorta di "sospensione legale" dell'intero rapporto contrattuale, da considerarsi funzionale ad incentivare una (rapida e consapevole) rinegoziazione volontaria dell'accordo originario [66].

---

[64] Cfr., per tutti, A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, *Artt. 1460-1462*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2011, 54.

[65] Sull'eccezione d'inadempimento, cfr., *ex multis*, A. DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 354 ss.; F. REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 222 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 331 ss.; C. M. BIANCA, *Eccezione d'inadempimento e buona fede*, in AA.VV., *Il contratto. Silloge in onore a G. Oppo*, Torino, Padova, 1992, 528 ss.; P. VECCHI, *L'eccezione di inadempimento*, in AA.VV., *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, 378 ss.; F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, V, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006, 413 ss.; ID., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, 14 ss.; A. M. BENEDETTI, *L'eccezione di inadempimento*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, in *Dei contratti in generale*, a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, IV, Torino, 2011, 480 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in *juscivile*, 2014, 18 ss.

[66] Nelle altre circostanze (meno estreme), ove l'impossibilità (definitiva o temporanea) è soltanto parziale, sarà possibile per la controparte limitarsi a chiedere, in assenza d'interessi estintivi dell'originario rapporto, la corrispondente riduzione della controprestazione (ai sensi dell'art. 1464 cod. civ.). Sul punto, cfr., *infra*, § 5.2.

Nelle altre circostanze, riconducibili all'eccessiva onerosità anziché all'impossibilità sopravvenuta, la situazione appare decisamente più complicata. Qui l'effetto delle misure di contenimento finisce per indurre semplicemente un'alterazione del prezzo di mercato delle prestazioni senza incidere direttamente sul contenuto dell'accordo (cc.dd. "viariazioni quantitative"): si pensi, come si è detto, all'aumento dei costi e dei prezzi di materiali e di semilavorati – derivanti, a loro volta, dal rallentamento nei controlli transfrontalieri e dalla sospensione della produzione – nell'esecuzione di un appalto (cfr., *supra*, § 4). La disciplina tradizionale, fermo restando l'eventuale esonero da responsabilità del debitore (nel caso di applicazione della disciplina emergenziale), sembra suggerire, almeno come soluzione generale, la risoluzione del rapporto *ex* art. 1467 cod. civ. Tuttavia, all'atto pratico, solo taluni contratti rischiano effettivamente lo scioglimento per una pluralità di ragioni. In primo luogo, le parti – consapevoli dell'eventuale ricorso proprio ad un rimedio estintivo come la risoluzione – faranno verosilmente di tutto per evitare di "perdere" il rapporto rinegoziando volontariamente (e stragiudizialmente) l'accordo originario (specie a fronte di probabili situazioni di *empasse* nell'esecuzione contrattuale giustificate dalla disciplina emergenziale). In secondo luogo, la parte non onerata, a fronte di un'eventuale domanda di risoluzione della controparte, può sempre decidere di offrire (giudizialmente) un'equa riconduzione a equità (ai sensi dell'art. 1467, comma 3, cod. civ.) per evitare lo scioglimento del rapporto. In terzo luogo, le parti sono spesso coinvolte nell'esecuzione di contratti che prevedono una disciplina speciale dell'eccessiva onerosità sopravvenuta: si tratta, per esempio, dell'appalto (e dei sempre più numerosi contratti d'impresa ad esso riconducibili) laddove si prevede una soluzione rimediale manutentiva del rapporto posta in essere tramite un adeguamento del corrispettivo alla luce di chia-



Non si stravolgono così, in attesa di altri probabili interventi legislativi, le soluzioni rimediali tradizionali, limitandosi ad integrarle con una norma particolarmente "elastica" come l'art. 3, comma 6-*bis*, nell'ottica, piuttosto evidente, di condurre le parti a ricercare autonomamente e volontariamente un accordo modificativo del contratto originario, che possa adattarsi al meglio alla specifica e singola situazione. Questa soluzione rimediale può funzionare, com'è chiaro, soltanto per il periodo strettamente emergenziale, perché la "sospensione legale" rischia – com'è stato correttamente denunciato [67] – di mandar in blocco (più di quanto già non lo siano) molti settori produttivi e commerciali: s'impone così, per un verso, una rapida e puntuale revisione dell'originario accordo contrattuale ad opera delle parti e, per un altro, una serie d'interventi significativi diretti ad assicurare liquidità, aiuti finanziari e agevolazioni fiscali a famiglie ed imprese per eseguire i loro rapporti contrattuali.

Un'implicita conferma della ricostruzione proposta viene dall'introduzione, proprio in sede di conversione in legge del decreto c.d. "Cura Italia", dell'art. 103, comma 2-*ter*: "Nei contratti tra privati, in corso di validità dal 31 gennaio 2020 e fino al 31 luglio 2020, aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori edili di qualsiasi natura, i termini di inizio e fine lavori si intendono prorogati per un periodo pari alla durata della proroga di cui al comma 2. In deroga ad ogni diversa previsione contrattuale, il committente è tenuto al pagamento dei lavori eseguiti sino alla data di sospensione dei lavori". La norma – consapevole dell'interruzione dei lavori edili – vincola tutti i committenti, derogando anche ad eventuali previsioni contrattuali di senso contrario, a procedere sempre al pagamento delle prestazioni eseguite sino alla data di sospensione dell'attività. L'intento, a dir poco chiaro (e condivisibile), è di assicurare – seppure nei limiti concessi dal ricorso ad uno strumento privatistico [68] – la massima liquidità possibile alle imprese del settore. Si mira

---

ri (e legislativamente predeterminati) parametri d'intervento giudiziale (in quest'ottica, l'eventuale aumento, sopra richiamato, dei costi di materiali nell'esecuzione di un appalto potrà, ove considerato eccessivo, essere rivisto, se non dalle parti, dallo stesso giudice ai sensi dell'art. 1664, comma 1, cod. civ.). Infine, le parti, chiamate di recente a stipulare nuovi accordi, stanno inserendo sempre clausole di adeguamento e di rinegoziazione contrattuale per cercare di ridurre al massimo ogni possibile rischio riconducibile (direttamente o indirettamente) alle possibili conseguenze dell'epidemia in corso. Ad ogni modo, come si avrà modo di sottolineare soprattutto nelle conclusioni (cfr., *infra*, § 6), si auspicano degli ulteriori interventi normativi per assicurare la migliore tutela manutentiva possibile nel caso di eccessiva onerosità sopravvenuta derivante dall'attuale situazione emergenziale.

[67] Cfr. T. DALLA Massara, *Emergenza sanitaria ed esigenza di regole: scenari e proposte*, cit., 1 ss.

[68] Molti altri (e decisamente più incisivi) sono stati gli interventi, di carattere pubblicistico, posti in essere dal legislatore (che però, com'è chiaro, non è possibile qui ripercorrere con attenzione). In particolare, si rinvia, fra i tanti provvedimenti, al c.d. "decreto liquidità" (decreto legge 8 aprile 2020, n. 23 "Misure urgenti per garantire la continuità delle imprese colpite dall'emergenza Covid-19"). Per alcune prime considerazioni, cfr. F. DI GIROLAMO, *Nuova finanza del Decreto Liquidità ed effetti sul mercato*, in *giustiziacivile.com*, 30 aprile 2020, 1 ss.



pertanto ad evitare che l'eventuale pagamento, previsto magari dalle parti solo in un secondo momento (per esempio, al termine di una determinata lavorazione o addirittura al tempo della consegna dell'opera), possa recare pregiudizi significativi all'impresa, rischiando di aggravare così la situazione, già largamente compromessa, dell'intero sistema produttivo ed economico del Paese. Si tratta, in altri termini, di un piccolo contributo fornito dal diritto privato dell'emergenza, seppure nell'ambito di un più ampio "approccio integrato", alla "socializzazione dei costi della crisi".

5.1. – L'introduzione del comma 6-*bis* nel più volte citato art. 3 rappresenta la disciplina di carattere generale delle sopravvenienze riconducibili alla situazione emergenziale, ma non è certamente l'unica novità legislativa di rilievo.

Non mancano, infatti, le norme specificamente dirette a disciplinare l'esecuzione di singoli tipi contrattuali nel periodo dell'emergenza. Queste norme si limitano a disciplinare fattispecie di impossibilità sopravvenuta (senza, per il momento, dedicare regole specifiche all'eccessiva onerosità sopravvenuta), delineando un interessante sistema rimediale che rappresenta un'importante fonte di riflessione [69].

Si tratta, in particolare, dei contratti di abbonamento per l'accesso ai servizi offerti da palestre, piscine ed impianti sportivi di ogni tipo (regolati dall'art. 216, comma 4, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, c.d. decreto "Rilancio") [70], dei contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi di cultura (disciplinati dall'art. 88 del decreto legge 17

[69] Sul punto, cfr. F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per mergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *giustiziacivile.com*, 1 aprile 2020, 1 ss.; R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in *giustiziacivile.com*, 17 aprile 2020, 1 ss.; C. CRISCIONE, *Natura giuridica e vicende del* voucher *introdotto dalla decretazione d'urgenza*, in *diritto.it*, 4; M. CAPRINO, M. MARRAFFINO, *Coronavirus e vacanze annullate: voucher o rimborso? Ecco cosa dice la legge*, in *IlSole24Ore*, 4 aprile 2020 (reperibile *online*: *https://www.ilsole24ore.com/art/coronavirus-e-vacanze-annullate-voucher-o-rimborso-ecco-cosa-dice-legge-ADeSNpH*).

[70] L'art. 216, comma 4, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 recita così: "4. A seguito della sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di abbonamento per l'accesso ai servizi offerti da a palestre, piscine e impianti sportivi di ogni tipo, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile. I soggetti acquirenti possono presentare, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, istanza di rimborso del corrispettivo già versato per tali periodi di sospensione dell'attività sportiva, allegando il relativo titolo di acquisto o la prova del versamento effettuato. Il gestore dell'impianto sportivo, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di cui al periodo precedente, in alternativa al rimborso del corrispettivo, può rilasciare un voucher di pari valore incondizionatamente utilizzabile presso la stessa struttura entro un anno dalla cessazione delle predette misure di sospensione dell'attività sportiva".



marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27 e poi integrato dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34) [71], nonché dei contratti di trasporto (terrestre, aereo, ferroviario e marittimo) [72], di soggiorno e di pacchetto turistico (regolati, a loro volta, dall'art. 88-*bis* del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27) [73].

---

[71] Questa è l'attuale formulazione dell'art. 88 ("Rimborso di titoli di acquisto di biglietti per spettacoli, musei ed altri luoghi della cultura") del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, come modificato dalla legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27 e poi ulteriormente integrato dall'art. 183, comma 11, del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34: "(1) A seguito dell'adozione delle misure di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) e d), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 e comunque in ragione degli effetti derivanti dall'emergenza da Covid-19, a decorrere dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto e fino al 30 settembre 2020, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura. (2) I soggetti acquirenti presentano, entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, o dalla diversa data della comunicazione dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, apposita istanza di rimborso al soggetto organizzatore dell'evento, anche per il tramite dei canali di vendita da quest'ultimo utilizzati, allegando il relativo titolo di acquisto. L'organizzatore dell'evento provvede alla emissione di un voucher di pari importo al titolo di acquisto, da utilizzare entro 18 mesi dall'emissione. L'emissione dei voucher previsti dal presente comma assolve i correlativi obblighi di rimborso e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario".

[72] Una disciplina specifica dei contratti di trasporto, anch'essa favorevole all'introduzione e alla valorizzazione dello strumento del *voucher*, è contenuta – oltre che nell'art. 88-*bis* del decreto "Cura Italia" (richiamato nel testo) – nell'art. 215 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 ("Misure di tutela per i pendolari di trasporto ferroviario e TPL"): (1) In caso di mancata utilizzazione, in conseguenza delle misure di contenimento previste dall'art. 1 del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dall'art. 1 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19, nonché dai relativi provvedimenti attuativi di titoli di viaggio, ivi compresi gli abbonamenti, le aziende erogatrici di servizi di trasporto ferroviario ovvero di servizi di trasporto pubblico locale, procedono nei confronti [degli] aventi diritto al rimborso, optando per una delle seguenti modalità: a) emissione di un voucher di importo pari all'ammontare del titolo di viaggio, ivi compreso l'abbonamento, da utilizzare entro un anno dall'emissione; b) prolungamento della durata dell'abbonamento per un periodo corrispondente a quello durante il quale non è stato possibile l'utilizzo. (2) Ai fini dell'erogazione del rimborso, gli aventi diritto comunicano al vettore il ricorrere delle situazioni di cui al medesimo comma 1, allegando: a) la documentazione comprovante il possesso del titolo di viaggio di cui al comma 1, in corso di validità durante il periodo di efficacia dei provvedimenti attuativi delle misure di contenimento previste dall'art. 1 del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13 o dall'art. 1 del decreto legge 25 marzo 2020, n. 19; b) dichiarazione rilasciata ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, relativa al mancato utilizzo, in tutto o in parte, del titolo di viaggio in conseguenza dei provvedimenti attuative delle misure di contenimento di cui alla lettera a). (3) Entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione di cui al comma 2, il vettore procede al rimborso secondo le modalità di cui al comma 1".

[73] L'art. 88-*bis* ("Rimborso di titoli di viaggi, di soggiorno e di pacchetti turistici") è stato introdotto, in sede di conversione, proprio dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, che ha modificato la precedente formulazione dell'art. 88 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18. Si riporta, per una più semplice consultazione, l'articolata disciplina prevista dall'art. 88-*bis*: "(1). Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la



sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre, ai contratti di soggiorno e ai contratti di pacchetto turistico stipulati: a) dai soggetti nei confronti dei quali è stata disposta la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente, in attuazione dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel medesimo periodo di quarantena o permanenza domiciliare; b) dai soggetti residenti, domiciliati o destinatari di un provvedimento di divieto di allontanamento nelle aree interessate dal contagio, come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti decreti; c) dai soggetti risultati positivi al virus COVID-19 per i quali è disposta la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente ovvero il ricovero presso le strutture sanitarie, con riguardo ai contratti da eseguire nel medesimo periodo di permanenza, quarantena o ricovero; d) dai soggetti che hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti decreti; e) dai soggetti che hanno programmato la partecipazione a concorsi pubblici o procedure di selezione pubblica, a manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, a eventi e a ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico, annullati, sospesi o rinviati dalle autorità competenti in attuazione dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti provvedimenti; f) dai soggetti intestatari di titolo di viaggio o acquirenti di pacchetti turistici, acquistati in Italia, aventi come destinazione Stati esteri, dove sia impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione della situazione emergenziale epidemiologica da COVID-19. (2). I soggetti di cui al comma 1 comunicano al vettore o alla struttura ricettiva o all'organizzatore di pacchetti turistici il ricorrere di una delle situazioni di cui al medesimo comma 1 allegando la documentazione comprovante il titolo di viaggio o la prenotazione di soggiorno o il contratto di pacchetto turistico e, nell'ipotesi di cui alla lettera e) del comma 1, la documentazione attestante la programmata partecipazione ad una delle manifestazioni, iniziative o eventi indicati nella medesima lettera e). Tale comunicazione è effettuata entro trenta giorni decorrenti: a) dalla cessazione delle situazioni di cui al comma 1, lettere da a) a d); b) dall'annullamento, sospensione o rinvio del concorso o della procedura selettiva, della manifestazione, dell'iniziativa o dell'evento, nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera e); c) dalla data prevista per la partenza, nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera f). (3). Il vettore o la struttura ricettiva, entro trenta giorni dalla comunicazione di cui al comma 2, procedono al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio e per il soggiorno ovvero all'emissione di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione. (4). In relazione ai contratti stipulati dai soggetti di cui al comma 1, il diritto di recesso può essere esercitato dal vettore, previa comunicazione tempestiva all'acquirente, quando le prestazioni non possono essere eseguite in ragione di provvedimenti adottati dalle autorità nazionali, internazionali o di Stati esteri, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. In tali casi il vettore ne dà tempestiva comunicazione all'acquirente e, entro i successivi trenta giorni, procede al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio oppure all'emissione di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione. (5). Le strutture ricettive che hanno sospeso o cessato l'attività, in tutto o in parte, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 possono offrire all'acquirente un servizio sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore con restituzione della differenza di prezzo, oppure procede-



re al rimborso del prezzo o, altrimenti, possono emettere un voucher, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante. (6). I soggetti di cui al comma 1 possono esercitare, ai sensi dell'articolo 41 del codice di cui al decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, il diritto di recesso dai contratti di pacchetto turistico da eseguire nei periodi di ricovero, di quarantena con sorveglianza attiva, di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva ovvero di durata dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 nelle aree interessate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, o negli Stati dove è impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione della situazione emergenziale epidemiologica da COVID-19. In tali casi l'organizzatore, in alternativa al rimborso previsto dall'articolo 41, commi 4 e 6, del codice di cui al decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, può offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore o inferiore con restituzione della differenza di prezzo oppure può procedere al rimborso o, altrimenti, può emettere, anche per il tramite dell'agenzia venditrice, un voucher, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante. In deroga all'articolo 41, comma 6, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, il rimborso è corrisposto e il voucher è emesso appena ricevuti i rimborsi o i voucher dai singoli fornitori di servizi e comunque non oltre sessanta giorni dalla data prevista di inizio del viaggio. (7). Gli organizzatori di pacchetti turistici possono esercitare, ai sensi dell'articolo 41, comma 5, lettera b), del codice di cui al decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, il diritto di recesso dai contratti stipulati con i soggetti di cui al comma 1, dai contratti di pacchetto turistico aventi come destinazione Stati esteri ove sia impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, e comunque quando l'esecuzione del contratto è impedita, in tutto o in parte, da provvedimenti adottati a causa di tale emergenza dalle autorità nazionali, internazionali o di Stati esteri. In tali casi l'organizzatore, in alternativa al rimborso previsto dall'articolo 41, commi 5 e 6, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, può offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore o inferiore con restituzione della differenza di prezzo oppure può procedere al rimborso o, altrimenti, può emettere, anche per il tramite dell'agenzia venditrice, un voucher, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante. In deroga all'articolo 41, comma 6, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, il rimborso è corrisposto e il voucher è emesso appena ricevuti i rimborsi o i voucher dai singoli fornitori di servizi e comunque non oltre sessanta giorni dalla data prevista di inizio del viaggio. (8). Per la sospensione dei viaggi e delle iniziative di istruzione disposta in ragione dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020, si applica l'articolo 1463 del codice civile nonché quanto previsto dall'articolo 41, comma 4, del codice di cui al decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, in ordine al diritto di recesso del viaggiatore prima dell'inizio del pacchetto di viaggio. Il rimborso può essere effettuato dall'organizzatore anche mediante l'emissione di un voucher di pari importo in favore del proprio contraente, da utilizzare entro un anno dall'emissione. In deroga all'articolo 41, comma 6, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, l'organizzatore corrisponde il rimborso o emette il voucher appena ricevuti i rimborsi o i voucher dai singoli fornitori di servizi e comunque non oltre sessanta giorni dalla data prevista di inizio del viaggio. È sempre corrisposto il rimborso con restituzione della somma versata, senza emissione di voucher, quando il viaggio o l'iniziativa di istruzione riguarda la scuola dell'infanzia o le classi terminali della scuola primaria e della scuola secondaria di primo e secondo grado. Sono fatti salvi, con effetto per l'anno scolastico 2020/2021, i rapporti instaurati alla data del 24 febbraio 2020 dagli istituti scolastici committenti con gli organizzatori aggiudicatari. Nell'ambito degli stessi rapporti con ciascun organizzatore, gli istituti scolastici committenti possono modificare le modalità di svolgimento di viaggi, iniziative, scambi, gemellaggi, visite e uscite didattiche comunque denominate, anche riguardo alle classi di studenti, ai periodi, alle date e alle destinazioni. (9). Nei casi di cui ai commi 6, 7 e 8, il vettore e la struttura ricettiva procedono al rimborso del corrispettivo versato in favore del soggetto dal quale hanno ricevuto il pagamento oppure all'emissione in suo favore di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione. (10). Le disposizioni del presente articolo trovano applicazione anche nei casi in



L'art. 216, comma 4, del c.d. decreto "Rilancio" disciplina l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, derivante dalla sospensione delle attività, nell'ambito dei contratti di abbonamento per l'accesso ai servizi offerti da palestre, piscine e impianti sportivi di ogni tipo, consentendo agli acquirenti di presentare un'istanza di restituzione del corrispettivo già versato per i periodi di sospensione dell'attività. Il gestore dell'impianto, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, può, in alternativa al rimborso, rilasciare un *voucher* di pari valore utilizzabile presso la stessa struttura entro un anno dalla cessazione delle misure di sospensione dell'attività sportiva [74].

L'art. 88 del c.d. decreto "Cura Italia" disciplina l'impossibilità sopravvenuta, derivante *ex lege* dall'applicazione delle misure di contenimento, dell'adempimento dei contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi compresi quelli cinematografici e teatrali, di biglietti d'ingresso ai musei e ad altri luoghi della cultura. Gli acquirenti presentano, allegando il relativo titolo di acquisto, un'apposita istanza di rimborso all'organizzatore dell'evento. Quest'ultimo provvede all'emissione di un *voucher*, da utilizzare entro diciotto mesi, di pari importo al titolo di acquisto [75].

---

cui il titolo di viaggio o il soggiorno o il pacchetto turistico siano stati acquistati o prenotati per il tramite di un'agenzia di viaggio o di un portale di prenotazione, anche in deroga alle condizioni pattuite. (11). Fuori dei casi previsti dai commi da 1 a 7, per tutti i rapporti inerenti ai contratti di cui al presente articolo e instaurati con effetto dall'11 marzo 2020 al 30 settembre 2020 nell'intero territorio nazionale, anche per le prestazioni da rendere all'estero e per le prestazioni in favore di contraenti provenienti dall'estero, quando le prestazioni non siano rese a causa degli effetti derivanti dallo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, la controprestazione già ricevuta può essere restituita mediante un voucher di pari importo valido per un anno dall'emissione. (12). L'emissione dei voucher previsti dal presente articolo assolve i correlativi obblighi di rimborso e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario. (13). Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme di applicazione necessaria ai sensi dell'articolo 17 della legge 31 maggio 1995, n. 218, e dell'articolo 9 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008".

[74] Cfr. A. MANCINO, G. SEPIO, *Sport dilettantistico, indennità e sospensione dei canoni*, in *IlSole24Ore*, 16.05.2020, 17.

[75] Si tratta della soluzione adottata anche con riferimento ai contratti di compravendita di abbonamento (molto diffusi specie nell'ambito cinematografico e teatrale). La prassi negoziale sembra muoversi, infatti, nell'ottica dell'emissione dei *voucher* (considerati, come si è visto, dalla normativa emergenziale) oppure della proroga della validità dell'abbonamento anche per il periodo successivo alla fine dell'emergenza (con il chiaro scopo di mettere nuovamente a disposizione dell'acquirente un intervallo temporale pari a quello reso inutilizzabile dalla pandemia senza dovere però restituire, in tutto o in parte, la somma di denaro già ricevuto). Per un esempio pratico (ed immediato) dell'applicazione dell'art. 88 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 si rinvia alle modalità concrete di rimborso per i titoli di acquisto adottate (e pubblicate *online*), ai sensi della disciplina in commento, dal Piccolo Teatro di Milano (ove si evidenzia bene come, a partire dall'entrata in vigore della normativa emergenziale, le modalità di rimborso si realizzano prevalentemente tramite ricorso all'emissione di *voucher*): *https://www.piccoloteatro.org/it/news/2020-03-31/spettacoli-annullati-e-modalita-di-rimborso*.



L'art. 88-*bis* del c.d. decreto "Cura Italia" – che ricalca in larga parte il contenuto dell'art. 28 dell'abrogato decreto legge 2 marzo 2020, n. 9 – tratteggia un'articolata disciplina rimediale (descritta in addirittura tredici commi!), con alcune, ben riconoscibili, peculiarità, dell'impossibilità sopravvenuta nei contratti di trasporto, di soggiorno e di pacchetto turistico.

In particolare, si prevede che l'impossibilità sopravvenuta – derivante dall'applicazione di specifiche misure di contenimento nei casi di quarantena, permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva, ricovero, divieto di allontanamento, nonché nei casi di impossibilità a raggiungere destinazioni all'estero – dei contratti di soggiorno e contratti di trasporto sciolga il rapporto contrattuale, vincolando il vettore o la struttura ricettiva a procedere, una volta ricevuta un'espressa e tempestiva comunicazione dall'altra parte, al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio oppure all'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione.

Nell'ambito dei contratti di trasporto – "quando le prestazioni non possono essere eseguite in ragione di provvedimenti adottati dalle autorità nazionali, internazionali o di Stati esteri, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" – si riconosce poi al vettore un diritto di recesso, prevedendo la possibilità per lo stesso di procedere al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio oppure all'emissione di un *voucher*, di pari importo, da utilizzare entro un anno [76].

Nell'ambito dei contratti di pacchetto turistico – quando l'esecuzione del rapporto è preclusa, in tutto o in parte, da provvedimenti adottati a causa dell'emergenza da *Coronavirus* dalle Autorità nazionali, internazionali o straniere – si riconosce poi un diritto di recesso bilaterale per il viaggiatore come per l'organizzatore, prevedendo sempre la possibilità, per *l'organizzatore* – in alternativa al rimborso previsto dall'articolo 41, commi 5 e 6, del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (c.d. "Codice del turismo") – di offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore o inferiore con restituzione della differenza di prezzo oppure di procedere al rimborso o, altrimenti, di emettere, anche per il tramite dell'agenzia venditrice, un *voucher*, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione (d'importo chiaramente pari al rimborso spettante) [77].

---

[76] Un'altra ipotesi specifica è poi delineata, ai sensi dell'art. 88-*bis*, comma 5, del decreto c.d. "Cura Italia", per le strutture ricettive che hanno sospeso o cessato l'attività, in tutto o in parte, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Queste possono offrire, in alternativa, all'acquirente *un servizio sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore con restituzione della differenza di prezzo*, oppure procedere al *rimborso del prezzo* o, ancora una volta, possono *emettere un* voucher. Anche questa fattispecie sembra confermare le riflessioni, svolte nel testo, con riferimento all'introduzione e alla valorizzazione legislativa dello strumento del *voucher*.

[77] Inoltre, l'art. 88-*bis*, comma 8, prevede un'articolata disciplina per eventuali viaggi ed iniziative



Quest'illustrazione, necessariamente sintetica, della disciplina emergenziale "speciale" rappresenta, come si è detto, un'importante fonte di riflessione, perché consente di riannodare, secondo una diversa prospettiva, il *fil rouge* del contributo privatistico alla "socializzazione dei costi della crisi".

L'intento solidaristico – perseguito dalla disciplina emergenziale di carattere "generale", ai sensi dell'art. 3, comma 6-*bis*, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, attraverso una formulazione volta ad incentivare, seppur indirettamente, una soluzione "negoziale" [78] – riemerge stavolta nel settore sportivo, culturale e turistico attraverso l'*emissione di un* voucher, da utilizzare entro un anno/diociotto mesi, d'importo pari al rimborso dovuto. La deroga rispetto alla disciplina generale (come noto, ai sensi dell'art. 1463 cod. civ., "la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito") e speciale (*ex* art. 41, comma 4, del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, come successivamente modificato, in attuazione delle direttiva comunitaria 2015/2302/UE, dal d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62: "il viaggiatore ha diritto di recedere dal contratto, prima dell'inizio del pacchetto, senza corrispondere spese di recesso, ed al rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto, ma non ha diritto a un indennizzo supplementare") [79] è (tanto sottile quanto) significativa: l'emissione del *voucher* – da considerarsi, nell'am-

---

d'istruzione, consentendo, in via generale, all'organizzatore di effettuare il rimborso anche mediante l'emissione di un voucher di pari importo in favore della controparte (sempre da utilizzare entro un anno dall'emissione). Tuttavia, ai sensi dello stesso comma 8, il rimborso è sempre corrisposto tramite la restituzione della somma versata, senza emissione di *voucher*, "quando il viaggio o l'iniziativa di istruzione riguarda la scuola dell'infanzia o le classi terminali della scuola primaria e della scuola secondaria di primo e secondo grado". La ragione dell'eccezione sembra da ricercare nella circostanza che non vi sarebbe la possibilità di utilizzare facilmente il *voucher* entro un anno dall'emissione nel caso di prossimo cambiamento di ordine o grado di scuola.

[78] Cfr., *supra*, § 5.

[79] Sull'attuale disciplina dell'art. 41 del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (c.d. "Codice del turismo"), cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, IV ed., Torino, 2020, 626 ss.; S. PAGLIANTINI, *Tra diritto delle corti e teoria dei controlimiti: il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art. 12 dir. 2015/2302*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 57 ss. Per una serie di considerazioni sulla disciplina delle sopravvenienze già alla luce della direttiva 2015/2302/UE (poi recepita in Italia con il d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, che ha così sostituito l'originario testo dell'art. 41 del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79), cfr. G. TERLIZZI, *Modifiche unilaterali e cancellazione del pacchetto turistico. La normativa in vigore e le novità introdotte dalla direttiva 2015/2302 UE*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, 147 ss.; S. PAGLIANTINI, *Modifiche anteriori e recesso da un contratto di pacchetto turistico secondo il canone della dir. 2015/2302/UE: per un repertorio (frastagliato) di problemi teorici e pratici a prima lettura*, in AA.VV., *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano*, a cura di A. FINESSI, Napoli, 2017, 65 ss.



bito dei contratti di abbonamento per l'accesso ai servizi offerti da palestre, piscine ed impianti sportivi nonché dei contratti di trasporto, di soggiorno e di pacchetto turistico, in alternativa al rimborso del corrispettivo già versato (ma senza necessità di accettazione da parte del destinatario, ai sensi dell'art. 88-*bis*, comma 12) [80] e, nell'ambito dei contratti di acquisto di titoli di accesso per i vari spettacoli (compresi quelli cinematografici e teatrali), nonché di acquisto di biglietti d'ingresso ai luoghi della cultura come unica possibile soluzione rimediale – rappresenta, infatti, la conseguenza di una chiara (e condivisibile) opzione governativa. Nell'attuale situazione emergenziale, si vuole favorire una soluzione rimediale capace, derogando alle norme che prevedevano l'applicabilità esclusiva della disciplina sulla ripetizione dell'indebito, di non aggravare i problemi di liquidità di vettori, organizzatori di pacchetti turistici ed esercenti vari nell'ambito culturale e sportivo [81]. Si consente pertanto (temporaneamente ed eccezionalmente) l'emissione di un *voucher*, per evitare l'altrimenti inevitabile restituzione – in osservanza, come si è visto, della disciplina (generale e speciale) derogata – del denaro già ricevuto. In altri termini, si ritiene opportuno – a costo di commettere tecnicamente una "forzatura", peraltro denunciata (implicitamente) dalla necessità d'indicare le disposizioni di cui all'art. 88-*bis* come "norme di applicazione necessaria" [82] – "socializzare" il costo delle

[80] L'emissione del *voucher* – a testimonianza della centralità assunta da questo strumento nella disciplina emergenziale dei contratti turistici – rappresenta l'unica opzione possibile anche ai sensi della (particolarmente oscura) disciplina di cui all'art. 88-*bis*, comma 11: "Fuori dei casi previsti dai commi da 1 a 7, per tutti i rapporti inerenti ai contratti di cui al presente articolo e instaurati con effetto dall'11 marzo 2020 al 30 settembre 2020 nell'intero territorio nazionale, anche per le prestazioni da rendere all'estero e per le prestazioni in favore di contraenti provenienti dall'estero, quando le prestazioni non siano rese a causa degli effetti derivanti dallo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, la controprestazione già ricevuta può essere restituita mediante un voucher di pari importo valido per un anno dall'emissione". Questa previsione risulta poco chiara perché il legislatore, com'è già stato rilevato da parte degli uffici parlamentari, dovrebbe "meglio precisare l'ambito di applicazione della disposizione, chiarendo, da un lato, quali siano "i rapporti inerenti ai contratti" ai quali il comma 11 fa riferimento e, dall'altro, se le previsioni del comma 11 debbano trovare applicazione con riguardo ai rapporti inerenti a tutti i contratti di trasporto, di soggiorno o di pacchetto turistico o solo quelli inerenti ai contratti relativi ai viaggi e alle iniziative di istruzione di cui al comma 8" (v. pagina 177 del *dossier*, vol. II – a cura degli Uffici parlamentari – pubblicato sul sito della Camera dei Deputati: *https://www.camera.it/leg18/126?tab=6&leg=18&idDocumento=2463&sede=&tipo=*).

[81] L'intento è reso ancora più chiaro dall'introduzione (in sede di conversione dell'originario decreto legge), nell'ambito dei commi 6, 7 e 8 dell'art. 88-*bis* (dedicati al rimborso del corrispettivo già versato e all'emissione di voucher da parte degli organizzatori a seguito dell'esercizio del diritto di recesso da un contratto di pacchetto turistico oppure a seguito dell'esercizio del diritto di recesso per impossibilità sopravvenuta di viaggi ed iniziative d'istruzione), della seguente formulazione: "In deroga all'articolo 41, comma 6, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, il rimborso è corrisposto e il voucher è emesso appena ricevuti i rimborsi o i voucher dai singoli fornitori di servizi e comunque non oltre sessanta giorni dalla data prevista di inizio del viaggio".

[82] Sul punto, cfr. R. SANTAGATA, *Gli effetti del* Coronavirus *sui contratti turistici. Primi appunti*, cit. La di-



misure di contenimento tramite l'eccezionale sacrificio di viaggiatori e fruitori di spettacoli artistici e culturali nonché d'impianti sportivi (fino a ieri considerati meritevoli di

---

sciplina dell'art. 88-*bis* deroga, come ammette espressamente, non soltanto alle regole generali di cui all'art. 1463 cod. civ., ma soprattutto alle disposizioni di cui al d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (c.d. "Codice del turismo") e alla direttiva (peraltro di "armonizzazione massima") 2015/2302/UE (poi recepita in Italia con il d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, che ha così modificato l'originario testo del Codice del Turismo). Il contrasto della normativa interna con quella comunitaria rischia, come noto, di comportare l'apertura di una procedura d'infrazione nei confronti del nostro Paese (a meno che l'Unione Europea non decida, nel frattempo, di modificare la direttiva o sospenderne l'applicazione). Inoltre, a prescindere dall'avvio di una procedura d'infrazione nei confronti del nostro Paese, il contrasto potrebbe essere rilevato in sede giudiziale: il viaggiatore potrebbe, infatti, sollecitare il giudice ordinario, adito per decidere una controversia in materia di rimborsi per impossibilità sopravvenuta nell'ambito di contratti di pacchetto turistico, a sollevare la questione di rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (*ex* art. 267 T.F.U.E.). Lo stesso legislatore italiano sembra essere consapevole del rischio e, non a caso, specifica – quasi "sovranisticamente" – che "le disposizioni del presente articolo costituiscono norme di applicazione necessaria ai sensi dell'articolo 17 della legge 31 maggio 1995, n. 218, e dell'art. 9 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008" (art. 88-*bis*, comma 13). Tale accorgimento non è però sufficiente, di per sé, ad escludere completamente l'avvio di una procedura d'infrazione oppure l'eventualità di una decisione sfavorevole della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Sarebbe stato opportuno, invece, un maggiore coordinamento fra i vari Paesi dell'Unione con il fine specifico di modificare la direttiva 2015/2302/UE (o sospenderne l'efficacia per il periodo emergenziale): non c'è dubbio, infatti, che – a fronte del nobile scopo perseguito dall'Italia con la disciplina emergenziale in analisi – si sarebbe ben potuto procedere, anche a livello europeo, a ridurre temporaneamente (ma anche tempestivamente) le tutele dei viaggiatori per assicurare un ulteriore strumento, stavolta privatistico, per affrontare la crisi ed assicurare una maggiore tutela ad operatori e aziende del settore turistico (economicamente e socialmente strategico peraltro anche per altri Paesi dell'Unione). In quest'ottica, seppure tardivamente, si sono mossi alcuni Stati dell'Unione che hanno formalmente richiesto alla Commissione UE una parziale modifica (ancor oggi non confermata) della direttiva 2015/2302/UE oppure una sua (sempre parziale) sospensione per il periodo emergenziale (l'Italia – forse per ragioni di opportunità giuridica e politica, data l'approvazione, già avvenuta, dell'art. 88-*bis* – ha preferito non unirsi alla richiesta degli altri Paesi alla Commissione). Peraltro, la stessa Commissione UE, preso atto delle ormai numerose discipline nazionali in evidente violazione delle regole europee, si è mossa, pubblicando una raccomandazione con cui mira, per un verso, a consentire la possibilità di prevedere aiuti pubblici a compagnie ed imprese del settore e, per un altro, ad incentivare l'emissione del *voucher* come strumento per contrastare le conseguenze del Covid-19 nell'ambito dei pacchetti turistici. Nella disciplina europea, però, l'emissione del *voucher* – oltre ad essere posta in alternativa al rimborso in denaro (come nell'ordinamento italiano) – è sottoposta, in ogni caso, alla volontaria accettazione da parte dei passeggeri e dei viaggiatori. Il testo della raccomandazione della Commissione UE 2020/648 del 13 maggio 2020 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea ed è reperibile *online*, nella versione in italiano, all'indirizzo: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2020:151:FULL&from=IT*). L'UE, tramite una lettera formale inviata al nostro esecutivo dai commissari alla Giustizia e ai Trasporti (Didier Reynders e Adina Valean), ha chiesto di rivedere le disposizioni emergenziali e di permettere ai viaggiatori di scegliere fra il rimborso integrale o la fruizione di un *voucher*. Si tratta di un richiamo formale esteso peraltro ad altri dodici Paesi dell'UE (Belgio, Bulgaria, Repubblica Ceca, Grecia, Spagna, Francia, Croazia, Lussemburgo, Malta, Polonia, Portogallo e Paesi Bassi). Permangono così, nel momento in cui si licenzia il presente contributo, non pochi rischi per il nostro Paese di subire una procedura d'infrazione da parte dell'Unione Europea (in assenza di pronte modifiche legislative che, peraltro, non intaccherebbero significativamente l'*iter* argomentativo qui sviluppato e soprattutto le considerazioni conclusive sull'attuale sistema rimediale nazionale).



tutele talvolta perfino superiori a quelle previste dalla disciplina generale) per evitare che le difficoltà di restituzione del denaro già versato travolgano nell'immediato interi settori economici (specie se consideriamo che dietro ciascuno di questi soggetti vi sono poi tutta una serie di fornitori, distributori, organizzatori, etc.) [83].

Questa normativa rappresenta pertanto una piccola (ma non insignificante) parte dell'approccio "integrato" di contrasto all'emergenza da COVID-19: un aiuto – stavolta non "mediato" dalla volontà dei contraenti, ma direttamente predisposto *ex lege* – per assicurare, già a livello contrattuale (e pertanto, in un certo senso, "microscopico"), un po' di ossigeno a settori che dovranno, in ogni caso, essere supportati dall'intervento pubblico per assicurare loro la liquidità necessaria ed evitarne l'irreparabile crisi [84].

5.2. – La disciplina emergenziale dei contratti di locazione, di natura fiscale più che civilistica, dev'essere presa in considerazione per una pluralità di ragioni.

In primo luogo – com'è dimostrato anche dall'ampia attenzione riservata all'argomento, in un intervallo di tempo così breve, dalla stampa nazionale, nonché dagli operatori del diritto e dai primi commentatori della normativa [85] – l'attuale emergenza ha prodotto

---

[83] Quest'intento legislativo di preservare per intero questi settori strategici è dimostrato anche dall'ampiezza dell'ambito d'applicazione delle norme prese in esame per evitare problemi ricondubili all'attuale situazione emergenziale. Si pensi, per esempio, all'opportuna previsione legislativa di cui all'art. 88-*bis*, comma 10: "le disposizioni del presente articolo trovano applicazione anche nei casi in cui il titolo di viaggio o il soggiorno o il pacchetto turistico siano stati acquistati o prenotati per il tramite di un'agenzia di viaggio o di un portale di prenotazione, anche in deroga alle condizioni pattuite".

[84] Ciò non toglie, com'è ovvio, l'esigenza d'interventi pubblici significativi per evitare gravi problemi di liquidità delle imprese (in ogni settore economico). Non mancano (fortunatamente) diversi interventi legislativi sull'argomento (di cui non è chiaramente possibile trattare in questa sede). Sul punto, per esempio, si rinvia alle altre recenti disposizioni di cui agli artt. 176 ss. del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto "Rilancio").

[85] Per una prima riflessione dottrinale, cfr. V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020, 1 ss. Per alcuni riferimenti nell'ambito della stampa nazionale, cfr. B. ARDÙ, *Il coronavirus entra anche nei contratti commerciali: arrivano le clausole per difendersi dalle ricadute economiche*, in *https://www.repubblica.it/economia/2020/03/10/news/e_anche_nei_contratti_fa_capolino_il_covid_19-250366064/?ref=RHPPTP-BH-I250727550-C12-P9-S5.3-T1*; C. COCUZZA, *Affitti dei negozi, sospendere il canone è possibile*, in *IlSole24Ore*, 8 aprile 2020, 14; E. NETTI, *Commercio: pandemia è forza maggiore*, in *Sole24Ore*, 11 aprile 2020, 14. Infine, a testimonianza dell'immediata conseguenza delle misure di contenimento nell'esecuzione dei contratti di locazione, si riscontrano molte riflessioni pubblicate *online* sui siti di approfondimento giuridico nonché sui siti d'importanti studi professionali. Sviluppa le sue riflessioni a partire dalla stessa constatazione U. SALANITRO (*La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del* Coronavirus, in *Giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020, 3): "Il settore in cui la possibilità di conflitto appare in questo momento più elevata, come si percepisce dalle discussioni sui siti giuridici on line,



sicuramente conseguenze particolarmente rilevanti nell'esecuzione dei contratti di locazione [86]. Ad interessare i primi commentatori non sono state tanto le locazioni ad uso abitativo, ma le locazioni ad uso commerciale, che, a seguito dell'applicazione delle misure di contenimento, hanno mostrato da subito problematiche significative nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali (derivanti solitamente dall'impossibilità, perlomeno temporanea e parziale, di svolgere nei locali l'attività per cui sono stati locati) [87].

In secondo luogo, le locazioni ad uso commerciale – seppure non espressamente disciplinate, perlomeno in origine, da norme civilistiche – sono state oggetto, probabilmente in omaggio proprio all'approccio "integrato" più volte richiamato, dell'art. 65 del decreto c.d. "Cura Italia" [88]. La norma – di natura fiscale e non strettamente civilistica – delinea, infatti, un credito d'imposta nella misura del 60% dell'ammontare del canone di

---

riguarda i contratti di locazione di immobili destinati ad attività commerciali, altre attività produttive o uffici: è ricorrente la domanda se il conduttore possa sospendere o ridurre il pagamento dei canoni per il periodo in cui non è consentito lo svolgimento dell'attività economica a causa della pandemia".

[86] Per un'interessante riflessione sulle conseguenze delle misure di contenimento nell'ambito, limitrofo alle locazioni, dell'esecuzione dei contratti di noleggio di beni mobili destinati a strutture fisse (con particolare riguardo ai ponteggi e ai macchinari per l'edilizia, a loro volta poi distinti fra noleggi "a caldo" e noleggi "a freddo"), cfr. U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del* Coronavirus, cit., 9 ss.

[87] Le locazioni ad uso commerciale non sono però chiaramente le sole che subiscono conseguenze dall'attuale emergenza. Possono sorgere problemi, infatti, anche nei contratti di locazione stipulati da chi non è più nella condizione di godere dell'appartamento preso in locazione "fuori sede" perché rientrato presso l'abitazione di residenza. Sul punto, cfr. A. DONATI, *Studenti fuori sede, come regolarsi per l'affitto ai tempi del coronavirus*, in *https://www.repubblica.it/economia/diritti-e-consumi/casa/2020/03/29/news/studenti_fuori_sede_affitto-252362478/?ref=RHPPTP-BH-I252581115-C12-P2-S3.4-T1*.

Peraltro, si osserva, le locazioni ad uso abitativo, seppure non oggetto su larga scala di sopravvenienze contrattuali in senso stretto nell'immediato, sollevano problemi decisamente rilevanti nell'ottica delle difficolta riconducibili a fenomeni, come si è visto (cfr., *supra*, § 2), "macroscopici" d'impoverimento di ampie fasce di popolazione (che comportano disagi abitativi su larga scala). Sull'argomento – significativo ma, come si è detto, necessariamente escluso (seppur, in qualche modo, considerato) dalla presente riflessione – si rinvia, fra i tanti interventi normativi, alle previsioni di cui all'art. 65, comma 2-*ter* (cfr., *infra*, nt. 89) poi ulteriormente integrate nell'ambito dell'art. 29 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34. Nell'ottica sempre di contrastar il disagio abitativo di carattere "macroscopico", seppur in un settore diverso dalle locazioni, si rinvia alla disciplina emergenziale sulla sospensione nell'esecuzione dei contratti di mutuo. Sul punto, cfr., per tutti, M. R. MAUGERI, *L'emergenza COVID-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, in *giustiziacivile.com*, 22 aprile 2020, 1 ss.

[88] Viceversa, l'art. 103, comma 6, (sempre del d.l. rilascio degli immobili, a seguito del procedimento di sfratto, fino al 30 giugno 2020 con riferimento sia alle locazioni ad uso commerciale sia alle locazioni ad uso abitativo ("L'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, è sospesa fino al 30 giugno 2020"). Questa norma processuale si applica pertanto ai procedimenti già in corso e sembra diretta – più che a contenere le conseguenze negative delle misure di contenimento sull'esecuzione dei contratti di locazione – ad evitare che, a seguito dell'esecuzione del provvedimento di rilascio, famiglie ed imprese si ritrovino impegnate nella ricerca di un altro immobile durante la fase più acuta della pandemia.



locazione a favore dei soggetti esercenti attività d'impresa proprio al fine dichiarato di "contenere gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19" [89].

S'intuisce pertanto, seppur indirettamente, la mancata sospensione del pagamento del canone. La previsione del credito d'imposta, infatti, sembra presupporre l'adempimento del conduttore, che – come precisato dalla Circolare 8E dell'Agenzia delle Entrate del 3 aprile 2020 – si vedrà riconosciuto il credito d'imposta, ai sensi dell'art. 65 del "Cura Italia", soltanto a seguito dell'effettivo pagamento del canone [90]. Sembra possibile desu-

[89] L'art. 65, rubricato "Credito d'imposta per botteghe e negozi", recita testualmente (dopo l'aggiunta, nell'ambito della legge di conversione, dei commi, rivolti a specificar il funzionamento del credito d'imposta e ad agevolare l'entrata in vigore di misure chiamate a fronteggiar il disagio abitativo tramite l'erogazione di denaro pubblico, 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater*): "(1) Al fine di contenere gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, ai soggetti esercenti attività d'impresa è riconosciuto, per l'anno 2020, un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020, di immobili rientranti nella categoria catastale C/1. (2) Il credito d'imposta non si applica alle attività di cui agli allegati 1 e 2 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 marzo 2020 ed è utilizzabile, esclusivamente, in compensazione ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241. (2-*bis*). Il credito d'imposta di cui al comma 1 non concorre alla formazione del reddito ai fini delle imposte sui redditi e del valore della produzione ai fini dell'imposta regionale sulle attività produttive e non rileva ai fini del rapporto di cui agli articoli 61 e 109, comma 5, del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917. (2-*ter*). Al fine di accelerare l'erogazione delle risorse attribuite dalla legge 27 dicembre 2019, n. 160, per la riduzione del disagio abitativo, il riparto tra le regioni della disponibilità complessiva assegnata per l'anno 2020 al Fondo nazionale per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione, di cui all'articolo 11 della legge 9 dicembre 1998, n. 431, pari a complessivi 60 milioni di euro, e il riparto dell'annualità 2020 del Fondo destinato agli inquilini morosi incolpevoli istituito dall'articolo 6, comma 5, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 102, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 ottobre 2013, n. 124, attribuita dall'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80, e pari a 9,5 milioni di euro, sono effettuati entro dieci giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, in deroga alle procedure ordinarie di determinazione dei coefficienti regionali e adottando gli stessi coefficienti già utilizzati per i riparti relativi all'annualità 2019. (2-*quater*). Nel termine di trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, le regioni attribuiscono ai comuni le risorse assegnate, anche in applicazione dell'articolo 1, comma 21, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, con procedura di urgenza, anche secondo le quote a rendiconto o programmate nelle annualità pregresse, nonché per l'eventuale scorrimento delle graduatorie vigenti del Fondo nazionale di cui all'articolo 11 della legge 9 dicembre 1998, n. 431. I comuni utilizzano i fondi anche ricorrendo all'unificazione dei titoli, capitoli e articoli delle rispettive voci di bilancio ai fini dell'ordinazione e pagamento della spesa. (3) Agli oneri derivanti dal presente articolo si provvede ai sensi dell'articolo 126".

[90] La Circolare 8E del 3 aprile 2020 dell'Agenzia delle Entrate, reperibile online (*https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/2412777/Circolare+8+Cura+Italia.pdf/dda7007d-5828-754f-99c3-ec090a3152af)*, sottolinea: "ancorché la disposizione si riferisca, genericamente, al 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, la stessa ha la finalità di ristorare il soggetto dal costo sostenuto costituito dal predetto canone, sicché in coerenza con tale finalità il predetto credito maturerà a seguito dell'avvenuto pagamento del canone medesimo".



merne non soltanto l'esclusione di ogni sospensione del pagamento, ma anche la presa d'atto di una probabile revisione dell'accordo originario ed il conseguente riconoscimento del credito d'imposta calcolato sulla base della somma effettivamente pagata dopo l'eventuale adeguamento del canone [91].

Una norma di carattere fiscale che – malgrado significative criticità (dall'assenza d'incentivi sufficienti per il locatore a rivedere l'originario canone [92] all'applicazione del credito d'imposta limitata, perlomeno in origine, al mese di marzo 2020 [93] e ad immobili della categoria catastale C/1) [94] tempestivamente rilevate dalle associazioni di categoria [95] – fornisce già non indifferenti suggerimenti "civilistici" da mettere a sistema.

Nell'assenza di una specifica regola civilistica e, di conseguenza, nell'oggettiva incertezza ermeneutica del diritto emergenziale delle locazioni ad uso commerciale, sono proliferate diverse possibili ricostruzioni dirette ad assicurare sempre – compatibilmente con

---

[91] Un'interpretazione diversa, pronta a considerare ai fini del credito d'imposta la somma originariamente dovuta dal conduttore, sembra, infatti, da escludere perché finirebbe per configurare un eccessivo (ed ingiustificato) vantaggio a favore del conduttore all'esito dell'intera vicenda (contrattuale e fiscale).

[92] Nell'ottica d'incentivare il locatore a rivedere il canone originario è stato suggerito, per un verso, di applicare all'importo percepito, ridotto nel caso di una revisione contrattuale, la c.d. "cedolare secca commerciale" con un'aliquota pari (soltanto) al 15% e, per un altro, d'introdurre un meccanismo per cui i canoni non percepiti non siano assoggettati ad imposizione fiscale. Nell'ottica di agevolare la revisione del canone originario sembra muoversi la possibilità di cedere il credito d'imposta (introdotta dall'art. 122 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, v., *infra*, nt. 110).

[93] La previsione del credito d'imposta è stata inizialmente limitata, ai sensi proprio dell'art. 65 del decreto "Cura Italia", soltanto al mese di marzo. Successivamente, come si vedrà (cfr., *infra*, § 5.2), il credito d'imposta nei contratti di locazione è stato esteso anche ad altri mesi e ad altre categorie d'immobili ad uso non abitativo.

[94] Nella formulazione dell'art. 65 del decreto "Cura Italia" il credito d'imposta, pari al 60 per cento del canone effettivamente pagato, è stato limitato a negozi e botteghe (rientranti nella categoria catastale C/1) e risultava pertanto non applicabile ad altre locazioni ad uso commerciale (come, per esempio, alberghi e studi professionali). La scelta legislativa è stata peraltro espressamente confermata dalla Circolare 8E del 3 aprile 2020 (già più volte richiamata): "L'articolo 65 del Decreto espressamente specifica che gli immobili oggetto di locazione (per cui è possibile fruire del credito d'imposta) devono essere classificati nella categoria catastale C/1 (negozi e botteghe). Restano, quindi, esclusi dal credito d'imposta previsto dal Decreto i contratti di locazione di immobili rientranti nelle altre categorie catastali anche se aventi destinazione commerciale, come ad esempio la categoria D/8". Sul punto, con una visione decisamente critica, cfr. S. ELLI, *Turismo, arrivano le offerte predatorie sugli alberghi vuoti*, in *IlSole24Ore*, 22 aprile 2020, 13; A. DUCCI, *Federalberghi chiede lo stato di crisi: «Per noi l'unica via»*, in *IlCorriereDellaSera*, 23 aprile 2020, 13).

[95] Non a caso si è trattata di una delle norme oggetto del maggior numero di emendamenti presentati (ma poi non approvati) già durante la fase parlamentare di conversione in legge del decreto "Cura Italia". Sul punto, cfr. E. NETTI, *Commercio: pandemia è forza maggiore*, cit., 14; ID., *Centri commerciali a rischio sugli affitti*, in *IlSole24Ore*, 22 aprile 2020, 13; P. DEZZA, *Saltano gli affitti, primi effetti sull'immobiliare*, in *IlSole24Ore*, 19 aprile 2020, 3.



la disciplina, di carattere "generale", *ex* art. 91 del c.d. "Cura Italia" – un adeguamento dell'originario canone di locazione nell'intento, ancora una volta, di "socializzazione dei costi" nell'interesse dei contraenti e, seppur indirettamente, dell'intero sistema socioeconomico nazionale [96].

Infatti, mentre i principali rimedi generali (risoluzione, per impossibilità e per eccessiva onerosità sopravvenuta, *ex* artt. 1463 ss. cod. civ.) e speciali (recesso, per gravi motivi, *ex* art. 27, comma 8, della legge 27 luglio 1978, n. 392) sono complessivamente estintivi dell'originario rapporto contrattuale [97], appare necessario riflettere oggi maggiormente – sulla scorta di una rilettura delle figure tradizionali anche alla luce dell'elastica disciplina emergenziale di cui all'art. 91 del decreto "Cura Italia" – sulla problematica dell'esecuzione delle locazioni ad uso commerciale nell'ottica di soddisfare, se possibile, l'esigenza manutentiva della relazione contrattuale (rafforzata, nell'attuale momento storico, dall'estrema difficoltà, per i conduttori, di reperire nuovi ed economici locali dove spostarsi rapidamente e, per i locatori, di rintracciare, a loro volta, altri soggetti disponibili a pagare canoni ormai divenuti spesso troppo gravosi).

In particolare, occorre riconsiderare l'assunto – apparentemente avvalorato, almeno in parte, dalla formulazione dell'art. 65 del c.d. "Cura Italia" – che sia il conduttore a non poter svolgere la propria attività a seguito dell'applicazione delle misure di contenimento e a dovere sopportar il rischio della sopravvenienza senza poterlo trasferire in capo al locatore.

In realtà, il locatore, ai sensi dell'art. 1575 cod. civ., s'impegna non soltanto a "consegnare al conduttore la cosa locata in buono stato di manutenzione" (n. 1) ed a "garantirne il pacifico godimento durante la locazione" (n. 3), ma anche a "mantenerla in istato da *servire all'uso convenuto*" (n. 2). Ne deriva l'inclusione dell'uso della cosa fra gli elementi che descrivono l'obbligazione del locatore.

Si tratta allora – com'è già stato puntualmente rilevato [98] – di comprendere se il rischio dell'impossibilità dell'uso convenuto sia riconducibile alla *sfera dell'attività* oppure alla *sfera di pertinenza del bene*, perché nel primo caso (si pensi, per esempio, all'im-

---

[96] Fermo restando l'esigenza di registrare sempre prontamente l'eventuale accordo stragiudiziale di riduzione del canone – esente, ai sensi dell'art. 19 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. "Sblocca Italia") poi convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, dalle imposte di registro e di bollo – per evitar il pagamento delle imposte sull'importo originariamente convenuto (viceversa, ai sensi dell'art. 26 T.U.I.R., il locatore dovrebbe pagare le imposte sul valore dei canoni dichiarati in contratto).

[97] Sul punto, cfr. V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, cit., 2 ss.

[98] In letteratura, cfr. U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del* Coronavirus, cit., 4 ss.



mobile che perde le caratteristiche richieste all'uso convenuto a seguito della trasformazione dell'intero sistema produttivo) il rischio della circostanza sopravvenuta ricade sul conduttore, nel secondo caso (si pensi, per esempio, all'immobile che perde le caratteristiche richieste a seguito di un evento sismico), invece, il rischio della circostanza sopravvenuta non può che ricadere sul locatore.

Si deve pertanto valutare se l'applicazione delle misure di contenimento sia concretamente riconducibile alla *sfera dell'attività* oppure alla *sfera di pertinenza del bene*. Dall'analisi complessiva della (a dir poco frastagliata) disciplina emergenziale sembra emergere che le attività commerciali – chiuse a lungo con l'unica eccezione degli esercizi funzionali all'acquisto di beni di prima necessità (ai sensi dell'art. 3, lett. j) del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13) – sono solitamente consentite, se svolte fuori dai locali commerciali attraverso modalità a distanza (si pensi, per esempio, alla vendita *online* di prodotti immateriali, oppure alla vendita e consegna a domicilio di riviste specializzate o di attrezzi ginnici): l'applicazione delle misure di contenimento e, conseguentemente, le chiusure sembrano rivolte, più che contro l'esercizio delle attività, contro l'esercizio delle attività svolte nei locali aperti al pubblico (perché capaci di favorire la diffusione contagiosa del *viru*s). L'apparente divieto nei confronti dell'esercizio delle attività commerciali spesso si rivela essere pertanto l'imposizione di un limite all'uso degli immobili [99].

[99] Sul punto, si osserva, l'interpretazione della disciplina emergenziale è particolarmente complessa: lo svolgimento di attività commerciali a distanza sarebbero vietate, in ogni caso, se mettono a rischio la salute dei lavoratori. Nell'ottica di una lettura particolarmente restrittiva della normativa sulla vendita a distanza sembra muoversi la recente pronuncia del TAR Lombardia del 22 aprile 2020, n. 754 che "sospende provvisoriamente l'ordinanza della Regione Lombardia n. 528 dell'11.4.2020, limitatamente alla lettera H, nella parte in cui consente la consegna a domicilio da parte degli operatori commerciali al dettaglio anche per le categorie merceologiche non comprese nell'allegato 1 del D.P.C.M. del 10 aprile 2020, come integrato dal decreto del Ministro dello sviluppo economico 25 marzo 2020" (reperibile *online*: *https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef&schema=tar_mi&nrg=202000754&nomeFile=202000634_06.html&subDir=Provvedimenti&fbclid=IwAR0saODynwQVmZacpk-4S0ARjvsZl91IhZwhaTLx4yDSAsJY2u8-Naqn1v4*). Tuttavia, com'è stato puntualmente rilevato, le cose sembrano più complicate (e non sono certamente semplificate dal continuo susseguirsi di atti normativi nazionali e regionali). In particolare, la vendita a distanza con consegna a domicilio è consentita (e resta consentita) "sia dal Dpcm 11 marzo 2020, sia dal Dpcm 10 aprile 2020, che nei rispettivi allegati 1 richiamano il commercio al dettaglio di qualsiasi tipo di prodotto effettuato via *internet*, per televisione, per corrispondenza, radio e telefono" (E. PUCCETTI, P. TOSI, *TAR Lombardia, consegnabili a domicilio solo gli alimenti*, in *IlSole24Ore*, 28 aprile 2020, 28). Ad essere preclusa è, invece, sicuramente la vendita e consegna a domicilio che (a differenza della vendita a distanza e consegna a domicilio) richiede la contestuale presenza, seppure nel domicilio anziché nel locale commerciale, di venditore e acquirente. Non a caso un ampio (e prolungato) dibattito è sorto soprattutto con riferimento alla possibilità di ristorazione con consegna a domicilio (poi espressamente ammessa con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 aprile 2020 all'art. 1 lett.



Ne deriva, in osservanza dei suddetti criteri, che il rischio dell'evento sopravvenuto – verificatosi a seguito dell'applicazione delle misure di contenimento – possa essere ricondotto all'uso convenuto dell'immobile e pertanto, ai sensi dell'art. 1575 cod. civ., possa essere posto in capo al locatore.

Sembra chiaro come, nel caso di specie, l'applicazione delle misure di contenimento producano una variazione "qualitativa" della prestazione del locatore – riconducibile, come si è visto, all'alveo dell'impossibilità sopravvenuta [100] – che preclude ogni possibile ricorso ai rimedi (peraltro realisticamente poco appetibili per il locatore) dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (*ex* art. 1467 cod. civ.) [101].

Si è rilevata così l'assoluta centralità assunta (anche stavolta) dalla disciplina dell'impossibilità temporanea *ex* art. 1256, comma 2, cod. civ., priva però di una regola chiara nell'ambito specifico dei contratti a prestazioni corrispettive. Si mira pertanto ad integrare la lacuna (in senso proprio), riconducibile all'impossibilità temporanea nel contratto di locazione, tramite l'applicazione analogica del rimedio della riduzione del corrispettivo predisposto, ai sensi dell'art. 1578 e dell'art. 1584 cod. civ., per il caso diverso di vizi e riparazioni della cosa locata (che presuppongono però, al pari dell'attuale situazione, un'inutilizzabilità dell'immobile locato) [102]. Si tratta di una ricostruzione d'indubbio fascino, che comporta un esito sicuramente ragionevole: la riduzione del canone, la con-

---

aa) perché, a differenza delle altre fattispecie di vendita a distanza, richiede una, seppure minima, interazione, fra venditore ed acquirente. Si tratta peraltro di una deroga approvata nell'intento specifico di evitare un immediato (e verticale) collasso dell'intero settore enogastronomico. Sul punto, a titolo meramente esemplificativo, si rinvia alle difficoltà – rese note anche dalla stampa nazionale – delle pizzerie non autorizzate, in un primo periodo, all'asporto (ma vincolate al pagamento di significativi canoni di locazione): *https://corrieredelmezzogiorno.corriere.it/napoli/cronaca/20_aprile_15/coronavirus-sorbillo-chiude-quattro-pizzerie-f039d7b6-7edc-11ea-b261-72c96433de1c.shtml.*

[100] Cfr., *supra*, § 4.

[101] Non sono mancate però le ricostruzioni della fattispecie in esame come un'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta. Cfr. V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, cit., 5-6 (che però – consapevole della natura prevalentemente estintiva dei rimedi, "generali" e "speciali", nel caso di eccessiva onerosità sopravvenuta – auspica l'introduzione rapida in via legislativa di un obbligo legale di rinegoziare l'originario accordo contrattuale).

[102] L'Autore che più di ogni altro ha sviluppato quest'idea è sicuramente U. SALANITRO (*La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del* Coronavirus, cit., 9). Quest'ultimo, in particolare, ha sottolineato come una soluzione del genere, oltre ad essere suggerita da talune pronunce giurisprudenziali, riesuma "una regola tradizionale, già recepita nell'art. 1578 del codice civile del 1865, che disponeva «Se durante la locazione la cosa locata è totalmente distrutta, il contratto è sciolto di diritto; se non è distrutta che in parte, il conduttore può, secondo le circostanze, domandare la diminuzione del prezzo o lo scioglimento del contratto". Nello stesso senso, cfr. R. BOCCA, A. BONETTA, M. IACOVIELLO, L. SALVANESCHI, L. VITTONE, *Incidenza del Coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, in *giustiziacivile.com*, 16 aprile 2020, 31.



servazione dell'originario rapporto e, ancora una volta, la socializzazione del costo dell'emergenza fra i contraenti [103].

Probabilmente, però, è possibile giungere alla stessa soluzione attraverso un *iter* argomentativo differente, senza ricorrere all'applicazione analogica della disciplina dei vizi e delle riparazioni della cosa locata.

Cos'accadrebbe, infatti, se l'impossibilità della prestazione del locatore derivante dall'applicazione delle misure di contenimento si considerasse non come una fattispecie d'impossibilità totale, ma d'impossibilità parziale (oltre che temporanea) [104]? Il locatore non riesce sicuramente a consentire al conduttore di servirsi pienamente della cosa all'uso convenuto, ma, dall'analisi della disciplina emergenziale, non emerge alcun impedimento, per il locatore, a metter a disposizione del conduttore il locale come supporto alla sua attività (per esempio, consentendo al conduttore di utilizzare l'immobile come magazzino nell'ambito dello svolgimento di attività produttive e come deposito nell'ottica di procedere poi con un'eventuale attività di vendita a distanza nelle attività commerciali). L'impossibilità – o, sull'onda dell'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, l'inutilizzabilità [105] – parziale (e non più totale) permetterebbe così alla controparte, ai sensi dell'art. 1464 cod. civ., di chiedere la riduzione del canone originariamente convenuto senza dovere ricorrere all'*analogia legis* [106].

---

[103] Nell'ottica d'introdurre soluzioni capaci di assicurare una maggiore flessibilità del canone di locazione sembra muoversi la stessa prassi negoziale. Sono stati predisposti, infatti, nuovi contratti caratterizzati dalla previsione di un canone "variabile" oppure, più ragionevolmente, "misto" (fisso e variabile), laddove con la parte fissa si coprono i costi del locatore e con la parte variabile (magari collegata ai giorni di possibile apertura al pubblico) si possono soddisfare (almeno parzialmente) le esigenze del conduttore. Sul punto, cfr. P. MARRA, L. NASSIVERA, *Canone di locazione commerciale variabile, uno strumento per la ripartenza? Riflessioni nell'ottica di un nuovo equilibrio contrattuale*, in *Il Quotidiano Immobiliare*, 4.05.2020.

[104] Nello stesso senso, cfr. C. COCUZZA, *Affitti dei negozi, sospendere il canone è possibile*, in *IlSole24Ore*, 8 aprile 2020, 14. Peraltro, secondo autorevole dottrina (cfr., per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2012, 405-406), l'assimilabilità dell'impossibilità temporanea all'impossibilità parziale può sempre comportare l'applicazione (in via analogica) dell'art. 1464 cod. civ. anche nei casi d'impossibilità temporanea. Anche la dottrina più attenta a distinguere (giustamente) l'impossibilità temporanea dall'impossibilità parziale nota peraltro una certa vicinanza fra le due figure ("Nei rapporti di durata [com'è sicuramente la locazione d'immobili ad uso commerciale], il carattere parziale dell'impossibilità può manifestarsi sul piano del tempo […] È chiara la differenza dall'impossibilità temporanea: per essa la prestazione potrà eseguirsi più tardi, ma potrà eseguirsi tutta": V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 941).

[105] Cfr., *supra*, § 4. Nello stesso senso, con riferimento ai contratti di locazione (e, più in generale, ai contratti di durata), sembrano muoversi le considerazioni di F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti*, cit. *Contra* A. NUCERA, *Sul canone d'affitto non vale l'impossibilità sopravvenuta*, in *IlSole24Ore*, *Norme&Tributi. Focus*, 13.05.2020, 4.

[106] Il rimedio della revisione del corrispettivo – diretto, ancora una volta, ad una "socializzazione dei costi" della crisi nell'interesse delle parti e dell'intero sistema socioeconomico – pone peraltro non pochi pro-



Questa ricostruzione sembra peraltro confermata, seppur in modo diverso, dalla previsione di un altro credito d'imposta, per i mesi di marzo, aprile e maggio (già esteso per le strutture turistico ricettive con attività solo stagionale anche al mese di giugno) 2020, a favore dei conduttori di immobili a uso non abitativo (art. 28 e 122 del c.d. decreto "Rilancio") [107] e dall'introduzione di un rimedio specifico nell'ambito dei contratti di lo-

---

blemi nell'ottica d'individuare chiari parametri d'intervento sull'accordo originario. Si tratta di considerare, di volta in volta, una molteplicità di parametri: dall'effettivo prolungamento delle misure di contenimento (nei confronti della specifica attività) al persistente vantaggio derivante per il conduttore dall'uso parziale (ma, auspicabilmente, sempre maggiore con il passare dei mesi) del locale.

[107] Si riporta il testo dell'art. 28 ("Credito d'imposta per i canoni di locazione degli immobili a uso non abitativo e affitto d'azienda") del decreto 19 maggio 2020, n. 34: "(1) Al fine di contenere gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, ai soggetti esercenti attività d'impresa, arte o professione, con ricavi o compensi non superiori a 5 milioni di euro nel periodo d'imposta precedente a quello in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto, spetta un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare mensile del canone di locazione, di leasing o di concessione di immobili ad uso non abitativo destinati allo svolgimento dell'attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, di interesse turistico o all'esercizio abituale e professionale dell'attività di lavoro autonomo. (2) Il credito d'imposta di cui al comma 1, in caso di contratti di servizi a prestazioni complesse o di affitto d'azienda, comprensivi di almeno un immobile a uso non abitativo destinato allo svolgimento dell'attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, di interesse turistico o all'esercizio abituale e professionale dell'attività di lavoro autonomo, spetta nella misura del 30 per cento dei relativi canoni. (3) Il credito di imposta di cui ai commi 1 e 2 spetta alle strutture alberghiere e agrituristiche indipendentemente dal volume di ricavi e compensi registrato nel periodo d'imposta precedente. (4) Il credito d'imposta di cui al comma 1 spetta anche agli enti non commerciali, compresi gli enti del terzo settore e gli enti religiosi civilmente riconosciuti, in relazione al canone di locazione, di leasing o di concessione di immobili ad uso non abitativo destinati allo svolgimento dell'attività istituzionale. (5) Il credito d'imposta di cui ai commi 1, 2, 3 e 4 è commisurato all'importo versato nel periodo d'imposta 2020 con riferimento a ciascuno dei mesi di marzo, aprile e maggio e per le strutture turistico ricettive con attività solo stagionale con riferimento a ciascuno dei mesi di aprile, maggio e giugno. Ai soggetti locatari esercenti attività economica, il credito d'imposta spetta a condizione che abbiano subito una diminuzione del fatturato o dei corrispettivi nel mese di riferimento di almeno il 50 per cento rispetto allo stesso mese del periodo d'imposta precedente. (6) Il credito d'imposta di cui ai commi precedenti è utilizzabile nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta di sostenimento della spesa ovvero in compensazione, ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, successivamente all'avvenuto pagamento dei canoni. Il credito d'imposta non concorre alla formazione del reddito ai fini delle imposte sui redditi e del valore della produzione ai fini dell'imposta regionale sulle attività produttive e non rileva ai fini del rapporto di cui agli articoli 61 e 109, comma 5, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917. (7) Al credito d'imposta di cui al presente articolo non si applicano i limiti di cui all'articolo 1, comma 53, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e di cui all'articolo 34 della legge 23 dicembre 2000, n. 388. (8) Il credito d'imposta di cui al presente articolo non è cumulabile con il credito d'imposta di cui all'articolo 65 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, in relazione alle medesime spese sostenute. (9) Le disposizioni del presente articolo si applicano nel rispetto dei limiti e delle condizioni previsti dalla Comunicazione della Commissione europea del 19 marzo 2020 C(2020) 1863 final "Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19", e successive modifiche. (10) Agli oneri derivanti dal presente articolo, valutati in 1.424, 1 milioni di euro, si provvede ai sensi dell'art. 265".



cazione di piscine, palestre e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati (art. 216, comma 3, dello stesso decreto "Rilancio") [108].

In particolare, ai sensi dell'art. 28, si prevede un credito d'imposta pari al 60 % del canone di locazione, di *leasing* o di concessione di immobili ad uso non abitativo destinati allo svolgimento dell'attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, di interesse turistico o all'esercizio abituale e professionale dell'attività di lavoro autonomo nonché all'esecuzione dell'attività istituzionale degli enti non commerciali (compresi enti del terzo settore ed enti religiosi civilmente riconosciuti). Tale credito d'imposta per i contratti di servizi a prestazioni complesse o di affitto d'azienda – comprensivi di almeno un immobile a uso non abitativo destinato allo svolgimento dell'attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, di interesse turistico o all'esercizio abituale e professionale dell'attività di lavoro autonomo – è pari al 30% dei relativi canoni di locazione [109]. Questa misura fiscale – chiaramente non cumulabile con quella di cui all'articolo 65 del decreto "Cura Italia" in relazione alle medesime spese sostenute – deve commisurarsi all'importo effettivamente versato nel periodo d'imposta 2020 (con riferimento a ciascuno dei mesi di marzo, aprile e maggio) e, tranne che per le strutture alberghiere e agrituristiche (cui si applica indipendentemente dal volume di ricavi e compensi registrato nel periodo d'imposta precedente), scatta soltanto a condizione che i conduttori abbiano subito una diminuzione del fatturato o dei corrispettivi nel mese di riferimento di almeno il 50% rispetto allo stesso mese del periodo d'imposta precedente. Inoltre, al pari di quello previsto dall'art. 65 del c.d. "Cura Italia", il credito dell'art. 28 del c.d. decreto "Rilancio" può essere ceduto, ai sensi dell'art. 122 del medesimo decreto, ad altri soggetti terzi (compresi istituti di credito e altri intermediari finanziari) [110]. Non c'è dubbio

---

[108] L'art. 216, comma 3, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 statuisce: "(3). La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito".

[109] Praticamente da subito, ancora prima dell'entrata in vigore del c.d. decreto "Rilancio", si discute peraltro di un ulteriore potenziamento del credito d'imposta previsto per gli affitti delle imprese. Cfr. *Il decreto Rilancio ancora non c'è ma sono già pronti gli emendamenti*, in *La Repubblica*, *Economia e Finanza*, 18 maggio 2020, 12.

[110] L'art. 122 ("Cessione dei crediti d'imposta riconosciuti da provvedimenti emanati per fronteggiare l'emergenza da Covid-19"), infatti, statuisce: "(1) A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente



pertanto del contributo apportato dall'ennesima norma fiscale nell'ottica di favorire l'esecuzione, seppure dopo un'opportuna revisione dell'accordo originario, dei contratti di locazione ad uso commerciale.

Ancora più rilevante nell'ottica di confermare la ricostruzione rimediale proposta è però l'art. 216, comma 3, dello stesso decreto "Rilancio". Quest'ultima norma, diretta a regolare un ambito molto specifico delle locazioni ad uso commerciale, delinea – dopo avere richiamato le norme generali sull'impossibilità e sull'eccessiva onerosità sopravvenuta con una formulazione che ricorda molto quella dell'art. 3, comma 6-*bis* ("la sospensione delle attività sportive […] *è sempre valutata*, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, […] quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito") – la possibilità per il conduttore di locali adibiti a palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati, a fronte della sospensione delle attività, di ottenere una riduzione del corrispettivo, che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al 50% del canone contrattualmente stabilito [111]. S'individua così non soltanto un rimedio manutentivo del rapporto nella riduzione della prestazione del conduttore, ma anche un parametro, seppure soltanto presuntivo (e giustamente suscettibile di modifica dietro prova espressa della parte interessata),

---

decreto e fino al 31 dicembre 2021, i soggetti beneficiari dei crediti d'imposta elencati al successivo comma 2 possono, in luogo dell'utilizzo diretto, optare per la cessione, anche parziale, degli stessi ad altri soggetti, ivi inclusi istituti di credito e altri intermediari finanziari. (2) Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano alle seguenti misure introdotte per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19: a) credito d'imposta per botteghe e negozi di cui all'art. 65 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27; b) credito d'imposta per i canoni di locazione degli immobili a uso non abitativo e affitto d'azienda di cui all'art. 28; c) credito d'imposta per l'adeguamento degli ambienti di lavoro di cui all'art. 120; d) credito d'imposta per sanificazione degli ambienti di lavoro e l'acquisto di dispositivi di protezione di cui all'art. 125. (3) I cessionari utilizzano il credito ceduto anche in compensazione ai sensi dell'art. 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241. Il credito d'imposta è usufruito dal cessionario con le stesse modalità con le quali sarebbe stato utilizzato dal soggetto cedente. La quota di credito non utilizzata nell'anno non può essere utilizzata negli anni successivi, e non può essere richiesta a rimborso. Non si applicano i limiti di cui all'art. 34 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 e all'art. 1, comma 53, della legge 24 dicembre 2007, n. 244. (4) La cessione del credito non pregiudica i poteri delle competenti Amministrazioni relativi al controllo della spettanza del credito d'imposta e all'accertamento e all'irrogazione delle sanzioni nei confronti dei soggetti beneficiari di cui al comma 1. I soggetti cessionari rispondono solo per l'eventuale utilizzo del credito d'imposta in modo irregolare o in misura maggiore rispetto al credito ricevuto. (5) Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate sono definite le modalità attuative delle disposizioni di cui al presente articolo, comprese quelle relative all'esercizio dell'opzione da effettuarsi in via telematica". Sul punto, cfr. L. PEGORIN, G. P. RANOCCHI, *Affitti commerciali, nuovo* tax credit *trasferibile e ammesso per attività miste*, in *IlSole24Ore*, *Norme&Tributi*, 18 maggio 2020, 19.

[111] Cfr. A. MANCINO, G. SEPIO, *Sport dilettantistico, indennità e sospensione dei canoni*, cit., 17; M. BELLINAZZO, *Gli aiuti allo sport: Cig in deroga e rinvii di canoni e imposte*, in *IlSole24Ore*, 17 maggio 2020, 13.



di revisione dell'accordo originario [112]. L'art. 216, comma 3, riprende pertanto l'esito della riduzione (per quanto possibile concordata) del canone, ma anche l'*iter* argomentativo non sembra distaccarsi troppo dall'analisi finora condotta (seppur in termini più generali). Anche secondo la Relazione illustrativa e tecnica di accompagnamento al c.d. decreto "Rilancio", infatti, le misure di contenimento precludono "l'utilizzabilità dell'immobile locato secondo l'uso pattuito", imponendo, a fronte dell'alterazione in concreto del sinallagma, "un intervento di riequilibrio da parte dell'ordinamento". Tanto più che "nell'ipotesi in esame della locazione di impianti sportivi, resi inutilizzabili per *factum principis*, l'assegnazione di un rimedio conservativo, in luogo di quello risolutivo, appare giustificato alla luce delle seguenti considerazioni: a) il conduttore ha un forte interesse a mantenere in vita il contratto in ragione della «specificità ubicativa» dell'impianto sportivo e del rischio di non ricollocabilità altrove della sua attività; b) il locatore non ha alcun apprezzabile interesse a rifiutare la revisione, poiché da tale rimedio non subisce un pregiudizio che, in questa fase, potrebbe scongiurare ricorrendo al mercato".

6. – Non resta che formulare, all'esito dell'analisi dell'attuale disciplina (tradizionale ed emergenziale) delle sopravvenienze, talune considerazioni conclusive ed esporre delle suggestioni *pro futuro*.

Innanzitutto, si deve richiamare l'attenzione sulla complessità dell'attuale panorama rimediale nel caso di circostanze sopravvenute durante l'esecuzione del rapporto contrattuale. All'articolato *sistema rimediale "tradizionale"* – che, seppure per sommi capi, si è cercato qui di richiamare [113] – si è infatti affiancato una sorta di *diritto privato dell'emergenza*, chiamato ad approntare un primo adattamento della disciplina civilistica all'attuale situazione. In particolare, le peculiarità dell'emergenza sono finite inevitabilmente per riflettersi sulla disciplina contrattuale, stimolando la creazione di regole compatibili con un approccio "integrato" di risposta all'attuale momento di difficoltà. Si è così cominciato a delineare un diritto privato dell'emergenza che, presupponendo sempre fattispecie e regole della disciplina tradizionale, tratteggia, a sua volta, una disciplina (seppur decisamente "elastica") di carattere "generale" [114] e una serie di norme "speciali" dirette

[112] L'individuazione di un parametro flessibile per una revisione (decisamente significativa) del canone rappresenta, come si è già rilevato (cfr., *supra*, nt. 106), un importante profilo anche nell'ottica di un graduale ritorno alla normalità (non soltanto sanitaria, ma anche sociale, giuridica ed economica).

[113] Cfr., *supra*, § 4.

[114] Cfr., *supra*, § 5.



a fronteggiare (assieme alle misure, più volte richiamate, di politica economica, monetaria e fiscale) l'attuale situazione nell'ambito di specifici settori sociali ed economici [115]. Ne deriva un apparato rimediale molto complesso – frutto di un ineludibile "dialogo" fra due sistemi (quello tradizionale e quello emergenziale), a loro volta, già sufficientemente articolati – da "integrare" con altre misure, giuridiche ed economiche, di carattere pubblicistico, necessarie per uscire dall'attuale momento di difficoltà.

Si deve poi rimarcare come l'intero sistema emergenziale – pur essendo stato frettolosamente predisposto (e non avrebbe potuto essere diversamente) con alcune sicure criticità – sia complessivamente caratterizzato da un'*indubbia linearità*. Si mira, infatti, chiaramente ad assicurare una *socializzazione dei costi della crisi*, suggerendo, tramite una rivisitazione (più o meno esplicita) delle regole tradizionali, talvolta una soluzione prettamente negoziale, talatra un'allocazione legislativa dei rischi funzionale a rendere più sopportabile l'attuale momento di difficoltà nell'interesse delle parti e dell'intero tessuto socio-economico nazionale. Nel primo gruppo s'inseriscono le nuove disposizioni che prevedono una generale "valutazione" dell'esecuzione delle misure di contenimento come possibile causa di esclusione della responsabilità del debitore (art. 91 del c.d. "Cura Italia"), così come le disposizioni dirette ad assicurare un'esecuzione, seppure dopo una revisione dell'accordo originario, dei contratti di locazione ad uso commerciale (art. 65 del c.d. "Cura Italia", artt. 28, 122 e 216, comma 3, del c.d. decreto "Rilancio"). Nel secondo gruppo s'inseriscono, invece, le disposizioni che, ricorrendo soprattutto allo strumento del *voucher*, consentono un'allocazione dei costi funzionale a risolver il problema delle sopravvenienze preoccupandosi anche di preservare settori decisamente strategici (come la cultura e il turismo) per il nostro Paese (art. 216, comma 4, del c.d. decreto "Rilancio", artt. 88 e 88-*bis* del c.d. "Cura Italia").

Infine, le soluzioni rimediali finora approvate – specie nell'ambito dei contratti "speciali" – richiamano, come si è visto, specificamente l'istituto dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Si tratta probabilmente dell'immediato "riflesso" giuridico dell'applicazione delle misure di contenimento più rigorose (c.d. "*lockdown*"). Le fasi successive richiederanno sicuramente la predisposizione legislativa di altre soluzioni rimediali "emergenziali" dirette a fornire risposte sempre più chiare nelle circostanze, realisticamente sempre più frequenti nei prossimi mesi, di eccessiva onerosità sopravvenuta (ed eventualmente d'impossibilità derivanti dall'applicazione di nuove misure di contenimento). È pertanto prevedibile l'aggiunta di nuovi tasselli nella ricostruzione dell'in-

[115] Cfr., *supra*, § 5.1. e § 5.2.



tero sistema delle sopravvenienze contrattuali, da realizzarsi preferibilmente attraverso un'attenta considerazione della disciplina tradizionale, delle peculiarità dell'attuale situazione e delle sfide imposte dal futuro. L'auspicio è che gli ulteriori interventi legislativi emergenziali sappiano, di volta in volta, delineare soluzioni rimediali capaci d'incentivare – magari all'esito (ancora una volta) di un'integrazione necessaria con altri strumenti normativi (*in primis*, fiscali, finanziari ed economici) e di un (auspicabilmente maggiore) confronto con associazioni di categoria e parti sociali – i contraenti ad adattare rapidamente le relazioni contrattuali alla nuova situazione nell'interesse loro e dell'intero Paese.

De iure condendo può risultare pertanto interessante – dopo avere preso atto dell'attuale sistema rimediale (ancora, per alcuni versi, *in itinere*) – riflettere sulle principali proposte di riforma della disciplina privatistica delle sopravvenienze contrattuali.

Non c'è dubbio, infatti, che l'attuale disciplina, pur articolata, necessiti di essere rafforzata per affrontare l'eccezionale situazione che ci troviamo a vivere: l'idea di prevedere un sistema fondato, ancor oggi, prevalentemente su rimedi estintivi dell'originario rapporto contrattuale (perlomeno nell'ambito della disciplina sul contratto in generale) ha sollevato – comprensibilmente – molte perplessità [116]. Nell'attuale contesto, infatti, la possibilità stessa per ciascuna parte di reperire rapidamente – dopo lo scioglimento del contratto – nuovi contraenti sul mercato sembra fortemente limitata (*in primis*, per l'assenza di valide alternative), suggerendo alle parti, nella stragrande maggioranza dei casi, di mantenere in vita, seppure rivisto, l'originario rapporto. L'istanza manutentiva – già denunciata da tempo nell'ambito dei contratti a lungo termine (e parzialmente presa in considerazione legislativamente in alcuni tipi contrattuali) – si è così sensibilmente rafforzata nell'attuale emergenza da Covid-19. All'istanza manutentiva di stampo solidaristico – probabilmente più sbandierata dai commentatori che realmente perseguita dai contraenti – si aggiunge pertanto un'istanza manutentiva di stampo utilitaristico che ha portato (porta e porterà) le parti, nella gran parte dei casi, a rinegoziare spontaneamente l'accordo originario dopo l'applicazione delle misure di contenimento varate dal Governo. Una soluzione "negoziale" che risulta semplice, rapida ed efficiente.

Talvolta però la rinegoziazione volontaria non sarà sufficiente: la revisione dell'accordo tarderà ad arrivare e gli interessi economici a ricomporsi. Nell'attuale panorama – caratterizzato, come si è visto, dal rischio di una crisi potenzialmente sistemica – non c'è

[116] Si pensi, per esempio, alle sollecitazioni provenienti dall'Accademia dei Lincei (documento reperibile *online*, cfr. *https://www.lincei.it/it/article/covid-e-contratti*) e dall'associazione Civilisti Italiani (studio attualmente in fase, pressoché conclusiva, di elaborazione).



dubbio pertanto che un ulteriore incentivo alla rinegoziazione dell'accordo originario potrebbe risultare utile per i contraenti come per il sistema nel suo complesso.

La principale proposta, attualmente avanzata da più parti, prevede l'introduzione in via legislativa – e, in particolare, "emergenziale" – di un obbligo legale di rinegoziazione dei contratti per affrontare l'attuale crisi da Covid-19 [117]. Si tratta di una soluzione che – pur interessante (specie a fronte delle significative peculiarità, più volte sottolineate, dell'attuale situazione complessiva e dell'esigenza, condivisa, di socializzare, per quanto possibile, i costi della crisi) [118] – si ritiene debba essere valutata con estrema attenzione per le numerose problematiche che rischia di sollevare [119]. Innanzitutto, l'introduzione di un obbligo legale di rinegoziare difficilmente avrà come conseguenza la riduzione del contenzioso, perché – a meno di chiarire una volta per tutte l'esatto contenuto dell'obbligo (ancor oggi decisamente poco chiaro) [120] – risulta molto complessa già l'individuazione delle fattispecie d'inadempimento. Non è chiaro, in altri termini, se l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare vada limitato soltanto alle ipotesi di "rifiuto a trattare" e di "trattativa maliziosa", oppure vada esteso anche ad altre ipotesi (ove chiaramente non si raggiunga una revisione dell'accordo originario). Altri problemi applicativi (non indifferenti) rischiano di emergere con riferimento all'individuazione e, ancora di più, alla prova della trattativa effettivamente "maliziosa". Inoltre, sembra decisamente complessa (e sicuramente di là da venire) l'individuazione, a seguito dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare, di chiari parametri per un eventuale risarcimento del danno (da parametrare all'interesse positivo, all'interesse negativo o a cos'altro?).

S'impongono pertanto perlomeno alcuni correttivi.

Il primo potrebbe essere rappresentato – fermo restando, com'è ovvio, tutte le disposizioni rimediali "speciali" finora lungamente considerate (e previste dalla legge o dalle parti) – dalla c.d. "proceduralizzazione dell'obbligo di rinegoziare". S'intende così proporre, sull'onda di suggestioni già presenti nella nostra dottrina, la costituzione di "orga-

---

[117] Cfr., per tutti, F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, cit., ID., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "Coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, cit.; A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit.

[118] Sul punto, cfr. G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, 3 ss., spec. 13; G. GRISI, *La lezione del* Coronavirus, in *juscivile*, 2020, 190 ss.

[119] Sul punto, cfr. F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti*, cit. (che rileva come la rinegoziazione obbligatoria rischia di rivelarsi la classica "pezza peggiore del buco", specie nella sua versione più estrema laddove si tratteggia la possibilità, in caso d'inadempimento, di un intervento giudiziale ai sensi dell'art. 2932 cod. civ.).

[120] Lo rileva puntualmente S. THOBANI, *Il contenuto dell'obbligo di rinegoziare*, in corso di pubblicazione in *Corr. giur.* (contributo consultato grazie alla cortesia dell'Autrice).



nismi di composizione delle liti – previsti *ex lege* – che possano decidere le controversie e anche dare una "spinta gentile" alle rinegoziazioni, potendo ricorrere a meccanismi incentivanti" [121]. Le parti sarebbero tenute ad adire – alla luce dell'obbligo di rinegoziazione – l'organismo, evitando di sovraffollare le aule dei tribunali nell'intento di raggiungere una revisione giudiziale dell'accordo. Questi organismi specializzati, preso atto della peculiarità della singola controversia, potrebbero agevolare più facilmente l'incontro delle volontà e/o delineare una soluzione manutentiva dell'originario rapporto contrattuale.

Il secondo correttivo dovrebbe essere dato dall'esatta indicazione delle conseguenze nel caso di mancata revisione dell'accordo (con riferimento soprattutto alle possibili fattispecie d'inadempimento dell'obbligo, scegliendo se ricollegarle o meno alla mera presentazione o anche all'attiva partecipazione delle parti nell'ambito del procedimento davanti all'organismo di composizione delle liti, e alle precise modalità di quantificazione dell'eventuale risarcimento danni) nonché dall'individuazione – anche grazie al coinvolgimento delle associazioni di categoria – di chiari parametri di revisione dell'accordo da ricercare, di volta in volta, alla luce delle peculiarità dei diversi tipi contrattuali e dei settori economici coinvolti nella controversia [122].

Se l'introduzione legislativa dell'obbligo generale di rinegoziazione può rappresentare (in astratto) una possibile soluzione rimediale "emergenziale", bisogna però assicurarsi di non introdurre (in concreto) uno strumento poco funzionale alle necessità delle parti e dell'intero sistema produttivo ed economico nazionale …

---

[121] M. RABITTI, *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea "grezza"*, in *dirittobancario.it*, 23 aprile 2020. Favorevoli ad incrementare metodi di soluzione stragiudiziale delle controversie contrattuali derivanti dall'emergenza da Covid-19 sono le proposte conenute nel "Manifesto della giustizia complementare alla giurisdizione" (elaborato da un gruppo di lavoro sorto presso il Ministero della Giustizia). Sul punto, cfr. V. MAGLIONE, B.L. MAZZEI, *Liti su affitti, forniture e rimborsi: il lockdown rilancia la mediazione*, in *IlSole24Ore*, 18 maggio 2020, 14.

[122] Nello stesso senso si muove un autorevole studioso che, dopo avere sottolineato l'opportunità di rinegoziare l'accordo originario, sottolinea: "le controversie, che certo affioreranno intorno al contenuto "rinegoziabile", andrebbero affidate a commissioni tecniche di arbitratori, le quali utilizzeranno parametri oggettivi di correzione per ciascun settore economico o categoria di imprese (ad esempio le "note mensili" dell'Istat). Arbitratori privati, scelti dalle parti o nominati dall'autorità giudiziaria, che perciò vedrebbe allargato il proprio compito soltanto a questo riguardo" (N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*, in *IlSole24Ore*, 5 maggio 2020, 20).



CASSAZIONE CIVILE, SEZ. I, 15 maggio 2019, n. 13000 (sent.)

La L. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 8, recante lo *status* giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è riferibile anche all'ipotesi di fecondazione omologa *post mortem* avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo avere prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge, e senza che ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo suddetto. Ciò pure quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre.

… *Omissis* …

FATTI DI CAUSA

1. Con decreto del 19 luglio 2017, il Tribunale di Ancona respinse il ricorso D.P.R. n. 396 del 2000, ex art. 95 promosso da R.C. – in proprio e nell'interesse della figlia minore L., nata il (OMISSIS) – e diretto ad ottenere, previa dichiarazione di illegittimità del rifiuto oppostole dall'ufficiale di stato civile del Comune di (OMISSIS) alla registrazione del cognome paterno nella formazione dell'atto di nascita della bambina, l'ordine all'ufficiale predetto di provvedere alla rettifica di tale atto con la indicazione della paternità di G.A., deceduto il (OMISSIS), e del cognome paterno.

1.1. In particolare, premettendo che R.L. era nata in Italia, a seguito di tecniche di fecondazione assistista cui si era sottoposta la madre all'estero dopo il decesso del marito, il quale aveva a tanto precedentemente acconsentito, e che l'oggetto del giudizio non era stabilire se G.A. fosse il padre biologico della bambina, ma accertare se fosse legittimo, o meno, il diniego dell'ufficiale di stato civile di iscrivere la paternità della minore nell'atto di nascita come richiesto dalla ricorrente, ed altresì riepilogate sia la funzione dell'atto di nascita che le disposizioni del codice civile applicabili ai fini della sua corretta formazione, quel tribunale: i) affermò che l'ufficiale predetto era tenuto a formare



l'atto sulla base delle dichiarazioni delle parti, essendogli precluse indagini ed accertamenti in ordine alle dichiarazioni ed alla paternità, affidate, invece, esclusivamente all'autorità giudiziaria. Ritenne, pertanto, affatto legittimo il rifiuto del primo di iscrivere nell'atto la paternità biologica della bambina sulla base della dichiarazione della sola madre, non essendo ammissibile e consentito allo stesso un'indagine sulla rilevanza probatoria della documentazione relativa alla procreazione medicalmente assistita allegata alla richiesta di formazione dell'atto di nascita, trattandosi di attività di valutazione delle prove della paternità e di accertamento dello status esulante dai suoi compiti istituzionali; ii) rilevò che la diversa impostazione seguita dalla R. non fosse coerente con l'art. 241 c.c., che ammette la prova della filiazione con ogni mezzo, ma solo nell'ambito di un giudizio, e che i diritti della minore fossero comunque preservati, perché l'atto di nascita era stato formato e la madre avrebbe potuto utilizzare gli altri rimedi processuali diretti a far constatare la paternità e ad ottenere l'attribuzione del cognome paterno, sicché nemmeno era ravvisabile alcun contrasto con la giurisprudenza, anche comunitaria, da lei invocata, afferente l'attribuzione dello status come strumento di tutela della identità dell'individuo e del diritto al rispetto della vita familiare ex art. 8 della CEDU; iii) opinò che il rifiuto opposto dal comune non contrastasse con la L. n. 40 del 2004, art. 8, regolante lo status dei figli nati con le tecniche di procreazione medicalmente assistita, prediligendo l'opzione ermeneutica secondo cui la predetta disposizione non avesse innovato rispetto alla disciplina relativa allo status di figlio naturale riconosciuto, con la conseguenza che sarebbe stato sempre necessario il riconoscimento da parte di entrambi i genitori e, ove questo non fosse stato possibile, non si sarebbe potuto prescindere dall'esperimento di una azione di stato ex art. 269 c.c.

1.2. Il reclamo proposto dalla R., in proprio e nell'interesse della figlia L., avverso questo provvedimento è stato respinto dalla Corte di appello di Ancona, la quale, con decreto del 12 marzo 2018: a) ha disatteso l'assunto difensivo della reclamante secondo cui il descritto operato dell'ufficiale di stato civile sarebbe stato illegittimo perché in contrasto con le disposizioni previste dalla L. n. 40 del 2004. Quest'ultima, invero, non era applicabile nella concreta fattispecie – anzi, espressamente la vietava atteso che, se, da un lato, era incontestato che l'accesso alle tecniche fosse avvenuto quando i coniugi erano viventi, dall'altro, era altrettanto pacifico, perché riferito dalla stessa R., che l'intervento di fecondazione fosse stato successivo al decesso di suo marito. Correttamente, dunque, l'ufficiale di stato civile aveva applicato, ai fini della formazione dell'atto di nascita, le disposizioni generali dettate dal codice civile, richiamate dal tribunale. Al contrario, la tesi della R., secondo cui lo status che l'ufficiale di stato civile avrebbe illegittimamente



omesso di indicare doveva desumersi dalla dichiarazione della madre integrata dal consenso del padre tanto alla procreazione medicalmente assistita che alla fecondazione post mortem e derivare direttamente dalla L. n. 40 del 2004, art. 8, avrebbe comportato sia la valutazione in merito al contenuto della documentazione esibita a sostegno della richiesta di formazione dell'atto di nascita, sia l'interpretazione delle disposizioni della legge predetta, onde estenderla anche a fattispecie ivi non espressamente previste (anzi, addirittura, – come si è detto – vietate): attività, entrambe, esulanti dall'esercizio dei poteri attribuiti al menzionato ufficiale nella formazione di quell'atto; b) ha affermato che, pure ammettendo che il riconoscimento del rapporto di filiazione tra la bambina nata ed il defunto padre sia solo l'effetto prodotto dalla applicazione della legge spagnola e non comporti la legittimazione alla pratica della fecondazione post mortem, un siffatto riconoscimento, in ogni caso, proprio perché implicante una valutazione in ordine alla validità ed efficacia di alcuni documenti ed alla loro rilevanza probatoria ai fini dell'accertamento dello status, non poteva essere effettuato dall'ufficiale di stato civile, il quale, pertanto, legittimamente aveva applicato le regole generali del codice civile (artt. 231-232), che escludono l'operatività della presunzione di concepimento oltre trecento giorni dalla cessazione del vincolo matrimoniale (situazione verificatasi nel caso in esame, in cui G.A. era deceduto il (OMISSIS) e la bambina era nata il (OMISSIS) e precludono l'iscrizione della paternità sulla base delle sole dichiarazioni della madre; c) ha considerato tutelati l'interesse ed i diritti della minore sia mediante l'atto di nascita, comunque formato, sia tramite gli altri strumenti processuali, forniti dall'ordinamento, che permettono di far constatare la paternità e di ottenere l'attribuzione del cognome paterno, con conseguente insussistenza di qualsivoglia contrasto con la giurisprudenza comunitaria; d) ha ritenuto, infine, non ravvisabili i presupposti per sollevare le questioni di costituzionalità dell'art. 232 c.c. e della L. n. 40 del 2004, artt. 5, 12 e 8, in ragione del fatto che la mancata previsione della fecondazione assistita post mortem, dalla quale traevano origine i diversi profili di illegittimità costituzionale dedotti, era ricollegabile ad una scelta del legislatore che appariva giustificata dalla esigenza di garantire al nascituro il diritto al benessere psicofisico del medesimo attraverso il suo inserimento e la sua permanenza in un nucleo familiare ove fossero presenti entrambe le figure genitoriali.

2. Contro questo decreto, ricorre per cassazione la R., in proprio e quale esercente la potestà genitoriale sulla figlia minorenne L., affidandosi a quattro motivi, ulteriormente illustrati da memoria ex art. 378 c.p.c., mentre il Comune di (OMISSIS) è rimasto solo intimato.



RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Le formulate doglianze prospettano, rispettivamente:

I) "Violazione e falsa applicazione di legge ex art. 111 Cost. e art. 360 c.p.c., comma 4, con riferimento al n. 3, in relazione al D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, artt. 29 e 30", per avere la corte distrettuale erroneamente ritenuto che l'ufficiale di stato civile avesse un potere discrezionale e/o valutativo quanto alla veridicità della dichiarazione della R. afferente la paternità della suddetta minore;

II) "Violazione e falsa applicazione di legge ex art. 111 Cost. e art. 360 c.p.c., comma 4, con riferimento al n. 3, in relazione alla L. 19 febbraio 2004, n. 40, artt. 8, 5 e 12", laddove la medesima corte aveva ritenuto inapplicabile la L. n. 40 del 2004, art. 8, che attribuisce lo status di figlio nato nel matrimonio a quello nato a seguito delle tecniche di fecondazione medicalmente assistita, anche perché, sotto diverso profilo, nessun contrasto con l'ordine pubblico interno è ipotizzabile quanto alla fecondazione post mortem, tecnica praticata in Stati diversi dall'Italia. Non pertinente, inoltre, doveva considerarsi il richiamo effettuato dalla corte dorica al divieto legislativo di una siffatta fecondazione derivante dall'art. 5, che indica i requisiti soggettivi necessari per accedere alla procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti, anche, più semplicemente, P.M.A.), e art. 12, comma 2, che sancisce i divieti di applicazione delle tecniche di detta procreazione e le sanzioni per la loro inosservanza, della legge citata, posto che il trattamento cui la ricorrente si era sottoposta dopo la morte del marito era avvenuto in Spagna, la cui legislazione non prevede, entro l'anno dal decesso, alcun divieto di fecondazione. Dunque, una volta avvenuta la fecondazione post mortem nel rispetto delle forme e dei termini previsti dalla legge spagnola, la circostanza che il suddetto art. 12 vieti nello Stato italiano tale tipo di fecondazione non poteva essere sufficiente a configurare come contrari all'ordine pubblico gli atti successivi al ricorso a quella tecnica procreativa, quali l'attribuzione della paternità e del cognome nell'atto di nascita;

III) "Violazione e falsa applicazione di legge ex art. 111 Cost. e art. 360 c.p.c., comma 4, con riferimento al n. 3, in relazione all'art. 232 c.c.", perché il decreto impugnato aveva considerato applicabile, nella specie, l'art. 232 c.c., dettato dal codice civile in tema di procreazione naturale biologica, e non la disciplina contenuta nella L. n. 40 del 2004, art. 8 relativamente allo stato giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di P.M.A.;

IV) "Violazione e falsa applicazione di legge ex art. 111 Cost. e art. 360 c.p.c., comma 4, con riferimento al n. 3, in relazione agli artt. 3, 30 e 31 Cost., artt. 10 e 117 Cost.



ed artt. 8 e 14 CEDU, art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 3 della L. 27 maggio 1991, n. 176, di ratifica della Convenzione di New York", perché la decisione impugnata si rivelava contraria ai principi costituzionali, eurounitari ed internazionali sulla tutela dei fanciulli e sul prevalente interesse del minore.

1.1. La R. ripropone, infine, in via subordinata, le eccezioni di incostituzionalità dell'art. 232 c.c. (nella parte in cui non prevede la presunzione di concepimento durante il matrimonio anche per i figli nati con il ricorso alle tecniche di P.M.A. post mortem), della L. n. 40 del 2004, artt. 5 e 12 (laddove non prevedono, per un tempo ragionevole di almeno un anno dal decesso, la fecondazione assistita post mortem), nonché dell'art. 8 della medesima legge (nella parte in cui non riconosce lo status di figlio nato nel matrimonio e riconosciuto dalla coppia che ha espresso il consenso per le tecniche di P.M.A. a seguito di fecondazione post mortem), con riferimento agli art. 3 Cost., art. 30 Cost., comma 1, e art. 31 Cost., comma 2, artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali, e 3 della Convenzione di New York, per interposizione, dell'art. 117 Cost., comma 1.

… *Omissis* …

5. Venendo, dunque, ai motivi di ricorso, è opportuno anteporre al loro scrutinio alcune brevi considerazioni circa la natura e l'ambito oggettivo del procedimento disciplinato dal D.P.R. n. 396 del 2000 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma della L. 15 maggio 1997, n. 127, art. 2, comma 12), agli artt. 95 e 96, dovendosi qui solo ricordare che il menzionato D.P.R. ha integralmente sostituito il precedente R.D. 9 luglio 1939, n. 1238, recante l'ordinamento dello stato civile, i cui artt. da 165 a 178 già disciplinavano, in modo analogo, il procedimento di rettificazione degli atti dello stato civile.

5.1. L'art. 95 predetto dispone che "Chi intende promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile o la ricostituzione di un atto distrutto o smarrito o la formazione di un atto omesso o la cancellazione di un atto indebitamente registrato, o intende opporsi a un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento, deve proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto di cui si tratta o presso il quale si chiede che sia eseguito l'adempimento. Il procuratore della Repubblica può in ogni tempo promuovere il procedimento di cui al comma 1. L'interessato può comunque richiedere il riconoscimento del diritto al mantenimento del cognome originariamente attribuitogli se questo costituisce ormai autonomo



segno distintivo della sua identità personale"; il successivo art. 96, invece, sancisce che "il tribunale può, senza particolari formalità, assumere informazioni, acquisire documenti e disporre l'audizione dell'ufficiale dello stato civile. Il tribunale, prima di provvedere, deve sentire il procuratore della Repubblica e gli interessati e richiedere, se del caso, il parere del giudice tutelare. Sulla domanda il tribunale provvede in camera di consiglio con decreto motivato. Si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737 c.p.c. e segg. nonché, per quanto riguarda i soggetti cui non può essere opposto il decreto di rettificazione, l'art. 455 c.c.".

… *Omissis* …

5.3.1. Una volta sancito che il procedimento in esame è volto ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, quale è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione di legge, e come, invece, risulta dall'atto dello stato civile, per un vizio comunque e da chiunque originato nel procedimento di formazione dell'atto stesso, in quanto la funzione degli atti dello stato civile è proprio quella di attestare la veridicità dei fatti menzionati nei relativi registri, ciò che effettivamente rileva non è – o, almeno, non lo è in via primaria – quale sia la tipologia di sindacato spettante all'ufficiale dello stato civile, certamente non equiparabile a quello dell'autorità giudiziaria in un'azione di stato, ma quale sia l'ambito della cognizione del giudice che, in un panorama complesso quale quello attuale della genitorialità, sempre più percorso dalla scomposizione del processo generativo per effetto delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, si trovi ad affrontare il ricorso contro il diniego di rettificazione opposto dall'ufficiale predetto.

5.3.2. Ad un siffatto interrogativo, questo Collegio ritiene di dover rispondere che il giudice investito della dedotta illegittimità del rifiuto di rettifica di un atto di nascita – il cui procedimento si configura non come giudizio di costituzione diretta di uno status filiationis bensì di verifica della corrispondenza alla verità di una richiesta attestazione – dispone di una cognizione piena sull'accertamento della corrispondenza di quanto richiesto dal genitore in relazione alla completezza dell'atto di nascita del figlio con la realtà generativa e di discendenza genetica e biologica di quest'ultimo, potendo, così, a questo limitato fine, avvalersi di tutte le risorse istruttorie fornitegli dalla parte. Una simile conclusione, del resto, è pienamente coerente con la previsione del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 96, che, come si è già visto, consente al tribunale, seppure senza particolari formalità, di "...assumere informazioni, acquisire documenti e disporre l'audizione dell'ufficiale dello stato civile...", altresì obbligandolo, prima di provvedere, a sentire il Procuratore della Repubblica e gli interessati..." ed a "richiedere, se del caso, il parere del giudice tutelare...".



5.3.3. In altri termini, il giudice del merito, proprio perché investito esclusivamente della corrispondenza alla verità del complesso di elementi fattuali documentati dalla parte richiedente, non ha limitazioni per decidere: ove valorizzerà questi ultimi e la coerenza del percorso ivi descritto, riconoscerà il diritto di completare l'atto di nascita e la fondatezza dell'azione di rettifica; diversamente, se riterrà che si debbano adattare parametri di accertamento della genitorialità fondati su presunzioni in relazione ad un processo generativo che non prevede la possibilità di sequenziarne il percorso, allora riterrà corretto il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile che su questo paradigma probatorio ha fondato la sua decisione.

6. Venendo, dunque, ai motivi di ricorso, il primo di essi, che ascrive alla corte distrettuale di avere erroneamente ritenuto che l'ufficiale di stato civile avesse un potere discrezionale e/o valutativo quanto alla veridicità della dichiarazione della R. afferente la paternità della suddetta minore, non merita accoglimento.

6.1. Osserva, infatti, il Collegio, quanto alle dichiarazioni che si fanno dinanzi all'ufficiale dello stato civile, che alcune di queste hanno la funzione esclusiva di dare pubblica notizia di eventi, come la nascita e la morte, che hanno rilevanza per l'ordinamento dello stato civile per il solo fatto di essersi verificati. Da tali eventi, come documentati nei registri dello stato civile, possono derivare, per effetto di normative particolari, estranee alla disciplina che regola le iscrizioni di dette dichiarazioni, diritti e doveri (diritto alla vita, ad essere educato e mantenuto, o, diversamente, diritto alla successione nel defunto, etc.).

6.1.1. In queste ipotesi, grava sul menzionato ufficiale l'obbligo di ricevere quanto riferito dal dichiarante e formarne nei suoi registri processo verbale per atto pubblico, senza che a lui competa di stabilire se gli eventi riportati possano essere compatibili con l'ordinamento italiano e se per questo abbiano rilevanza e siano produttivi di diritti e doveri. Spetterà al giudice pronunciarsi su tali questioni ove su di esse sorga controversia.

6.2. Diversamente, altre dichiarazioni, pure rese dinanzi al medesimo ufficiale, sono, di per se stesse, produttive di effetti giuridici riguardo allo status della persona cui si riferiscono: si pensi, ad esempio, alle dichiarazioni di riconoscimento di filiazione nata fuori del matrimonio (già filiazione naturale) o a quelle che si esprimono in relazione alla cittadinanza italiana.

6.2.1. In questi casi, proprio per la immediatezza della produzione di effetti derivanti dalla dichiarazione compiuta, l'ufficiale dovrà rifiutare di riceverla ove la ritenga in contrasto con l'ordinamento e con l'ordine pubblico (cfr. D.P.R. n. 396 del 2000, art. 7).

6.3. Tanto premesso, deve, allora, considerarsi che, allorquando, il 22 febbraio 2017,



dichiarò la nascita della figlia L. (avvenuta a Fermo il precedente 14 febbraio) presso l'ufficio di stato civile del Comune di (OMISSIS), contestualmente domandando che, nella redazione del corrispondente atto, ne fosse indicata la paternità del defunto G.A., attribuendone alla stessa il cognome, la R. rese, sostanzialmente, due diverse – benché contemporanee – dichiarazioni: una riguardante l'evento nascita, D.P.R. n. 396 del 2000, ex art. 30; l'altra afferente l'indicazione (anche) della paternità della neonata, da lei attribuita – giusta la documentazione attestante la tecnica di P.M.A., cui si era sottoposta in Spagna, e per effetto della quale era derivata la predetta nascita – al suo coniuge, G.A., deceduto fin dal (OMISSIS) ma che, prima della sua morte, aveva acconsentito all'accesso alla P.M.A. da parte della moglie, altresì autorizzandola ad utilizzare, post mortem, il suo seme crioconservato.

6.3.1. È chiaro, quindi, che, alla stregua di quanto si è precedentemente opinato, solo relativamente alla prima di tali dichiarazioni l'ufficiale di stato civile, nel redigere il corrispondente atto ex art. 29 del D.P.R. predetto, nulla avrebbe potuto obbiettare alla dichiarante, non spettando a lui di stabilire se l'evento riferitogli potesse essere compatibile con l'ordinamento italiano e se per questo avesse rilevanza e fosse produttivo di diritti e doveri.

6.3.2. Circa la seconda, invece, ingenerando essa stessa effetti giuridici riguardo allo status della persona cui era riferita, l'ufficiale poteva/doveva rifiutare di riceverla ove – come poi effettivamente avvenuto – l'avesse ritenuta in contrasto con l'ordinamento e con l'ordine pubblico (cfr. D.P.R. n. 396 del 2000, art. 7).

6.3.3. Non sussiste, pertanto, la denunciata violazione del D.P.R. n. 396 del 2000, artt. 29 e 30, come qui prospettata dalla ricorrente, dovendosi, piuttosto valutare, attraverso l'esame degli ulteriori motivi di impugnazione da lei oggi formulati, se il rifiuto oppostole dall'ufficiale di anagrafe abbia determinato, o meno, una discrasia fra la realtà dalla prima complessivamente dichiarata e la sua riproduzione nell'atto di nascita come redatto da quell'ufficiale: vale a dire tra il fatto, quale era stato nella realtà (o quale avrebbe dovuto essere nell'esatta applicazione della legge) e come, invece, risultava dall'atto dello stato civile.

7. Muovendo, allora, da questa prospettiva di indagine, il secondo, il terzo ed il quarto motivo di ricorso sono suscettibili di esame congiunto, perché chiaramente connessi, rivelandosi, peraltro, fondati per le ragioni di seguito esposte.

7.1. Giova premettere, in punto di fatto, che la R. ha così ricostruito l'iter del complessivo percorso che aveva portato alla nascita della figlia L.: i) i coniugi G. – R., a causa di alcune difficoltà riscontrate nel concepimento di un figlio, avevano deciso di ricor-



rere alle tecniche di P.M.A. prestando il loro consenso il 31 marzo 2015; ii) il G., proprio nel corso della terapia, aveva appreso di essere gravemente malato e, dovendo procedere all'assunzione di farmaci che avrebbero compromesso la sua capacità di generare, aveva reiterato il proprio consenso, con dichiarazione sottoscritta in data 8 settembre 2015, e, consapevole della sua fine imminente, aveva anche autorizzato la moglie all'utilizzo, post mortem, del proprio seme crioconservato al fine di ottenere una gravidanza con l'ausilio delle tecniche di fecondazione assistita omologa; iii) per realizzare il comune desiderio di procreazione, l'odierna ricorrente, dopo la morte del marito avvenuta il (OMISSIS), si era sottoposta al trattamento di fecondazione assistita (FIV) in (OMISSIS), presso il (OMISSIS), dando, poi, alla luce, in Italia (presso l'azienda ospedaliera (OMISSIS)), il (OMISSIS), la piccola L.

7.1.1. Si è trattato, dunque, di una nascita derivata da una tecnica di P.M.A. (fecondazione omologa) eseguita post mortem, benché acconsentita da entrambi i coniugi anteriormente al decesso del G., il quale, poco prima di morire, nel ribadire il proprio consenso, aveva altresì autorizzato, al suddetto fine, l'utilizzo del proprio seme crioconservato.

7.2. Dopo la nascita della figlia, la R., il 22 febbraio 2017, aveva reso la corrispondente dichiarazione all'ufficiale di stato civile del Comune di (OMISSIS) (quello di sua residenza), allegando documentazione a corredo dei fatti di cui si è appena detto: ciò nonostante, quell'ufficiale aveva rifiutato di trascrivere nell'atto di nascita la paternità del defunto G.A. e, conseguentemente, attribuire alla piccola L. il cognome paterno, come dichiarato e richiesto dalla madre, ritenendo tale dichiarazione contraria all'ordinamento giuridico vigente.

7.2.1. Oggi, quindi, non si controverte sulla trascrivibilità, in Italia, di un atto di nascita redatto in uno dei Paesi che consentono tecniche di fecondazione artificiale come quella di cui si è concretamente avvalsa la R., bensì, esclusivamente, della possibilità, o meno, di rettificare, nei sensi invocati dalla odierna ricorrente, un atto di nascita già formato sul territorio nazionale.

… *Omissis* …

7.3.1. In altri termini, le conclusioni che pure potrebbero desumersi dalla complessiva disciplina di cui alla L. n. 40 del 2004 (come attualmente risultante dopo gli interventi su di essa della Corte costituzionale. Cfr. Corte Cost., sent. n. 151 del 2009; Corte Cost., sent. n. 162 del 2014; Corte Cost., sent. n. 96 del 2015; Corte Cost., sent. n. 229 del 2015) in ordine alla illegittimità, o meno, della pratica, in Italia, di una tecnica di fecondazione omologa post mortem come quella cui si era sottoposta, in Spagna (ove è con-



sentita dalla corrispondente disciplina, entro l'anno dal decesso di chi abbia precedentemente autorizzato l'utilizzo del proprio seme crioconservato), la R., devono necessariamente arrestarsi di fronte al fatto che, una volta verificatasi la nascita per effetto di una tale pratica, occorre stabilire, ai già riportati fini che qui specificamente interessano, se debbano trovare esclusiva applicazione i meccanismi presuntivi previsti dagli artt. 231 e 233 c.c. in relazione alla prova della paternità o se sia necessario anche tener conto della disciplina della L. n. 40 del 2004 circa il rilievo determinante del consenso al processo generativo mediante P.M.A. 7.3.2. Un siffatto accertamento, peraltro, deve ponderare plurimi fattori, quali: a) il rilievo attribuito dalla società odierna a bisogni che un tempo erano ignoti, non prevedibili ed ancora non (o parzialmente) regolamentati dal legislatore, nazionale o sovranazionale; b) il costante dialogo tra le Corti supreme degli Stati Europei ed extraeuropei, con i quali si condividano i principi assiologici dei diritti fondamentali della persona, nonché quello con la Corte EDU e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha determinato la costituzione di una circolarità di approdi interpretativi che prendono spunti da aspetti diversi dell'esperienza giuridica; c) il considerare le tecniche di P.M.A. come un metodo alternativo al concepimento naturale, oppure alla stregua di un trattamento sanitario volto a sopperire una problematica di natura medica che colpisce uno, o entrambi, i componenti della coppia.

7.3.2.1. Tutto questo comporta, invero, che la procreazione nella società della globalizzazione presenta un particolare dinamismo, subordinato agli interessi concreti che è volta a soddisfare, che, addirittura, mediante l'applicazione delle tecniche di P.M.A. anche dopo la morte di uno dei due partners, finisce con il superare il confine terreno dell'unità coniugale, ma che, comunque, non può prescindere dall'importante ruolo della "responsabilità" genitoriale, che passa da esercizio di un diritto alla procreazione allo svolgimento di una "funzione" genitoriale.

7.3.3. In un tale scenario, nel quale la genitorialità spesso può anche scindersi dal nesso col matrimonio e dalla famiglia, declinandosi in una molteplicità di contesti prima ritenuti inediti, è necessario comprendere se i divieti di genitorialità pure evincibili dal nostro ordinamento possano fungere da "controlimite" alla tutela dei diritti di chi è nato, oppure se occorra superare i confini della tradizione ed accettare, regolandoli, i nuovi percorsi della genitorialità stessa.

7.4. Orbene, è noto che, ove la madre, che abbia fatto la dichiarazione di nascita, non sia più coniugata per essere stato annullato o sciolto il suo matrimonio (come accaduto nella specie, per effetto della morte del marito della odierna ricorrente avvenuta il (OMISSIS), data pacificamente anteriore addirittura all'avvenuta sua sottoposizione al



trattamento di P.M.A.) o per esserne stati dichiarati cessati gli effetti civili, la corrispondenza del fatto reale (paternità dell'ex coniuge della madre ovvero di altra persona) con quello riprodotto nell'atto dello stato civile dipende dall'operare, o meno, della presunzione stabilita dall'art. 232 c.c.. Secondo tale norma, si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando non siano trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio (comma 1), ma la presunzione non opera decorsi trecento giorni dalla pronunzia di separazione giudiziale, o dalla omologazione di separazione consensuale, ovvero dalla comparizione dei coniugi avanti al giudice quando gli stessi siano stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione, di annullamento o di divorzio (comma 2).

7.4.1. Pertanto, alla luce di tale disciplina, affinché vi sia corrispondenza fra la realtà del fatto come complessivamente dichiarato all'ufficiale di anagrafe e la sua riproduzione nell'atto di nascita come da quest'ultimo concretamente redatto, occorre che operi la presunzione di legge, perché, se questa (indipendentemente dal verificarsi delle condizioni indicate nell'art. 232 c.c., comma 1) si rivela inapplicabile, in quanto ricorra una delle fattispecie di cui al comma 2 della citata norma, l'atto dello stato civile, che attribuisca al figlio il cognome dell'ex coniuge della madre, è difforme dalla situazione quale è secondo la previsione codicistica.

7.5. È altrettanto indiscutibile che, ai sensi del vigente art. 250 c.c., comma 1, il figlio nato fuori del matrimonio può essere riconosciuto nei modi previsti dall'art. 254 c.c., dalla madre e dal padre, anche se già uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento, potendo detto riconoscimento avvenire tanto congiuntamente che disgiuntamente. L'art. 254 c.c., comma 1, a sua volta, specifica che il riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio è fatto nell'atto di nascita, oppure con un'apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti ad un ufficiale dello stato civile o in un atto pubblico o in un testamento, qualunque sia la forma di questo.

7.5.1. La corrispondenza tra il fatto riprodotto nell'atto dello stato civile (nascita del figlio fuori dal matrimonio e suo riconoscimento da parte dei genitori o di uno solo di essi) e la situazione reale secondo le appena riportate disposizioni codicistiche, postula, allora che, innanzi all'ufficiale di stato civile, la corrispondente dichiarazione di riconoscimento sia fatta nei modi previsti dall'art. 254 c.c., altrimenti l'atto dello stato civile, che attribuisca al figlio il cognome di quello dei genitori che non abbia così proceduto, è difforme dalla situazione quale è secondo la previsione del codice civile, essendo, anche in questo caso, affetto da un vizio che ne ha alterato il procedimento di formazione.

7.6. Quanto, invece, alla disciplina, in materia di filiazione, di cui alla L. n. 40 del



2004, va, innanzitutto, rimarcato il suo art. 8, il quale (nel testo, qui applicabile ratione temporis, risultante dalle modifiche apportategli dal D.Lgs. n. 154 del 2013), sotto la rubrica "stato giuridico del nato", sancisce che "I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6".

7.6.1. Merita, però, di essere ricordato, ai fini che in questa sede specificamente interessano, anche l'art. 9 (Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre), a tenore del quale, dopo gli interventi sullo stesso della Corte costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014 (che ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 1 e 3, limitatamente alle parole "in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3"), "Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'art. 235 c.c., comma 1, nn. 1) e 2), né l'impugnazione di cui all'art. 263 c.c.. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'art. 30, comma 1, del regolamento di cui al D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi".

… *Omissis* …

7.7.1. È chiaro che qualsivoglia considerazione riguardante la valutazione in termini di illiceità/illegittimità, in Italia, della tecnica di P.M.A. in precedenza specificamente richiamata, oltre che, eventualmente, delle condotte di coloro che ne consentono l'accesso o l'applicazione, non potrebbe certamente riflettersi, in negativo, sul nato e sull'intero complesso dei diritti a lui riconoscibili. In altre parole, la circostanza che si sia fatto ricorso all'estero a P.M.A. non espressamente disciplinata (o addirittura non consentita) nel nostro ordinamento non esclude, ma anzi impone, nel preminente interesse dal nato, l'applicazione di tutte le disposizioni che riguardano lo stato del figlio venuto al mondo all'esito di tale percorso, come, peraltro, affermato, con chiarezza, della Corte EDU nelle due sentenze "gemelle" Mennesson c. Francia (26 giugno 2014, ric. n. 65192/11) e Labassee c. Francia (26 giugno 2014, ric. n. 65941/11), oltre che sancito anche dalla Corte Costituzionale fin dalla sentenza n. 347 del 1998, che (ancor prima del sopravvenire della L. n. 40 del 2004) sottolineò la necessità di distinguere tra la disciplina di accesso alle tecniche di P.M.A. e la doverosa, e preminente, tutela giuridica del na-



to, significativamente collegata alla dignità dello stesso. Già in quella sede ci si preoccupò "...di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali. Preminenti in proposito sono le garanzie per il nuovo nato (...), non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 Cost., ma ancor prima – in base all'art. 2 Cost. – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare..." (cfr. C. Cost. n. 347 del 1998). Sostanzialmente nel medesimo senso, del resto, si è già esplicitamente pronunciata anche questa Suprema Corte nella fondamentale sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016 (benché resa in vicenda affatto diversa da quella oggi in esame), secondo cui "le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla L. n. 40 del 2004 imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia non possono ricadere su chi è nato", di ciò essendosi mostrato consapevole lo stesso legislatore, il quale, all'art. 9, comma 1, ha previsto che, in caso di ricorso a tecniche (allora vietate) di procreazione medicalmente assistita addirittura di tipo eterologo (nel caso di specie, invece, si è in presenza, pacificamente, di una fecondazione omologa, sebbene post mortem), il coniuge o convivente consenziente non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, né impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità (cfr., sostanzialmente nel medesimo senso, anche la successiva Cass. n. 14878 del 2017).

7.8. Tornando, dunque, al problema interpretativo dei rapporti, ai delimitati fini che in questa sede specificamente interessano, tra la normativa del codice civile e quella contenuta nella L. n. 40 del 2004 (in particolare ai suoi artt. 8 e 9), occorre praticamente verificare se la disciplina della filiazione nella procreazione medicalmente assistita configuri un sistema alternativo rispetto a quello codicistico, in ragione della peculiarità propria della tecnica de qua, o si inserisca in quest'ultimo che regola la filiazione da procreazione naturale attraverso la previsione di specifiche eccezioni. Dalla soluzione di tale questione, infatti, deriva l'applicabilità, o meno, alla filiazione da P.M.A. dei principi e criteri attributivi dello status del nato da procreazione naturale, e, poiché lo status risulta in ultima analisi dall'atto di nascita, dalla soluzione della medesima questione discendono anche le regole da seguire nella formazione di tale documento, al fine di verificare se, nel caso in esame, sussista, o meno, corrispondenza fra la realtà del fatto come complessivamente dichiarato dalla R. all'ufficiale di stato civile del Comune di (OMISSIS) e la sua riproduzione nell'atto di nascita come da quest'ultimo concretamente redatto.

7.8.1. Nella giurisprudenza di legittimità finora intervenuta, non si rinvengono prece-



denti riconducibili, specificamente, proprio alla fattispecie, oggi in esame, di fecondazione omologa effettuata (peraltro in un Paese dove ciò è consentito in un ambito temporale risultato rispettato) quando il marito (ma altrettanto dovrebbe dirsi ove si trattasse solo di convivente), che abbia già prestato, congiuntamente alla moglie (o alla convivente) e prima del proprio decesso, il consenso alle tecniche di P.M.A., lo abbia reiterato in modo sostanzialmente coerente con quanto richiesto dalla L. n. 40 del 2004, art. 6.

7.8.2. È, altresì, di tutta evidenza che, di fronte alle pratiche di P.M.A., risulta assai problematico comporre, in modo equilibrato e coerente, le esigenze contrapposte della certezza e stabilità dello stato di filiazione e della sua corrispondenza con la verità, sicché non stupisce la varietà delle possibili soluzioni ipotizzate, in proposito, dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito. Tanto è la logica conseguenza del fatto che, ormai, figlio è non solo chi nasce da un atto naturale di concepimento ma anche colui che venga al mondo a seguito di fecondazione assistita (omologa o eterologa, quest'ultima nella misura in cui è oggi consentita dalla L. n. 40 del 2004 a seguito dei già descritti ripetuti interventi della Corte costituzionale), o colui che sia tale per effetto di adozione: ciò dimostra che i confini una volta ritenuti invalicabili del principio tradizionale della legittimità della filiazione sono ormai ampiamente in discussione. In base agli artt. 2 e 30 Cost., del resto, il nato ha diritto, oltre che di crescere nella propria famiglia, di avere certezza della propria provenienza biologica, rivelandosi questa come uno degli aspetti in cui si manifesta la sua identità personale (cfr., anche nelle rispettive motivazioni, Cass. n. 6963 del 2018; Cass., SU, n. 1946 del 2017; Cass. n. 15024 del 2016).

7.8.2.1. Orbene, secondo una prima opinione, che muove dall'assunto che la disciplina di attribuzione dello status nella procreazione medicalmente assistita configuri un sistema del tutto alternativo rispetto a quello codicistico, lo status di figlio del nato da P.M.A. non deriverebbe dalle regole applicabili alla generazione biologica naturale, diverse a seconda che il figlio sia nato nel matrimonio o fuori di esso, poiché, invece, detto status verrebbe attribuito direttamente dalla legge e, inscindibilmente, nei confronti della coppia che abbia espresso la volontà di accedere alle tecniche di P.M.A., indipendentemente dal fatto che i genitori siano, o meno, sposati, sicché il consenso dato dal coniuge o convivente alla fecondazione artificiale (che non risulti revocato fino al momento della fecondazione dell'ovulo. Cfr. L. n. 40 del 2004, art. 6, comma 3) avrebbe un significato diverso ed ulteriore rispetto a quello ascrivibile alla nozione di "consenso informato" al trattamento medico e governerebbe lo status identificando la maternità e la paternità del nato nella forma più ampia e certa, senza bisogno di ulteriori manifestazioni di volontà.

7.8.2.2. Per chi ritiene, viceversa, che al nato da P.M.A. si applichino i medesimi



principi in tema di filiazione naturale, il consenso dato dal coniuge o convivente alla fecondazione artificiale non inciderebbe direttamente sull'attribuzione dello status del figlio, ma avrebbe solo la funzione di consentire al figlio di identificare il proprio genitore grazie all'assenso da lui prestato alla P.M.A.

7.8.3. Un siffatto dilemma interpretativo produce i suoi effetti anche sullo status del figlio nel caso di fecondazione medicalmente assistita post mortem, dovendosi, peraltro, rimarcare che rientrano, in questo particolare contesto, ipotesi affatto diverse tra loro, quali: il prelievo del seme dal cadavere dell'uomo; l'inseminazione artificiale della donna con seme crioconservato, prelevato dal partner prima del decesso (concretamente avvenuta nella fattispecie in esame); infine, l'impianto, nel corpo della donna, dell'embrione formatosi quando entrambi i componenti la coppia erano in vita.

7.8.3.1. La L. n. 40 del 2004, art. 5, nel riservare l'accesso alla procreazione a coppie i cui membri siano "entrambi viventi", sembra escludere che possa ricorrervi una donna vedova, sotto pena di sanzioni amministrative (art. 12, della medesima legge), e tanto, come pure si è autorevolmente sostenuto, allo scopo di evitare i pregiudizi che al minore potrebbero eventualmente derivare a causa della mancanza della figura paterna. La norma, tuttavia, non precisa in quale momento del complesso procedimento fecondativo sia richiesta la presenza in vita di entrambi i membri della coppia, sicché spetta all'interprete, alla luce dei principi sottesi alla disciplina in materia, stabilire se debbano considerarsi illecite, o meno, tutte e tre le diverse ipotesi precedentemente prospettate, ed a tal fine non potrebbe prescindersi da quanto sancito dal successivo art. 6, comma 1, – a tenore del quale, per le finalità indicate dal comma 3 del medesimo articolo (afferente il consenso informato dei soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita), "prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'art. 5..." – che, almeno prima facie, sembra postulare l'esistenza in vita dei menzionati soggetti appunto in ogni fase di applicazione della tecnica prescelta.

7.8.3.2. Un siffatto problema, però, come si è già ripetutamente detto, non può assumere rilievo primario, atteso che nel presente giudizio, alla stregua di quanto si è chiarito circa l'ambito operativo del procedimento D.P.R. n. 396 del 2000, ex artt. 95 e 96, occorre accertare esclusivamente la corrispondenza fra la realtà di un fatto come complessivamente dichiarato dalla R. all'ufficiale di stato civile del Comune di (OMISSIS) e la sua riproduzione nell'atto di nascita come da quest'ultimo concretamente redatto, dovendo le conclusioni pure desumibili dalla complessiva disciplina di cui alla L. n. 40 del 2004 in ordine alla illegittimità, o meno, della pratica, in Italia, di una tecnica di fecon-



dazione omologa post mortem come quella cui si era sottoposta (affatto lecitamente secondo la lex loci), in Spagna, la ricorrente, necessariamente arrestarsi di fronte al fatto che, una volta verificatasi la nascita, non ci si può sottrarre all'individuazione della disciplina da applicarsi in materia di filiazione. Tanto per la evidente ragione che, in ogni caso, il nostro ordinamento non può disinteressarsi dei correlativi diritti del soggetto venuto al mondo a seguito di una procreazione medicalmente assistita post mortem eventualmente effettuata dal cittadino italiano in un Paese ove tale pratica è ammessa ed avvenuta nel pieno rispetto dei limiti temporali di sua esecuzione prevista dalla corrispondente disciplina.

7.8.4. Si pone, allora, la necessità di individuare, nel silenzio del legislatore, lo status del figlio in tal modo venuto al mondo. Infatti, a differenza di quanto previsto per la procreazione eterologa (inderogabilmente vietata nel disegno originario della L. n. 40 del 2004, ma alla quale oggi possono accedere, invece, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014, le "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi" per le quali è stata accertata e certificata una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità per uno o per entrambi i partner), nel caso di procreazione post mortem la nuova normativa non detta una disciplina dedicata alla fattispecie (in ipotesi) vietata, sicché occorre chiedersi se possa applicarsi la L. n. 40 del 2004, art. 8, sullo status giuridico del nato, anche quando il figlio sia nato (come nella specie) oltre i trecento giorni dalla morte del padre. Le opinioni espresse sono varie.

7.8.4.1. Coloro i quali assumono che, anche in caso di procreazione medicalmente assistita, troverebbero applicazione i principi generali stabiliti nel codice civile in tema di filiazione naturale, si dividono tra chi sostiene che la nascita di un figlio da fecondazione artificiale omologa post mortem avvenuta in un periodo che non consente più l'operatività della presunzione di concepimento in costanza di matrimonio può solo giustificare la proposizione di una domanda di dichiarazione giudiziale di paternità, con la conseguenza che un riconoscimento preventivo del marito mentre era ancora in vita sarebbe privo di effetti, e chi, invece, ritiene che la suddetta situazione non costituirebbe un ostacolo alla operatività della presunzione di paternità tutte le volte in cui possa essere provato, ai sensi dell'art. 234 c.c., il concepimento in costanza di matrimonio. Tale requisito, attraverso una interpretazione estensiva della norma, dovrebbe considerarsi soddisfatto dimostrando che la fecondazione dell'ovulo (cioè, la creazione dell'embrione) sia avvenuta durante il matrimonio, purché la moglie non sia passata a nuove nozze. Quest'ultima tesi, però, oltre a fondarsi su una interpretazione del "concepimento" sensi-



bilmente distante rispetto alla sua accezione tradizionale, che lo identifica con il momento nel quale l'ovulo fecondato attecchisce nell'utero materno, finisce con il distinguere immotivatamente la situazione giuridica del nato a seconda del tipo di tecnica di procreazione medicalmente assistita che sia stata eseguita, essendo possibile congelare e conservare a lungo non solo l'embrione ma anche il liquido seminale e potendosi, pertanto, ipotizzare che la stessa fecondazione dell'ovulo avvenga, come peraltro accaduto nel caso in esame, solo dopo la morte del marito.

7.8.4.2. La diversa impostazione secondo la quale, nella fattispecie in esame, si potrebbe applicare la L. n. 40 del 2004, art. 8, sullo status giuridico del nato, muove, invece, dal rilievo che il legislatore non ha limitato espressamente l'applicabilità della norma in esame alle sole ipotesi di procreazione medicalmente assistita "lecita" ed ha, anzi, espressamente contemplato la sua applicabilità alla ipotesi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in relazione alla quale l'impossibilità di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità presuppongono che, anche in simili casi, il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sia sufficiente per l'attribuzione dello status di figlio.

7.8.4.3. Ne consegue che, ove si sia proceduto, nonostante il tenore letterale della L. n. 40 del 2004, art. 5 e art. 6, comma 1, dopo la morte del marito ed acquisito il suo univoco consenso in vita, alla formazione di embrioni con il seme crioconservato dello stesso e gli ovociti della moglie ed al loro impianto, dovrebbe prevalere la tutela legislativa del nato da fecondazione omologa, posto che il sicuro legame genetico consentirebbe comunque l'instaurazione del rapporto di filiazione nei confronti di entrambi i genitori genetici, anche ove volesse ritenersi violato il quadro normativo derivanti dalle disposizioni relative all'accesso alla P.M.A. nel nostro ordinamento interno.

7.8.5. Fermo quanto precede, rileva innanzitutto il Collegio che, per quanto concerne il nato da P.M.A. di tipo eterologo, la L. n. 40 del 2004, art. 9, comma 1, stabilisce che il marito o il convivente non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità o l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità purché il suo consenso sia ricavabile da "atti concludenti". Proprio l'effettuato riferimento della norma ad "atti concludenti", da cui deve desumersi il consenso alla tecnica della procreazione eterologa (lecita, oggi, nei predetti limiti di cui a Corte Cost. n. 162 del 2014), costituisce, allora, un argomento significativo per ritenere, fondatamente, che questi stessi "atti concludenti" siano idonei a maggior ragione a dimostrare il consenso alle pratiche lecite di procreazione assistita omologa, essendo innegabile che la genitorialità di cui al citato art. 8 spetti alla coppia, coniugata o convivente, che abbia voluto congiuntamente accedere alla



tipologia di P.M.A. consentita anche nel nostro ordinamento.

7.8.5.1. La L. n. 40 del 2004, art. 8 esprime, poi, l'assoluta centralità del consenso come fattore determinante la genitorialità in relazione ai nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di P.M.A. La norma non contiene alcun richiamo ai suoi precedenti artt. 4 e 5, con i quali si definiscono i confini soggettivi dell'accesso alla P.M.A., così dimostrando una sicura preminenza della tutela del nascituro, sotto il peculiare profilo del conseguimento della certezza dello status filiationis, rispetto all'interesse, pure perseguito dal legislatore, di regolare rigidamente l'accesso a tale diversa modalità procreativa.

7.8.6. Ribadito, allora, che non si controverte, in questa sede, della illiceità, o meno, di una siffatta tecnica di P.M.A., ma, alla stregua di quanto si è già chiarito circa l'ambito operativo del procedimento D.P.R. n. 396 del 2000, ex artt. 95 e 96, esclusivamente della corrispondenza fra la realtà di un fatto come complessivamente dichiarato all'ufficiale di stato civile e la sua riproduzione nell'atto di nascita come da quest'ultimo concretamente redatto, opina questa Corte che sia possibile l'applicazione della disciplina della L. n. 40 del 2004, art. 8 (anche) alla specifica ed affatto peculiare ipotesi di cui oggi si discute, apparendo del tutto ragionevole la conclusione che il/la nato/a allorquando il marito (o il convivente) sia morto dopo avere prestato il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (nella specie, peraltro, pacificamente ribadito solo pochi giorni prima del decesso) ai sensi dell'art. 6 della medesima legge e prima della formazione dell'embrione avvenuta con il proprio seme precedentemente crioconservato (di cui, prima del decesso, abbia, altresì, autorizzato l'utilizzazione) sia da considerarsi figlio nato nel matrimonio della coppia che ha espresso il consenso medesimo prima dello scioglimento, per effetto della morte del marito, del vincolo nuziale. In tal caso, benché manchi il requisito della esistenza in vita di tutti i soggetti al momento della fecondazione dell'ovulo, deve ritenersi che, una volta avvenuta la nascita, il/la figlio/a possa avere come padre colui che ha espresso il consenso ex art. 6 della legge predetta, senza mai revocarlo, dovendosi individuare in questo preciso momento la consapevole scelta della genitorialità.

7.8.6.1. L'appena riferita scelta interpretativa si fonda sulla rilevanza che assume la discendenza biologica, della quale la parte odierna ricorrente ha specificamente dedotto di aver fornito ampia prova, tra l'uomo che ha comunque espresso un consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, altresì autorizzando l'utilizzazione del proprio seme precedentemente prelevato e crioconservato, ed il nato, e prescinde, pertanto, da ogni considerazione del tempo in cui sono avvenuti il concepimento (se lecitamente, o meno, non interessa nella concreta fattispecie, non potendosi riflettere sul nato



eventuali responsabilità dei genitori e/o dei medici che hanno assecondato i loro progetto) e la nascita. Proprio perché le tecniche in questione rendono possibile il differimento della nascita, senza per questo incidere sulla certezza della paternità biologica, si rivelano inapplicabili, in materia, quei principi, dettati nel codice civile (artt. 232 e 234 c.c., ma si veda anche l'art. 462 c.c., comma 2), basati su un sistema di presunzioni tramite le quali si cerca di stabilire quella certezza.

7.8.6.2. Alla predetta soluzione, peraltro, nemmeno sembra di assoluto ostacolo l'assunto secondo cui l'ordinamento deve proteggere l'infanzia garantendo il diritto ad avere una famiglia composta da due figure genitoriali, nel chiaro intento positivo di considerare prevalente la tutela del nascituro rispetto al diritto alla genitorialità. Al contrario, si può comunque osservare che la limitazione della donna, nella specifica situazione in cui era venuta a trovarsi l'odierna ricorrente, all'accesso alla tecnica cui ella si era poi sottoposta non è funzionale a far prevalere l'interesse del nascituro a venire al mondo in una famiglia che possa garantire l'esistenza e l'educazione, perché l'alternativa è il non nascere affatto; parimenti, l'affermazione che nascere e crescere con un solo genitore integri una condizione esistenziale negativa non sembra potersi enfatizzare al punto tale da preferire la non vita. Al contrario, l'interesse del nato, nella specie, è quello di acquisire rapidamente la certezza della propria discendenza bi-genitoriale, elemento di primaria rilevanza nella costruzione della propria identità (cfr., anche nelle rispettive motivazioni, le già richiamate Cass. n. 6963 del 2018; Cass., SU, n. 1946 del 2017; Cass. n. 15024 del 2016).

7.8.6.3. In uno scenario, nel quale, come si è detto in precedenza, la genitorialità spesso va staccandosi dal nesso col matrimonio e dalla famiglia, declinandosi in una molteplicità di contesti prima ritenuti inediti, è, allora, necessario porsi in un'altra prospettiva, dove il rapporto familiare non si pone più in termini convenzionali, in cui nuove ipotesi di relazioni intersoggettive calzano la scena della famiglia, che non può più essere solo quella che il codice civile ha previsto nel 1942. Il fenomeno dell'emersione di diverse relazioni intersoggettive nelle relazioni affettive è, del resto, in progressiva evoluzione, così da richiedere una tutela sistematica (e non più occasionale) dei fenomeni prima sconosciuti o ritenuti minoritari, imponendo soluzioni capaci di emanciparsi da quei modelli tradizionali che rischiano, ormai, di rivelarsi inadeguati rispetto ai primi.

7.8.7. Ciò posto, la fattispecie qui esaminata presuppone, oltre alla morte del marito (o del convivente), che vi sia stato il consenso dello stesso (o del convivente) al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e che tale consenso non solo sia certamente persistito fino al suo decesso, ma, prima di tale momento ultimo,



sia stato anche da lui arricchito dall'espressa autorizzazione all'utilizzo, post mortem, del proprio seme crioconservato: in presenza di una siffatta ipotesi, l'interpretazione preferibile è, dunque, quella secondo la quale la disciplina di attribuzione dello status nella procreazione medicalmente assistita configura un sistema alternativo, speciale, e non possono, di conseguenza, trovare applicazione i meccanismi di prova presuntiva del codice civile riferibili alla generazione biologica naturale.

7.8.8. Manca, del resto, qualsivoglia dato normativo che induca a ritenere che nella procreazione medicalmente assistita debbano applicarsi tali presunzioni in materia di procreazione biologica naturale se non espressamente derogati dalla L. n. 40 del 2004, artt. 8 e 9. Invero, gli argomenti, di tipo testuale, pure svolti a sostegno di quest'ultima tesi non persuadono.

7.8.8.1. Si è, in primo luogo, osservato che il contenuto del comma 2 dell'art. 9, che pone il divieto dell'anonimato materno nella fecondazione medicalmente assistita, sembra presuppore l'astratta applicabilità alla procreazione medicalmente assistita dei principi stabiliti in tema di filiazione biologica naturale. Inoltre, sempre secondo tale tesi, la disposizione contenuta nell'art. 9, comma 3, secondo cui, in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato, assume effettiva portata normativa soltanto se intesa quale deroga alla ordinaria disciplina della filiazione naturale, mentre avrebbe una mera portata esplicativa nel caso opposto.

7.8.8.2. Nondimeno, il divieto di anonimato materno, lungi dal presupporre l'operatività dei principi generali, ben può costituire espressione proprio delle differenze esistenti tra procreazione naturale e procreazione medicalmente assistita con riferimento alla determinazione dello status del nato, poiché in quest'ultimo caso il consenso dato alla pratica della procreazione medicalmente assistita determinerebbe una "responsabilità" riguardo alla filiazione, tale da escludere la stessa facoltà per la donna di non essere nominata. D'altronde, risulta affatto condivisibile e tutt'altro che illogico, il rilievo che, in un'ottica di tutela del nato, al consenso prestato dai genitori per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita il legislatore abbia riconnesso anche il riconoscimento del nato e che tale ipotesi sia stata, dunque, differenziata da quella di procreazione naturale, anche sotto il profilo delle possibili conseguenze. Ciò emerge in maniera evidente nella fecondazione eterologa, ove l'interesse del minore costituisce un vero e proprio limite al principio della verità biologica, tanto che il legislatore, per perseguire tale interesse, ha attribuito precipuo rilievo al consenso prestato dai coniugi o conviventi al ricorso a tecniche di procreazione assistita, ma risulta confermato anche in caso di fe-



condazione omologa post mortem, con riferimento alla quale, non essendo in alcun caso ipotizzabile un contrasto tra favor veritatis e favor minoris, coincidendo quest'ultimo con il diritto del minore alla propria identità, il consenso prestato dai coniugi o conviventi appare elemento qualificante la disciplina in materia di accertamento della filiazione in funzione di una effettiva tutela della personalità del minore. Viceversa, proprio riguardo alla procreazione medicalmente assistita post mortem, le regole generali non appaiono congrue, in quanto si versa in presenza di un evento in cui si può avere la certezza che la fecondazione è avvenuta dopo la morte del soggetto che ha espresso il consenso e, ciononostante, si è altrettanto sicuri che ricorra con quello stesso soggetto quel rapporto di consanguineità che si pone a fondamento del sistema generale della filiazione.

7.8.9. Appare, pertanto, decisamente preferibile, di fronte ad un dato testuale sostanzialmente neutro, interpretare la norma in funzione della effettività della tutela del diritto della persona umana alla propria identità, la quale, come sottolineato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (nelle due, già menzionate, sentenze "gemelle" Mennesson c. Francia, del 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, e Labassee c. Francia, del 26 giugno 2014, ric, n. 65941/11), comprende l'identificazione del proprio status di figlio di determinati genitori.

7.9. Alla stregua delle superiori considerazioni, nella concreta fattispecie oggi in esame occorre, allora, applicare la disciplina contenuta nella menzionata L. n. 40 del 2004, art. 8, senza poter fare riferimento alla presunzione stabilita dall'art. 232 c.c., che, di per sé, non può costituire ostacolo all'attribuzione al nato a seguito di fecondazione omologa eseguita post mortem dello status di figlio del marito deceduto, anche se la nascita sia avvenuta dopo il decorso del termine di trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio conseguente alla sua morte. Naturalmente, per potere affermare che L. sia figlia del marito deceduto della ricorrente, deve esistere il presupposto fondamentale previsto dal suddetto L. n. 40 del 2004, art. 8, vale a dire il consenso espresso congiuntamente dai coniugi al ricorso alle tecniche di P.M.A., secondo quanto stabilito dall'art. 6 della medesima legge, e mantenuto fermo dal marito fino alla data della sua morte. D'altra parte, non tutti i requisiti del consenso indicati dalla norma appaiono necessari ai fini dell'attribuzione dello status filiationis, come si desume implicitamente dal disposto dell'art. 9, a norma del quale è sufficiente che il consenso sia ricavabile da atti concludenti. In definitiva, quindi, benché la mancanza dei requisiti del consenso stabiliti dalla L. n. 40 del 2004, art. 6 non permetta di accedere alle pratiche di procreazione medicalmente assistita, laddove la procreazione comunque avvenga, lo status filiationis va determinato verificando solamente se effettivamente il coniuge o il convivente abbia prestato il proprio



consenso alla procreazione medicalmente assistita anche solo mediante atti concludenti, e se tale consenso, integrato da quello riguardante anche la possibilità di utilizzo del proprio seme post mortem, sia effettivamente persistito fino al momento ultimo (nella specie, quello della morte del marito della odierna ricorrente) entro il quale lo stesso poteva essere revocato, non ravvisandosi valide ragioni per ritenere, al contrario, che il consenso peculiarmente espresso per un atto da compiersi dopo la morte perda efficacia al verificarsi di detto evento.

7.10. Nella fattispecie in esame, la R. ha dedotto che: i) con il coniuge G.A., avevano deciso di ricorrere alle tecniche di P.M.A. prestando il loro consenso il 31 marzo 2015; ii) il G., proprio nel corso della terapia, aveva appreso di essere gravemente malato e, dovendo far ricorso all'assunzione di farmaci che avrebbero compromesso la sua capacità di generare, aveva reiterato il proprio consenso, con dichiarazione sottoscritta in data 8 settembre 2015, e, consapevole della sua fine imminente, aveva autorizzato la moglie all'utilizzo, post mortem, del proprio seme crioconservato al fine di ottenere una gravidanza con l'ausilio delle tecniche di fecondazione assistita omologa; iii) per realizzare il comune desiderio di procreazione, l'odierna ricorrente, dopo la morte del marito avvenuta il (OMISSIS), si era sottoposta, al trattamento di fecondazione assistita (FIV) in Spagna, dando, poi, alla luce, in Italia, il (OMISSIS), la piccola L.

7.10.1. Pertanto, alla stregua della L. n. 40 del 2004, art. 8, come in precedenza interpretato, il fatto storico della nascita, così avvenuta, di quella bambina, ne avrebbe dovuto comportare, ove adeguatamente documentate le circostanze suddette, la formazione del corrispondente atto dello stato civile con la indicazione della paternità di G.A. e del cognome paterno. Non si tratta, quindi, di attribuire alla figlia nata dalla R. uno stato diverso da quello che, secondo la previsione legale, le competerebbe (ciò, invero, dovrebbe formare oggetto di un'azione di stato), ma soltanto di rettificare un atto compilato non correttamente, così da renderlo corrispondente alla situazione reale prodotta dalla medesima previsione legale (L. n. 40 del 2004, art. 8), alla stregua della quale l'atto stesso doveva essere formato.

7.11. Ne consegue la erroneità tanto dell'affermazione della Corte di appello di Ancona secondo cui il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di iscrivere nell'atto di nascita di cui si discute la paternità della bambina sulla base delle dichiarazioni della sola madre era stato "legittimo sia perché non è consentita al medesimo una indagine sulla rilevanza probatoria della documentazione relativa alla procreazione medicalmente assistita allegata alla richiesta di formazione dell'atto di nascita (come riprodotta nel presente procedimento dalla ricorrente-reclamante) sia perché, nel silenzio del legislatore con riferimento



allo specifico caso della fecondazione post mortem (di cui si discute), trovano applicazione le regole generali del codice civile (artt. 231 e 232 c.c..) che escludono l'operatività della presunzione oltre trecento giorni dalla cessazione del vincolo (situazione verificatasi nel caso in esame in cui G.A. è deceduto il 29.9.2015 e la bambina è nata il 14.2.2017) e precludono la iscrizione della paternità sulla base delle sole dichiarazioni della madre...''; quanto dell'aver omesso, la medesima corte, di verificare, alla stregua della documentazione sottoposta anche al suo esame, la possibilità di rettificare un atto dello stato civile non corretto, così da renderlo corrispondente alla situazione reale prodotta dalla medesima previsione legale alla stregua della quale l'atto stesso doveva essere formato.

7.11.1. Posto, infatti, che, come si è già chiarito nei p. 5.3.2. e 5.3.3., il giudice investito della dedotta illegittimità del rifiuto di rettifica di un atto di nascita – il cui procedimento si configura non come giudizio di costituzione diretta di uno status filiationis bensì di verifica della corrispondenza alla verità di una richiesta attestazione – dispone di una cognizione piena sull'accertamento della corrispondenza di quanto richiesto dal genitore in relazione alla completezza dell'atto di nascita del figlio con la realtà generativa e di discendenza genetica e biologica, potendo, così, a questo limitato fine, attivare tutte le risorse istruttorie fornitegli dalla parte, la corte dorica, proprio perché investita esclusivamente della corrispondenza alla verità del complesso di elementi fattuali documentati dalla parte reclamante, non aveva limitazioni per decidere, accogliendo, o meno, l'istanza di rettifica di quest'ultima a seconda della adeguatezza, o non, della documentazione dalla stessa allegata a dimostrare la coerenza del percorso ivi descritto.

8. Pertanto, respintone il primo motivo, il ricorso proposto dalla R., in proprio e quale esercente la potestà genitoriale sulla figlia minorenne L., va accolto in relazione agli ulteriori secondo, terzo e quarto motivo, con rinvio, anche per il regolamento delle spese del giudizio di cassazione, alla Corte d'appello di Ancona, in diversa composizione, la quale riesaminerà la controversia alla stregua dei seguenti principi di diritto:

a) "Le dichiarazioni rese all'ufficiale dello stato civile, se dirette, esclusivamente, a dare pubblica notizia di eventi, quali la nascita o la morte, rilevanti per l'ordinamento dello stato civile per il solo fatto di essersi verificati, impongono al menzionato ufficiale di riceverle e formarne nei suoi registri processo verbale per atto pubblico, senza che gli spetti di stabilire la compatibilità, o meno, di detti eventi con l'ordinamento italiano e se, per questo, abbiano rilevanza e siano produttivi di diritti e doveri. Diversamente, qualora, tali dichiarazioni siano, di per se stesse, produttive di effetti giuridici riguardo allo



status della persona cui si riferiscono, l'ufficiale dovrà rifiutare di riceverle ove le ritenga in contrasto con l'ordinamento e con l'ordine pubblico";

b) "Il procedimento di rettificazione degli atti dello stato civile, disciplinato dal D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, art. 96, è ammissibile ogni qualvolta sia diretto ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, quale è o dovrebbe essere nella realtà secondo le previsioni di legge, e come risulta dall'atto dello stato civile per un vizio, comunque o da chiunque originato, nel procedimento di formazione di esso. In tale procedimento, l'autorità giudiziaria dispone di una cognizione piena sull'accertamento della corrispondenza di quanto richiesto dal genitore in relazione alla completezza dell'atto di nascita del figlio con la realtà generativa e di discendenza genetica e biologica di quest'ultimo, potendo, così, a tale limitato fine, avvalersi di tutte le risorse istruttorie fornitele dalla parte";

c) "La L. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 8, recante lo status giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è riferibile anche all'ipotesi di fecondazione omologa post mortem avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo avere prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge, e senza che ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo suddetto. Ciò pure quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre".

… *Omissis* …

P.Q.M.

La Corte rigetta il primo motivo di ricorso, accogliendone il secondo, il terzo ed il quarto. Cassa il decreto impugnato e rinvia alla Corte di appello di Ancona, in diversa composizione, per il relativo nuovo esame alla stregua dei principi tutti dettati in motivazione, e per la regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità.

Dispone, per l'ipotesi di diffusione del presente provvedimento, l'omissione delle generalità e degli altri dati identificativi a norma del D. Lgs. n. 196 del 2003, art. 52.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Prima sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 15 marzo 2019.

Depositato in Cancelleria il 15 maggio 2019.

JUS CIVILE



ANGELA PAGLIARO

Dottore in Giurisprudenza – Università di Messina

L'ACCERTAMENTO DELLO *STATUS* DEL FIGLIO PROCREATO *POST MORTEM*

SOMMARIO: *1. Il caso. – 2. La (presunta) illiceità dell'inseminazione artificiale post mortem nell'ordinamento italiano. – 3. La rettifica dell'atto di nascita. – 4. Le modalità di accertamento dello* status filiationis*. – 5. La problematica attribuzione dello status filiationis al nato da P.M.A.* post mortem*. – 6.* Segue*. – 7. Conclusioni.*

1. – La pronuncia della Suprema Corte scaturisce dal ricorso *ex* art. 95 d.P.R. n. 396 del 2000 proposto da una donna al Tribunale di Ancona, al fine di opporsi al rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile alla formazione dell'atto di nascita con l'indicazione della paternità, quindi del cognome paterno, richiesta dalla ricorrente. Quest'ultima evidenziava che sua figlia era nata in Italia, due anni dopo la morte del marito, a seguito di impianto, presso una struttura spagnola, del seme crioconservato di quest'ultimo, il quale, in vita, consapevole di essere affetto da una grave malattia, aveva prestato il consenso all'utilizzazione del suo materiale genetico anche successivamente alla sua morte, e chiedeva, allegando la documentazione relativa alla procreazione medicalmente assistita ed al consenso ad essa prestato dal marito, l'indicazione nell'atto di nascita della paternità del defunto.

Il predetto ricorso veniva respinto tanto in primo grado dal Tribunale di Ancona, quanto dalla Corte d'Appello, giudicando, in entrambe le sedi, assolutamente corretto l'operato dell'Ufficiale di Stato Civile, ritenendo quest'ultimo non competente ad effettuare un'indagine di merito circa la rilevanza probatoria dei documenti presentati dalla ricorrente, essendo tale attività valutativa e di accertamento dello *status* esulante dai suoi compiti istituzionali, ma tenuto alla formazione dell'atto di nascita in applicazione esclusiva delle norme previste in materia dal codice civile.

Contro tale decisione, la madre ricorreva per Cassazione, in proprio e quale esercente la responsabilità genitoriale sulla figlia minore, affidandosi alla violazione e falsa appli-



cazione, tra gli altri, degli artt. 29 e 30 d.P.R. 396/2000, 8 e 12 legge n. 40/2004, 232 c.c., nonché delle norme costituzionali e comunitarie poste a tutela della famiglia e dei diritti del nato [1], per avere la Corte d'Appello di Ancona ritenuto non solo corretto l'operato dell'Ufficiale di Stato civile, ma soprattutto per aver negato al caso di specie l'applicabilità della disciplina prevista all'art. 8 legge n. 40/2004 in materia di riconoscimento dello *status* del figlio nato da tecniche di procreazione medicalmente assistita ed aver altresì ritenuto comunque tutelati i diritti della minore sia mediante l'atto di nascita, formato con l'indicazione della sola maternità, sia tramite gli altri strumenti processuali forniti dall'ordinamento per far successivamente constatare la paternità del defunto.

2. – La legge n. 40/2004 si interessa complessivamente alle tecniche di assistenza medica (*rectius*: procreazione) finalizzate alla realizzazione del progetto procreativo, in assenza di *chances* naturali. Il ricorso alla procreazione è previsto dalla normativa (art. 1, comma 2) come soluzione ultima alla quale approdare esclusivamente in assenza di metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità e prevede, a tal fine, il necessario accertamento medico circa l'impossibilità di rimuovere le cause impeditive della procreazione. Con particolare riferimento alla procreazione *post mortem*, il legislatore non ha previsto un espresso divieto in tal senso. L'unico riferimento normativo in materia si riscontra all'interno dell'art. 5, il quale delinea i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di p.m.a., prevedendo che possono accedervi le "*coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambe viventi*" [2]. L'illiceità della tecnica procreativa di cui trattasi può dirsi, dunque, "presunta", in

[1] Per la rassegna delle singole doglianze Cfr. Cass. civ., Sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000 con nota di DILETTA GIUNCHEDI, *La procreazione assistita post mortem tra responsabilità procreativa e favor stabilitatis,* in *Fam. dir.*, n. 1/2020, pp. 27-39.

[2] La *ratio* sottesa alla formulazione della suddetta disposizione, sembrerebbe ravvisarsi nella tutela del modello biparentale di famiglia e dell'interesse del minore a crescere e svilupparsi in un nucleo familiare in cui sia garantita la compresenza di entrambi i genitori, il cui fondamento costituzionale si ritroverebbe negli artt. 29 e 30 Cost. Tuttavia, si consenta, a tal proposito, il richiamo a dottrina e a giurisprudenza costituzionale, al fine di sottolineare che il principio della famiglia biparentale genericamente inteso troverebbe un fondamento esclusivamente sociologico, essendo comunemente radicata nella coscienza sociale l'idea che il minore possa crescere in maniera più adeguata grazie all'apporto di entrambi i genitori, e che lo stesso non godrebbe di alcuna copertura costituzionale, come confermato dalla stessa Consulta in materia di adozione (Corte Cost., 16 maggio 1994, n. 183, in *Giur. it.*, 1995, I, c. 540). L'art. 30 Cost. "*tutela il diritto dei figli ad essere educati, mentenuti, istruiti dai propri genitori in qualsiasi contesto familiare e in presenza di qualsiasi status filiationis, invece un modello di famiglia fondata sul matrimonio […] trova riconoscimento*



quanto è esclusivamente da tale ultimo requisito che si ricava un implicito divieto di fecondazione *post mortem*, la cui formulazione è stata, senza dubbio, eccessivamente semplicistica, a fronte del quale, al contrario, derivano problematiche di non facile risoluzione per l'interprete [3].

In assenza di una chiara presa di posizione del legislatore, nodo centrale del dibattito in materia è la determinazione del momento temporale in cui i membri della coppia devono essere "entrambi viventi". Difatti, nel caso di fecondazione *post mortem*, la nascita è il completamento di un percorso medico, intrapreso dai coniugi, che consta di diversi momenti, quali la manifestazione del consenso a procedere alle tecniche procreative, il prelievo del materiale genetico del *partner* maschile, l'inseminazione nell'utero della donna [4] ovvero la formazione dell'embrione *in vitro* e il suo successivo impianto in utero [5].

La dottrina tradizionale ha rilevato che il requisito della presenza in vita deve attenere tutti i summenzionati momenti; deve, cioè, riscontrarsi per l'intera durata del ciclo terapeutico, fino all'attecchimento dell'embrione nell'utero materno. Consegue che vengono tradizionalmente ricomprese nel divieto di fecondazione *post mortem* tre ipotesi, differenziate sulla base del momento temporale in cui si verifica la morte del *partner* di sesso

---

nell'art. 29 Cost. il (cui) *contesto, peraltro, riguarda diritti e doveri fra coniugi.*" (NATALE, *I Diritti del soggetto procreato post mortem*, in *Fam., Pers. Succ.*, n. 6/2009, cit., p. 523). A favore della tesi sul fondamento di natura esclusivamente sociologica della famiglia biparentale si veda, per tutti, DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito*, in *Fam. dir.,* n. 1/1999, p. 56.

[3] "*Il semplice fatto che la legge n. 40 abbia vietato la fecondazione post mortem non può, però, considerarsi esaustivo dei dubbi che la fattispecie comporta. A ciò si aggiunga che le Linee guida del 2004 (non modificate, in questo punto, da quelle del 2008) sono intervenute a complicare ulteriormente la questione, visto che, in qualche misura, potrebbero essere interpretate nel senso di riconsentire la pratica, laddove, nella parte dedicata alla crioconservazione di gameti ed embrioni, affermano che «la donna ha sempre il diritto di ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati». Per dare un senso alla proposizione si dovrebbe intendere che l'unico presupposto per ottenere il trasferimento fosse l'esistenza di un embrione crioconservato. Ma che succede se l'embrione in effetti vi è, ma il coniuge o il compagno è deceduto? L'unica cosa che oggi si può ritenere certa è, alla luce della letteralità dell'art.5, non si potranno più produrre embrioni con il seme di un uomo defunto*": VILLANI, *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. fam.*, II, a cura di COLLURA-ZATTI, Milano, 2012, cit. p. 663.

[4] Trattasi della tecnica IUI (*Intra-Uterine Insemination*), consistente nell'introduzione del seme maschile nella cavità uterina, per favorire in tempi più rapidi l'incontro dei gameti all'interno del corpo femminile. Ulteriore tecnica procreativa che prevede il prelievo dei gameti maschili e successivo impianto nel corpo femminile è la GIFT (*Gamete Intra Fallopian Transfer*) in cui vengono inseriti nelle tube (e non in utero) entrambi i gameti, tanto maschili quanto femminili, affinché la fecondazione avvenga *in vivo* al momento del loro naturale incontro.

[5] Ci si riferisce alla tecnica FIVET (Fecondazione *In Vitro Embrio Transfer*) che consiste nella fecondazione in *vitro* grazie all'unione dei gameti femminili con quelli maschili e nel successivo impianto dell'embrione nel corpo della donna.



maschile, e cioè a) il prelievo del materiale genetico dal soggetto già defunto; b) l'inseminazione artificiale della donna *in vivo* con seme prelevato dal *partner* prima del suo decesso e successivamente crioconservato; c) l'impianto nell'utero della donna dell'embrione già formato *in vitro* quando entrambi i membri della coppia erano viventi ed avevano espresso congiuntamente il proprio consenso alle tecniche procreative [6].

L'unico dato normativo in materia contenuto nella legge n. 40/2004 attiene al profilo sanzionatorio e va notato che la fecondazione *post mortem* è sanzionata esclusivamente a livello amministrativo e non anche a livello penale, stante il disposto di cui all'art. 12, il cui secondo comma stabilisce che "*chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi* […] *è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro*". Occorre poi rilevare che è la stessa legge, all'art. 14, a vietare la soppressione dell'embrione [7], tutelando in tal modo il diritto della donna "*ad ottenere sempre il trasferimento dell'embrione*", diritto affermato dalle Linee Guida. Sulla base di tali assunti normativi, nonché tenendo a mente il diritto alla genitorialità ed il diritto alla vita, come sopra tutelato, tra le tre ipotesi *supra* considerate, potrebbe considerarsi pienamente lecita la pratica di impianto, nell'utero della donna, di un embrione già formato quando entrambi i membri della coppia erano viventi e consenzienti alla suddetta pratica e quindi nel caso in cui la morte dell'uomo intervenga in un momento successivo alla formazione dell'embrione [8].

---

[6] Cfr., sul punto, STANZIONE, SCIANCALEPORE, *Filiazione e procreazione assistita*, Milano, 2001; CARINGELLA, Giovagnoli, *Studi di diritto civile*, I, *Famiglia e Successioni*, Milano, 2007, p. 498 ss.; NATALE, *op. cit.,* p. 529.

[7] Cfr, sul punto, CATULLO, *Diritto penale della famiglia*, Padova, 2012, p. 208.

[8] Difatti, "[…] *l'intervento medico consta, tecnicamente, di vari momenti, non coincidenti nel tempo, con la possibilità che un soggetto venga a mancare, dopo aver prestato il consenso scritto ma prima dell'inizio delle pratiche o dopo (o durante) uno dei vari momenti dell'intervento medico. In tali ipotesi sembra doversi distinguere quella in cui il decesso avviene a pratiche mediche iniziate ma a non ancora avvenuta formazione dell'embrione da quella in cui il decesso intervenga ad embrione già formato. Nella prima ipotesi, la procedura dovrà essere interrotta, rendendo inutile ogni trattamento già effettuato sulla donna sino a tale momento. Nella seconda eventualità, il sopraggiunto decesso dell'uomo [...] nel periodo compreso tra la formazione dell'embrione e il trasferimento in utero, potrebbe creare qualche problema interpretativo, posto il contrasto tra l'art. 5 e 12 della legge n.40 (che vietano di accedere e di applicare le tecniche di PMA a coppie in cui i componenti non siano entrambi viventi), e l'art. 14 che impedisce la crioconservazione o la soppressione degli embrioni già formati. A fronte dell'apparente contraddizione, le ipotesi che si possono astrattamente prospettare sono due: se si ritiene prevalente il principio secondo cui la PMA è possibile solo se entrambi i soggetti che la richiedono siano viventi, si deve ritenere che la morte di uno di essi imponga l'interruzione delle procedure; se, al contrario, la vita dell'embrione deve essere salvaguardata e non si può ritenere lecito né crioconservato né sopprimerlo, si deve ritenere che la morte di*



3. – Nel caso oggetto della pronuncia della Suprema Corte non si discute peraltro della liceità o illiceità della tecnica di cui trattasi, bensì della richiesta di rettifica dell'atto di nascita da parte dell'Ufficiale di Stato Civile, sulla base delle dichiarazioni rese dalla ricorrente, comprovanti la paternità biologica del defunto. A tal proposito il riferimento normativo che viene in rilievo è l'art. 95 D.P.R. 3 novembre 2000, il quale prevede che "*chi intende promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile [...] o intende opporsi a un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione, o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento, deve proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto di cui si tratta o presso il quale si chiede che sia eseguito l'adempimento*". L'azione di rettificazione, pertanto, viene proposta al fine di ottenere esatta corrispondenza tra la realtà del fatto e la sua riproduzione nell'atto di cui si chiede la rettifica.

È senza dubbio corretto affermare che l'oggetto del giudizio "*non sia stabilire se A.G. sia il padre biologico della bambina*". Che il defunto sia padre biologico della bambina è un dato di fatto incontrovertibile. L'oggetto del giudizio di merito è (*rectius*: avrebbe dovuto essere) stabilire se il defunto possa essere anche padre "giuridico" della bambina, alla luce del legame biologico certo tra i due e del diritto all'identità personale della minore, ma evidentemente i giudici di merito, soffermandosi esclusivamente, tanto in primo grado, quanto in Appello, sul ruolo e sulle competenze istituzionali dell'ufficiale di stato civile, sembrano tralasciare tale problematica, ritenendo non si tratti della sede opportuna di indagine, in quanto sarebbe necessario promuovere un apposito giudizio avente ad oggetto lo *status* di figlio e, con gli altri strumenti processuali previsti dall'ordinamento, "*attivarsi per far constatare la paternità della bambina e ottenere l'attribuzione del cognome paterno*".

Non può tuttavia ignorarsi che l'art. 96 D.P.R. n. 396/2000 sancisce che il tribunale, adito ai sensi e per le finalità del predetto art. 95, provvede alla decisione in camera di consiglio, con decreto motivato, dopo aver assunto informazioni, acquisito documenti e disposto l'audizione dell'Ufficiale dello Stato Civile, senza particolari formalità. Non sembra, alla luce di ciò, essere proprio quella la sede in cui i giudici avrebbero potuto va-

---

un richiedente non possa interrompere le metodiche, le quali potranno essere portate a compimento. È opinione di chi scrive che tra le due possibili alternative indicate debba accordarsi preferenza alla seconda. Nel bilanciamento degli interessi che la legge n. 40 impone, infatti, si deve ritenere che l'esigenza di tutela del concepito debba prevalere su quella di un rigoroso rispetto dell'esistenza dei presupposti richiesti per praticare la PMA.": VILLANI, *op. cit.*, p. 664 ss.



lutare le dichiarazioni circa la paternità biologica rese dalla ricorrente e soffermarsi, più che sull'operato dell'Ufficiale di Stato Civile, sicuramente non contestabile alla luce dell'attuale quadro normativo, sul complesso problema dell'attribuzione dello *status* di figlio al soggetto procreato *post mortem*?

La risposta a tale interrogativo, fornita dalla stessa Corte, non può che essere positiva. Il giudice di merito, si sottolinea, investito della illegittimità del rifiuto di rettifica dell'atto di nascita, ha cognizione piena e deve provvedere all'accertamento della corrispondenza tra quanto richiesto dalla donna e quanto riportato all'interno dell'atto di nascita, prediligendo la realtà generativa e la discendenza genetica quale linee guida dell'indagine suddetta. Non può, altresì, non tenersi conto del fatto che la proposizione successiva di un'azione di stato, *ex* art. 269 c.c., quale strumento giuridico di tutela suggerito tanto dal Tribunale, quanto dalla Corte d'Appello, da essi ritenuto idoneo alla tutela degli interessi del nato, avrebbe in realtà una funzione meramente ricognitiva di uno *status filiationis* già riconosciuto dalla legge sulla procreazione (il riferimento è all'art. 8, di cui in seguito), per cui intentare tale azione sarebbe inutilmente ed ingiustamente gravoso per il ricorrente.

Come ricorda la Suprema Corte, la finalità del procedimento di rettificazione degli atti dello stato civile è infatti proprio quella di eliminare ogni ipotesi di difformità fra la realtà effettiva, alla stregua della normativa vigente, e quella riprodotta negli atti stessi, indipendentemente dalla ragione di tale difformità e dal soggetto che l'abbia causata. E la difformità con la realtà dei fatti è più che palese nel caso oggetto di indagine. Le problematiche sorgono in relazione alla realtà non in quanto tale, essendo innegabile il legame biologico tra la bambina ed il defunto, bensì "*alla stregua della normativa vigente*", una normativa carente e arretrata rispetto alla realtà fattuale.

4. – Lo *status* di figlio, in senso sostanziale, delinea l'insieme dei diritti e dei doveri [9] derivanti dal rapporto di filiazione con ciascuno dei propri genitori. In senso formale esso non si acquista automaticamente per effetto della nascita, ma necessita di accertamento secondo le norme predisposte dal legislatore [10]. Difatti il rapporto di filiazione "*non è*

[9] Il riferimento è all'art. 315 *bis*, attraverso cui il legislatore ha inteso sottolineare che nel rapporto genitori figli i diritti e i doveri non devono essere unilaterali, ma reciproci. Cfr., sul punto, BELLELLI, *I doveri del figlio verso i genitori nella legge di riforma della filiazione*, in *Dir. fam.*, fasc. 2, 2013.

[10] L'obbligo, per ciascuno stato aderente all'Unione Europea, di predisporre i mezzi necessari per l'accertamento del legame genitori-figlio è affermato dalla Corte di Strasburgo e deriva dall'interpretazione



lo status, ma, si potrebbe dire, lo presuppone, e lo status, a sua volta, presuppone l'accertamento della filiazione, senza il quale, infatti, non conosceremmo di quale compagine familiare faccia parte il figlio" [11].

Sebbene sotto il profilo sostanziale, grazie al d.lgs. n. 154/2013, sia stata eliminata la distinzione tra figli legittimi e figli naturali, sotto il profilo dell'accertamento tale distinzione, purtroppo, perdura e la presenza del vincolo matrimoniale costituisce tutt'oggi un discrimine [12].

---

estensiva che la stessa ha fornito dell'art. 8 CEDU il quale, imponendo il rispetto della vita privata e familiare, viene considerato fonte di tutela di qualsiasi rapporto familiare, indipendentemente dal fatto che lo stesso sia fondato o meno sul matrimonio. Si confronti, sul punto, CAMPIGLIO, *L'accertamento dello stato di figlio: criteri sovranazionali e norme italiane*, in *Fam. dir.*, 3/2016: l'Autrice osserva che la Corte Europea ha fornito un'interpretazione evolutiva della nozione di vita privata e familiare, spingendosi a prediligere il dato sociale, addirittura in deroga al diritto nazionale. A tal proposito, l'A. richiama e ricorda una serie di casi in cui la Corte ha imposto l'obbligo in capo agli stati di riconoscere gli *status* conseguiti all'estero, anche se in deroga all'ordinamento nazionale; è ciò che è avvenuto nei casi *Wagner e J.M.L. c. Lussemburgo* (Cedu 28 giugno 2007, n. 76240/01) e *Mennesson c. Francia* (Cedu 26 giugno 2014, n. 65192/11) in occasione del quale i giudici della Consulta hanno imposto agli Stati aderenti alla Convenzione il riconoscimento dello *status* di figlio acquisito all'estero e derivante, nel primo caso, dall'adozione avvenuta in Perù da parte di persona singola e, nel secondo caso, da maternità surrogata commissionata negli Stati Uniti da parte di una coppia francese. A livello normativo, stante l'attuale assenza di un "diritto della famiglia europeo", il legislatore comunitario è intervenuto per lo più mediante raccomandazioni (si pensi alla Convenzione di Bruxelles del 12 settembre 1962 sullo stabilimento della filiazione materna sui figli naturali e la Convenzione di Strasbrurgo del 15 ottobre 1975 sulla filiazione naturale). Tuttavia, le esigenze di armonizzazione in materia fanno auspicare ancora oggi la creazione di tale branca normativa in ambito europeo. Per tutti, cfr. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa* in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, Giuffrè, 2007, il quale evidenzia che "*dopo la persona, la famiglia è l'altra grande urgente sfida per l'Europa. In un tempo di relazioni fattesi sempre più liquide, nel quale il concetto stesso di famiglia, più che in crisi di identità, sembra essersi dissolto e volatilizzato, la creazione anche in questa materia di un sistema di europeo di regole e principi uniformi è più che una necessità: è un dovere. Ogni astensionismo sarebbe imperdonabile*".

[11] BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione?* in *Fam. pers. succ.*, 8-9/2006, cit., p. 686.

[12] Nel caso in cui il figlio sia nato da coppia coniugata, l'accertamento del suo *status* è automatico e, sul presupposto dell'unicità della relazione tra i coniugi e del rispetto dell'obbligo di fedeltà reciproca, vige la presunzione di paternità di cui all'art. 231 c.c. secondo cui: "*il marito è il padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio*". È considerato tale colui che, ex. art. 232 c.c., sia nato qualora non siano ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, fatta salva l'ipotesi di separazione legale tra i coniugi. Pertanto, nel caso di nascita derivante dall'unione di coppia coniugata, l'Ufficiale di stato civile, su semplice dichiarazione dell'evento nascita ad opera di uno dei genitori, stante l'operatività delle suddette presunzioni di paternità e di concepimento, forma l'atto di nascita mediante indicazione tanto delle generalità della madre, quanto di quelle del marito (padre presunto), con conseguente attribuzione del cognome paterno.

Diverse le modalità di accertamento dello *status filiationis* previste in caso di nascita da coppia non coniugata. In tale ipotesi, mancando l'elemento del vincolo matrimoniale, non operano le presunzioni di paternità e di concepimento di cui *supra*, che si giustificano proprio in ragione dell'obbligo di fedeltà coniugale di cui all'art. 143 c.c., con la conseguenza che l'acquisizione dello *status* di figlio e la conseguente formazione dell'atto di nascita ad opera dell'Ufficiale di Stato Civile, con indicazione delle generalità tanto



La legge sulla procreazione medicalmente assistita prevede apposite modalità di accertamento dello *status* di figlio qualora egli sia nato tramite il ricorso alle tecniche in essa disciplinate.

Il riferimento è all'art. 8, legge n. 40/2004, in cui permane la differenziazione, già presente nelle norme codicistiche, fondata sulla presenza o meno del vincolo matrimoniale. Nel caso in cui il minore nasca da coppia coniugata, esso si considera figlio "*nato nel matrimonio*". Tale inciso normativo comporta l'applicazione delle regole generali di cui agli artt. 231 ss. codice civile e le presunzioni di paternità e concepimento *ivi* previste. Viceversa, nel caso in cui il minore nasca da coppia non coniugata, la medesima disposizione prevede che egli si considera figlio "*riconosciuto*" di coloro che hanno espresso "*la volontà di ricorrere alle tecniche medesime, ai sensi dell'art. 6*" [13]. Facendo esclusivo riferimento alla lettera della norma, nel caso in cui a ricorrere alle tecniche siano soggetti non coniugati, essa sembrerebbe di per sé attributiva dello *status filiationis* al nato da p.m.a. *post mortem*, alla condizione che, tuttavia, prima della morte, anche il padre biologico abbia espresso, nei modi di legge ed insieme alla sua *partner*, il consenso al ricorso alle tecniche procreative.

5. – Il problema dell'attribuzione dello *status* al nato da procreazione *post mortem* deriva proprio dalla previsione circa la presunzione di concepimento di cui all'art. 232 c.c.

---

della madre quanto del padre, dipendono esclusivamente da un atto volontario di riconoscimento da parte di entrambi i genitori, da effettuarsi nelle forme di cui all'art. 254 c.c. e cioè o nell'atto di nascita o, se fatto posteriormente alla nascita o al concepimento, con apposita dichiarazione innanzi all'Ufficiale di stato civile o tramite atto pubblico o testamento di qualsiasi forma. Solo in tal modo potrà sussistere piena corrispondenza tra il fatto riprodotto nell'atto dello stato civile, consistente nella nascita del figlio fuori dal matrimonio e nel suo riconoscimento da parte di uno o entrambi i genitori) e la situazione reale, altrimenti l'atto dello stato civile, che attribuisca al figlio il cognome paterno in assenza di apposita dichiarazione del genitore, sarebbe difforme dalla situazione quale è secondo la previsione del codice civile.

[13] Al fine di adeguare il consenso informato all'evoluzione delle tecniche procreative susseguitesi nel tempo, il legislatore è recentemente intervenuto con il Decreto 28 dicembre 2016, n. 265, in *G.U.* 17 febbraio 2017, n. 40, intitolato "*Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell'articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40*". Il testo normativo in questione ha definito, in modo analitico, gli elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato, i quali concernono non soltanto le implicazioni medico-scientifiche e le conseguenze del ricorso alla tecnica prescelta, ma anche i profili giuridici della stessa e la relativa disciplina. Per ciò che qui interessa, il consenso deve essere manifestato con apposita dichiarazione sottoscritta e datata da entrambi i richiedenti, congiuntamente al medico della struttura autorizzata a provvedere alla tecnica procreativa prescelta, in duplice copia di cui una verrà consegnata i richiedenti, l'altra verrà conservata presso la stessa struttura. A tal fine il decreto ha, inoltre, provveduto ad allegare il modello di dichiarazione di consenso informato per indicare la tecnica di procreazione medicalmente assistita proposta ai sensi della legge 19 febbraio 2004, n. 40.



Nulla quaestio se la nascita, sebbene successiva alla morte del padre biologico, avvenga comunque nel rispetto del termine di trecento giorni, in quanto in tale ipotesi l'accertamento dello *status* sarà "automatico" e l'Ufficiale di Stato Civile formerà l'atto di nascita con indicazione delle generalità del defunto e la conseguente attribuzione del cognome paterno, indipendentemente dal fatto che la nascita derivi dal ricorso ad una tecnica palesemente vietata dall'ordinamento giuridico. In tal caso, dunque, l'illiceità della tecnica procreativa non può in alcun modo pregiudicare l'acquisizione dello *status filiationis* da parte del nato.

La situazione è ben diversa nel caso in cui la nascita avvenga oltre il termine di trecento giorni previsto dall'art. 232 c.c.: in tal caso la presunzione di paternità non potrà, in alcun modo, operare. Alla luce dell'attuale disciplina, la formazione dell'atto di nascita da parte dell'Ufficiale di Stato Civile potrebbe avvenire esclusivamente a seguito dell'atto di riconoscimento, nelle forme sopra delineate, da parte di entrambi i genitori. Come risolvere l'*empasse* giuridico al fine di riconoscere la paternità al defunto (padre biologico) e attribuire il cognome paterno al nato da tecniche di p.m.a. *post mortem*, data l'ovvia impossibilità di procedere ad un atto di riconoscimento?

Punto di partenza necessario per rispondere a tale interrogativo è l'analisi dei rapporti circa la disciplina di accertamento dello *status* prevista dal codice civile e quella di cui alla legge n. 40/2004. Tale rapporto può essere inteso in termini di alternatività, nel senso che la disciplina di cui all'art. 8 legge n. 40/2004 sia sostitutiva di quella civilistica di cui agli art. 231 ss. c.c. e, dunque, di esclusiva applicazione, ovvero in termini di contestualità, nel senso che tale disciplina si inserisce comunque nel sistema di attribuzione dello *status* delineato dal codice civile. Consegue che, in tal caso, l'applicazione delle norme in esso contenute sarà sempre e comunque necessaria, il che implica, altresì, il rispetto dei requisiti ivi richiesti al fine di formare l'atto di nascita con indicazione di entrambi i genitori.

L'adesione all'una o all'altra soluzione comporta diverse conseguenze in relazione all'attribuzione dello *status filiationis* e alla formazione dell'atto di nascita. Qualora si aderisca alla prima soluzione, lo *status* di figlio verrebbe attribuito *ex lege* ed indipendentemete dalla sussistenza o meno del vincolo matrimoniale. Difatti, saranno genitori coloro che hanno manifestato il proprio consenso alla tecnica procreativa, nelle forme di cui all'art. 6 legge n. 40/2004; consenso che, pertanto, produrrebbe effetti non soltanto in relazione alla realizzazione delle tecniche procreative, ma altresì estesi all'attribuzione della paternità e della maternità. In tale ipotesi, il consenso del defunto padre biologico alla realizzazione della fecondazione *post mortem*, espresso per iscritto prima della mor-



te, sarebbe sufficiente affinché gli venga riconosciuta la paternità, con conseguente indicazione, da parte dell'Ufficiale di Stato Civile, all'interno dell'atto di nascita, delle sue generalità ed attribuzione del proprio cognome al nato. Il fatto che l'attribuzione dello *status* possa avvenire nonostante la nascita derivi dal ricorso ad una tecnica vietata dall'art. 5 legge n. 40/2004 (ma – si sottolinea – sanzionata esclusivamente a livello amministrativo, *ex* art. 12 della medesima legge) non costituirebbe di certo un ostacolo, né una novità, in quanto è lo stesso legislatore ad aver già previsto, in passato, l'applicazione dell'art. 8 legge n. 40/2004 a fattispecie da essa un tempo vietate [14].

Qualora si aderisca alla seconda soluzione, sebbene l'art. 8 legge n. 40/2004 preveda che i figli nati a seguito di p.m.a. si considerano "*nati nel matrimonio*" o "*riconosciuti*", a seconda che esista o meno il vincolo coniugale tra coloro che hanno ricorso alle tecniche, lo *status filiationis* non sarebbe attribuibile al nato a seguito di p.m.a. *post mortem* oltre il termine di trecento giorni di cui all'art. 232 c.c. A tal fine, la dottrina si divide ulteriormente tra chi ritiene che l'unica possibilità, per il figlio, di vedersi riconosciuta la paternità del defunto-padre biologico sarebbe quella di presentare domanda ai fini della

[14] Ci si riferisce all'applicazione di tale disciplina alle ipotesi di nascita da fecondazione eterologa. Per una sintesi delle diverse soluzioni applicative al caso di specie si veda CHECCHINI, *Accertamento e attribuzione della paternità*, Cedam, 2008, la quale sottolinea che: "*[…] atteso che la disposizione di cui all'art. 8 ha valenza generale, anche il nato da p.m.a. di tipo eterologo, benché in violazione di legge […] consegue lo status di figlio legittimo o di figlio riconosciuto dalla coppia in forza dell'art. 8. A favore di tale interpretazione si porrebbe l'esigenza preminente di tutelare la posizione del nascituro incolpevole, attuata attraverso il superamento dell'interpretazione del dato letterale […]*". Nota, inoltre, MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, 2006, *cit.* p. 275, che: "*la giurisprudenza aveva raggiunto soluzioni convincenti sui problemi che queste* (le tecniche vietate) *comportavano, in ordine al divieto di disconoscimento della paternità qualora il marito, che invocava l'estraneità fisica della vicenda procreativa, avesse consentito alla moglie di accedere alle tecniche di procreazione di tipo eterologo. Il contrasto, che si era posto in dottrina e in giurisprudenza, riguardava la rilevanza giuridica del consenso all'inseminazione eterologa in relazione all'esperimento dell'azione di disconoscimento della paternità ex art. 235 c.c., fondata sul dato certo della mancata discendenza genetica del genitore prima consenziente*". Sostiene fermamente la necessità di superare il dato normativo di cui agli artt. 231 e ss. NATALE, *infra*, nota 4, p. 531, secondo cui sarebbe inadeguato risolvere i problemi dello *status* facendo riferimento alla disciplina codicistica sulla filiazione. Si tratta di norme "tradizionali", formulate dal legislatore senza l'intento di provvedere alla loro applicazione al di fuori dei casi di filiazione naturale. L'A. ritiene che al nato da fecondazione *post mortem* dovrebbe attribuirsi lo status di figlio indipendentemente dal rispetto delle stesse e attraverso l'esclusiva applicazione dell'art. 8 della legge n. 40/2004. Anch'egli rileva che ciò sarebbe possibile in quanto la medesima norma, già in passato, ha trovato pur sempre applicazione ai fini della risoluzione dei problemi relativi allo *status filiationis* di figli nati con tecniche vietate dalla legge (ci si riferisce alla fecondazione eterologa). La soluzione proposta dall'A. si fonda sull'assunto in virtù del quale l'applicazione degli artt. 232 ss. c.c. porterebbe a risultati non univoci, in quanto "*verrebbe attribuito uno status diverso a seconda del tempo del concepimento*" (la diversità a cui l'A. si riferisce, a seguito della riforma della filiazione, va oggi riferita esclusivamente al profilo formale di attribuzione dello *status* e non anche a quello sostanziale, essendo previsto attualmente il c.d. "stato unico" di figlio).



dichiarazione giudiziale e chi, preferibilmente, ritiene che la soluzione più idonea sia l'applicazione dell'art. 234 c.c., il quale permette di provare che il figlio sia stato generato durante il matrimonio anche qualora sia nato oltre il termine di trecento giorni richiesto dalla legge per l'operatività della presunzione di paternità. Più specificamente, nel caso oggetto di analisi, tale prova sarebbe fornita allorquando la madre dimostri che la formazione dell'embrione sia stata precedente alla morte del *partner* e sia avvenuta anche su consenso di quest'ultimo. Tale impostazione è sostenuta fermamente da coloro i quali ritengono irrilevante la distinzione tra embrione e concepito, sulla considerazione che può parlarsi di concepimento ogni qual volta vi sia un'unione di gameti, maschili e femminili, anche semplicemente *in vitro* e indipendentemente dall'attecchimento dell'embrione nell'utero materno [15]. In tal modo, la formazione dell'embrione *in vitro* prima

[15] Senza pretese di esaustività, non essendo questa la sede opportuna, si ricorda l'annoso dibattito dottrinario circa la problematica distinzione, dal punto di vista giuridico, tra embrione e feto, ritenuta, da alcuni, irrilevante ai fini della tutela dei diritti. Ci si riferisce a PALMERINI, *La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole, il ricorso ai principi (nota a Trib. Palermo, 8 gennaio 1999)*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 1999, la quale sottolinea che: "*la tutela che è accordata per legge al prodotto del concepimento è infatti indifferenziata, e non permette di postulare una gradazione del livello di protezione della vita prenatale modulata sul grado di sviluppo dell'embrione prima e del feto poi. La stessa articolazione in periodi assunta dalla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza a fondamento di una disciplina diversificata si giustifica in ragione del fatto che l'avanzamento della gravidanza è stato giudicato dal legislatore come uno dei fattori incidenti sul bilanciamento di interessi che fonda la liceità, a determinate condizioni, dell'aborto. Ma di per sé non può essere riproposto laddove non si riproduca lo stesso conflitto tra interessi contrapposti regolamentato nella legge medesima*". Per un'analisi approfondita sul problema, si rimanda inoltre a FLAMIGNI, *Il pre-embrione e la fecondazione in vitro*, in *Le Scienze, Quaderni*, 1996, n. 88, 59; ZATTI, *La prospettiva del biologo (Lo statuto biologico dell'embrione)*, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana (Atti del Convegno di Verona 2-3-4 e 25.10.1986)*, 1987, 180, e BOMPIANI, *Fecondazione assistita e statuto dell'embrione. I primi sette giorni*, in *Fecondazione assistita: una proposta di legge da discutere (Atti di un incontro di studi, Pisa, 30.1-1.2.1997)* a cura di BUSNELLI-GENAZZANI-RIPEPE, Roma, 1998, 19). Sottolinea la necessità di un intervento legislativo in materia di statuto giuridico dell'embrione CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*, in *Fam. dir.*, n. 4, 1999, p. 386 ss, il quale effettua un interessante *excursus* dei diversi progetti di legge susseguitisi fino al 1999. Tra questi: Disegno di legge n. 1043 presentato alla Camera dei Deputati il 27 luglio 1994 su iniziativa dei deputati Chiaromonte ed altri, riprodotto nel testo della proposta di Saia e Nardini n. 2931 del 20 luglio 1995 e presentato anche al Senato il 21 aprile 1994 dai sen. Salvato ed altri; il disegno di legge n. 1124 presentato alla Camera dei Deputati il 3 agosto 1994 da Melandri ed altri; la proposta di legge n. 2671 di Poli Bortone ed altri del 14 giugno 1995 simile alla n. 1673 del 9 maggio 1995 dei sen. Pedrizzi ed altri. Cfr., altresì, sul punto, OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 499 ss.; ID., *Scienza, diritto e vita umana*, in *Riv. dir. civ*., 2002, I, 19 ss.; ID., *Declino del soggetto e ascesa della persona*, ibidem, 830; ID., *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in Atti Convegno Lincei, cit., 15 ss; e, da ultimo, ID., *Ancora su persona umana e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 259 ss.; ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 463 ss.; BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 533 ss.; PAPANTI PELLETIER, *Il problema della qualificazione soggettiva del concepito*, in *Procreazione assistita. Problemi e prospettive* (Volume di raccolta degli atti del Con-



della morte del *partner,* purché la donna non sia passata a nuove nozze, sarebbe elemento idoneo a provarne la paternità, *ex* art. 234 c.c. [16].

L'adesione a tale tesi potrebbe altresì essere risolutiva anche sotto il profilo dei diritti successori del nato. Difatti l'art. 462 c.c precisa che sono capaci di succedere coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione e che si presumono tali solo coloro che sono nati entro i trecento giorni dalla morte della persona della cui successione si tratta. Nella fattispecie oggetto di analisi, la nascita è avvenuta dopo il termine di cui sopra e successivamente alla data di apertura della successione, tale per cui unica so-

---

vegno di studi svoltosi a Roma presso l'Accademia dei Lincei il 31 maggio 2005, da adesso: Atti Convegno Lincei), Brindisi, 2005, 229 ss.

[16] Favorevoli a tale soluzione BALDINI, *Ricognizione dei profili problematici in tema di fecondazione assistita post mortem*, in *Rass. dir. civ.*, 1995; BIANCA, *Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto* a cura di FERRANDO, 1989; CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*, in *Fam. dir.*, 4, 1999: "*A rigore, applicando le presunzioni dettate per la disciplina della filiazione legittima* (carattere che permane oggi solo ai fini dell'attribuzione dello *status*) *sarebbe possibile dare la prova, prevista dall'art. 234 comma 1 c.c., che il figlio è stato generato durante il matrimonio*"; DOGLIOTTI, *infra*, nota 108: "*Se il figlio nasce successivamente* (ai trecento giorni) *potrebbe fornirsi un'interpretazione estensiva dell'art. 234 c.c.: i coniugi o i loro eredi possono dimostrare che il figlio è concepito nel matrimonio, ciò che forse equivarrebbe a dire che la vedova può provare che il figlio è nato dal seme del marito (anche se obiettivamente non si parlerebbe di concepimento nel matrimonio). Tutto ciò evidentemente purché la moglie non passi a nuove nozze, nel qual caso una fecondazione con il seme del marito defunto avrebbe effetti analoghi a quelli di una congiunzione carnale con l'ex coniuge o qualsiasi terzo rispetto al marito.*"*;* ID, *Inseminazione artificiale. Problemi e prospettive*, in *Giur. it.*, 1985, IV; FORTUNATO, *Profili giuridici dell'inseminazione artificiale*, *Nuova giur. civ. comm.*, 1990; PALMERINI, *op. cit.*: "*La preferenza […] si giustifica allorché si consideri che l'attribuzione dello status di legittimità, oltre a poggiare su una base testuale suscettibile di essere sottoposta ad interpretazione evolutiva, consente di rimanere coerenti ai principi assunto dal legislatore a fondamento della disciplina della filiazione, quali il principio di verità, da un lato, e il tradizionale favor legitimitatis, dall'altro, i quali stavolta si orientano, a differenza delle altre ipotesi, verso la medesima soluzione. Né la circostanza che la gravidanza sia iniziata dopo il decesso del marito si risolve in una forzata attribuzione della paternità nei suoi confronti, poiché la formazione degli embrioni è avvenuta con il concorso della sua volontà. Se è vero che il consenso non ha potuto essere riprodotto al momento dell'impianto degli embrioni, non può tralasciarsi di sottolineare il rilievo che assume l'iniziale manifestazione di volontà favorevole alla formazione degli embrioni stessi, il cui carattere impegnativo è maggiormente apprezzabile rispetto alla donazione del seme destinato alla fecondazione di una donna determinata.*". Dubbi sull'attribuzione dello *status* in questione si riscontrano nella dottrina più risalente, in particolare in OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. Dir. civ.*, 2005, 1, p.105, secondo il quale: "*chi decede dopo la formazione dell'embrione è da equiparare a chi decede dopo il concepimento*"; VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, nel *Trattato Vassalli*, III, 2, Torino, 1987, p.324, il quale sostiene che, nel caso in cui l'embrione formato in precedenza venga trasferito dopo la morte dell'uomo, "*si ha un'autofecondazione della donna, non un concepimento*". Contrari a tale interpretazione dell'art. 234 c.c. COMPORTI, *Ingegneria genetica e diritto. Profili costituzionalistici e civilistici*, in *Manipolazioni genetiche e diritto* (Atti del XXXV Convegno di studio dell'UGCI, Roma, 7-9.12.1984), in *Quaderni di Iustitia*, n.34, Milano, 1986; LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità,* Padova, 1993.



luzione sarebbe quella di provare che la formazione dell'embrione *in vitro* sia avvenuta in data precedente alla morte del *de cuius* – padre biologico. Tali considerazioni concernono ovviamente la sola successione legittima, essendo nella piena libertà del testatore istituire eredi anche soggetti non ancora concepiti alla data di apertura della successione, nel rispetto di quanto previsto dallo stesso art. 462, c.3. c.c. in forza del quale posso ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti.

6. – In materia va ricordata la contraria posizione della Corte di Cassazione [17], ancorata alla nozione di concepimento nella sua tradizionale accezione, ossia identificata nel momento in cui l'ovulo fecondato attecchisce nell'utero materno, la quale ritiene che l'adesione alla teoria innovativa in merito all'applicazione dell'art. 234 c.c. comporterebbe una disparità di trattamento immotivata in relazione alla situazione giuridica del nato a seconda del tipo di procreazione medicalmente assistita eseguita ed a seconda del momento di formazione dell'embrione (prima o dopo la morte del partner).

Le posizioni dottrinali già segnalate, rispecchiatesi altresì nella scarna giurisprudenza di merito [18], appaiono tutt'oggi inconciliabili, il che non deve meravigliare, in considerazione della complessa necessità di bilanciare la certezza e la stabilità dello *status filiationis* e la sua corrispondenza a verità.

Certo è che figlio, oggi, non è più colui che nasce esclusivamente da un atto naturale di concepimento, ma colui che viene al mondo anche attraverso le più moderne tecniche di fecondazione, lecite o illecite che siano per il nostro ordinamento. Non si può non te-

---

[17] Cass. civ., Sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000, p. 28: la tesi che ritiene irrilevante la distinzione tra embrione e concepito "*oltre a fondarsi su una interpretazione del concepimento sensibilmente distante rispetto alla sua accezione tradizionale, che lo identifica con il momento nel quale l'ovulo fecondato attecchisce nell'utero materno, finisce con il distinguere immotivatamente la situazione giuridica del nato a seconda del tipo di tecnica di procreazione medicalmente assistita che sia stata eseguita, essendo possibile congelare e conservare a lungo non solo l'embrione ma anche il liquido seminale e potendosi, pertanto, ipotizzare che la stessa fecondazione avvenga solo dopo la morte del marito*".

[18] Ci si riferisce a Trib. Messina, Sez. I, decreto civ. 3 novembre 2015, n. 21899, primo in Italia sul tema di cui trattasi, il quale, considerando quale *leit motiv* dell'innovativa pronuncia i diritti del nato, ha aderito alla tesi dell'esclusiva applicazione dell'art. 8 legge n. 40/2004 e al conseguente "*acquisto legale dello stato di figlio riconosciuto*" di coloro i quali hanno espresso il consenso alle tecniche procreative, ordinando la rettifica dell'atto di nascita da parte dell'Ufficiale di stato civile, ed alla pronuncia di primo grado ad opera del Trib. Ancona, sez. I, decreto civ. 19 luglio 2017, n. 3301, dal cui rigetto della domanda, tanto in tal sede quanto in appello, è scaturito il ricorso in Cassazione di cui oggi si tratta, il quale, in modo diametralmente opposto, ha aderito alla tesi dell'esclusiva applicazione dell'art. 232 c.c.



nere conto della mutata realtà familiare e genitoriale e rimanere ancorati al dato normativo il cui sostrato è rappresentato dalla famiglia "tradizionale", "fondata sul matrimonio" e "bigenitoriale", in quanto ciò significherebbe non tutelare il diritto all'identità personale e all'infanzia del nato [19]. In base agli art. 2 e 30 Cost. il nato ha infatti diritto non solo di crescere nella propria famiglia, ma anche di avere certezza circa la sua provenienza biologica [20].

Si è sottolineato, in sede di merito [21], che la finalità di "coerenza al sistema normativo" renderebbe impossibile l'interpretazione dell'art. 8 legge n. 40/2004 come "*acquisto legale dello status di figlio naturale riconosciuto ex lege*", perché ciò confliggerebbe con la *ratio* della summenzionata legge e con il divieto (presunto) di procreazione *post mortem* di cui all'art. 5 in essa contenuto. Non può tuttavia dimenticarsi che la reale finalità della legge, espressa all'art. 1, è quella di "*tutelare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito*" e che proprio lo stesso legislatore, in modo totalmente incoerente rispetto al dato normativo della legge in questione, ha previsto da un lato, l'espresso divieto di ricorrere alla fecondazione eterologa e, dall'altro, l'applicazione necessaria dell'art. 8 al fine di tutelare lo *status* del nato.

Alla luce di ciò, l'art. 8 della legge n. 40 non deve ritenersi applicabile alle sole fattispecie di procreazione lecita, ma anche all'ipotesi di procreazione *post mortem* illecita che, tra l'altro, integra un caso di fecondazione omologa in cui è sicuro il legame geneti-

---

[19] Il vero fondamento dello *status* di figlio si ritrova, oggi, non più nel matrimonio, ma nella generazione. In tal senso, FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 10/2015, la quale sottolinea che l'introduzione dello *status* unico di figlio dimostra che il baricentro della famiglia si è spostato in due diverse direzioni: sulla generazione, in quanto il matrimonio ha perso il potere di conferire legittimità ai rapporti parentali, essendo la generazione a far si che il figlio entri a far parte della famiglia del genitore, e sulla filiazione, in quanto vi può essere una famiglia in assenza di matrimonio e la nascita di figli da diverse relazioni sentimentali determina la coesistenza di nuclei familiari eterogenei, che prescindono dal vincolo matrimoniale. Come è stato autorevolmente osservato, la famiglia è "*a geometria variabile*" e si è assistito, nel tempo, alla transizione dalla "*famiglia fondata sul patrimonio*", a quella "*fondata sul matrimonio*", a quella "*non fondata sul matrimonio*" e, da ultimo, alla "*famiglia non convenzionale*" (Ci si riferisce a MAZZÙ, *La nuova famiglia: dalla struttura alla funzione*, in *www.comprazionedirittocivile.it*; ID., *La famiglia degli affetti*, in *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, Torino, 2011); SCALISI, *La famiglia e le famiglie*, in *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014. A tal proposito, osserva SCALISI, in *Le stagioni della famiglia*, che: "*La famiglia ha vissuto almeno tre grandi stagioni: la stagione dei codici, caratterizzata dall'esclusività del modello matrimonialistico, struttura patriarcale e disparità di posizioni soggettive; la stagione costituzionale, caratterizzata da una famiglia ordinata sulla parità e la solidarietà in funzione esplicativa della persona e la stagione attuale che vede riflettersi sulla famiglia il processo di integrazione giuridica europea*".

[20] Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946 in *www.questionegiustizia.it*.

[21] Trib. Ancona, n. 3301/2017, in nota 18.



co che consentirebbe l'instaurazione del rapporto di filiazione. A sostegno di tale soluzione non può non sottolinearsi che, con riferimento esclusivo al dato normativo, l'art. 8 in questione non contiene alcun richiamo agli artt. 4 e 5, con i quali si definiscono i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche procreative e ciò dimostrerebbe la preminenza della tutela degli interessi del nascituro rispetto alla garanzia di liceità delle tecniche accessibili nel nostro ordinamento.

Il dato normativo, in realtà, può definirsi "*sostanzialmente neutro*", non esistendo, all'interno del codice civile, alcuna norma da cui si deduca che, nella procreazione medicalmente assistita, i principi generali previsti dal codice civile in materia di attribuzione dello *status* debbano essere di esclusiva applicazione. Inoltre, controbattendo a chi ritiene, al contrario, che tale soluzione sarebbe desumibile dalle disposizioni di cui all'art. 9, commi 2 e 3, legge n. 40/2004, i quali prevedono l'impossibilità di anonimato della madre e l'impossibilità di qualsiasi relazione giuridica tra donatore e figlio nel caso di fecondazione eterologa, deve rilevarsi che tali disposizioni, più che "*presupporre l'operatività dei principi generali*", siano proprio testimonianza delle profonde differenze tra procreazione naturale e procreazione medicalmente assistita. Se, difatti, nel primo caso, potrebbe giustificarsi la volontà della madre biologica di rimanere anonima, nel secondo caso ciò sarebbe inammissibile e illogico, in quanto lo stesso consenso alle tecniche procreative e la volontà di ricorrervi addirittura all'estero e in violazione dei divieti previsti dall'ordinamento, manifesterebbero, di per sé, non solo il semplice desiderio di genitorialità, ma anche e soprattutto una "*responsabilità*" in senso giuridico[22], nei confronti di quel figlio desiderato a qualunque costo. Alla luce di tali considerazioni, nonché tenendo a mente le esigenze di "*tutela del diritto della persona umana alla propria identità, la quale, come sottolineato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, comprende l'identi-*

[22] Ossia della c.d. "*responsabilità genitoriale*" introdotta, in un primo momento, a livello europeo (reg. n. 2201/2003) in materia di procedimenti di separazione e divorzio e, successivamente, in Italia mediante il d.lgs. n. 154/2013, attuativo della legge di riforma della filiazione (legge n. 219/2012). Sotto il profilo terminologico, con il termine responsabilità (sostitutivo del precedente "potestà") genitoriale si indica una "*situazione giuridica complessa idonea a riassumere i doveri, gli obblighi e i diritti derivanti per il genitore dalla filiazione che viene a sostituire il tradizionale concetto di potestà*" (BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, V ed., Milano, 2014, cit., p. 343). Questa modifica terminologica sta, dunque, ad indicare che il rapporto genitori – figli deve essere considerato avendo riguardo al punto di vista esclusivo del figlio, il che implica che i genitori devono tenere un comportamento responsabile nella fase prenatale, durante la vita familiare e anche durante un'eventuale crisi coniugale. Nel caso di figlio nato fuori dal matrimonio, la responsabilità genitoriale incombe sui genitori che hanno effettuato il riconoscimento, a differenza del passato, in cui si prevedeva che la potestà genitoriale spettasse esclusivamente al genitore convivente. Cfr, sul punto, AL MUDEREN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 5, 2014.



ficazione del proprio status di figlio di determinati genitori", nel caso in cui il defunto abbia espresso il proprio consenso alle tecniche procreative, nel rispetto delle forme di cui all'art. 6, e ciò sia dimostrato dalla madre in sede di dichiarazione dell'evento nascita all'Ufficiale di stato civile, quest'ultimo non potrebbe esimersi dalla formazione dell'atto di nascita con indicazione delle generalità di entrambi i genitori e con attribuzione del cognome paterno.

Opina dunque la Suprema Corte che, nell'ipotesi sopra prospettata, il nato deve avere come padre colui che ha espresso il consenso *ex* art. 6 sopra citato, senza mai revocarlo, dovendosi in tale momento individuare la scelta consapevole della genitorialità. Inoltre, nell'ottica del preminente diritto all'identità personale del nato, anche qualora il consenso prestato non rispetti tutti i requisiti ivi prescritti, ma la procreazione comunque avvenga, deve ritenersi sufficiente il consenso anche solo mediante atti concludenti, come si desume dal disposto dell'art. 9 della legge n. 40/2004.

Il principio chiarificatore enucleato dalla Corte è, dunque, che "*l'art. 8 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante lo status giuridico del nato a seguito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita è riferibile anche all'ipotesi di fecondazione omologa post mortem avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo aver prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge, e senza che ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo suddetto. Ciò pure quando la nascita avvenga oltre il termine di trecento giorni dalla morte del padre*".

7. – Come dimostrato dalla diversità di soluzioni prospettate tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, la mancanza di posizioni legislative chiare ed oggettive ha, fino all'intervento innovativo della Corte di Cassazione, comportato l'impossibilità di risolvere in maniera univoca il problema dell'attribuzione dello *status* del nato a seguito di tecniche di procreazione assistita *post mortem* e possibili disparità di trattamento tra figli nati dalla stessa tecnica procreativa, a seconda della tesi a cui il giudice investito della questione ha deciso di aderire nella risoluzione del caso concreto. Si è finito, dunque, per attribuire ai giudici un potere di normazione di fatto che dovrebbe spettare al legislatore ogni qual volta i mutamenti della realtà sociale impongano prepotentemente la necessità di bilanciare interessi tradizionali e interessi nuovi. Se tali mutamenti si ravvisano, come



analizzato, nella famiglia, formazione sociale per eccellenza e nucleo fondante il nostro ordinamento, non pare possibile rimanere ancorati ad un dato normativo il cui sostrato è rappresentato dalla famiglia tradizionale, come dimostra oggi l'applicazione concreta della normativa di cui agli artt. 231 ss. c.c. a fattispecie di nascita "non convenzionali".

Oltretutto, se in caso di filiazione naturalmente intesa il mancato rispetto del termine di trecento giorni, per considerare il figlio "*nato nel matrimonio*", legittimerebbe il sorgere di ovvi dubbi sul legame biologico tra nato e marito (*rectius: partner*) della donna, potendosi ovviamente ipotizzare una relazione extraconiugale della stessa, ciò non sarebbe mai discutibile in caso di filiazione derivante da procreazione *post mortem*.

Perché rinunciare al *favor filiationis* esclusivamente per il mancato rispetto della prescrizione temporale di cui all'art. 232 c.c., manifestamente di superflua applicazione al caso di specie, quando è proprio il *favor filiationis* ad essere elemento fondante l'intera disciplina normativa, spesso anche a discapito della verità biologica? Perché negare lo *status filiationis* nell'unico caso in cui "*non è mai ipotizzabile un contrasto tra favor veritatis e favor minoris*"?

Il minore verrebbe privato, per la seconda volta, della possibilità di avere un padre.

In tale ottica, qualora non voglia ammettersi la liceità della fecondazione *post mortem*, seppur limitatamente al solo caso di impianto di embrione già formato quando entrambi i membri della coppia erano viventi e consenzienti a tale pratica [23], rimane un dovere del legislatore disciplinare la fattispecie vietata sotto il profilo esclusivo di attribuzione dello *status filiationis*, attribuendo al consenso di cui all'art. 6 legge n. 40 del 2004 gli effetti di un riconoscimento preventivo al fine della formazione dell'atto di nascita, con indicazione della paternità del defunto ad opera dell'Ufficiale di Stato Civile il cui operato, in relazione al caso analizzato ed allo stato normativo attuale, non può che considerarsi pienamente legittimo. Ciò al duplice fine di evitare disparità di trattamento, basate sul momento temporale della nascita, tra figli nati dalla medesima tecnica procreativa, e di attenuare le conseguenze pregiudizievoli nei confronti del nato, soggetto totalmente incolpevole rispetto alle scelte genitoriali, il cui interesse preminente, al momento della nascita, non può che atteggiarsi quale diritto allo *status* e all'identità personale.

---

[23] In tal senso si segnala l'innovativa pronuncia del Trib. Lecce, ord. 24 giugno 2019, n. 2190 con nota di Diletta Giunchedi "*L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito*", in *www.GiustiziaCivile.com*, fasc. 10 dic. 2019, con cui è stato accolto il ricorso cautelare azionato dalla vedova ricorrente, ordinando il trasferimento intrauterino degli embrioni conservati nel centro medico, ove era avvenuta la fecondazione degli ovuli della donna con il seme proveniente dal marito, nonostante la sopravvenuta morte di quest'ultimo, ritenendosi soddisfatto il requisito della sussistenza in vita della coppia, prescritto dall'art. 5 della legge n. 40/2004, che si riferirebbe, secondo il Tribunale, solo al tempo della formazione dell'embrione e quindi dell'accesso alle tecniche di p.m.a.