JUS CIVILE

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



4-2022

luglio-agosto

G. Giappichelli Editore

ISSN 2281-3918/2421-2563

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

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

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

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

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

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

JUS CIVILE



INDICE

pag.

Articoli e Saggi

Dalla comune intenzione delle parti allo scopo del contratto. Riflettendo sull'art. 1362, comma 1, cod. civ. [**]
di *Raffaele Caprioli* 796

La responsabilità medica tra novità legislative e recenti indirizzi giurisprudenziali[*]
di *Anna Maria Siniscalchi* 808

Lo *smart contract* e il diritto dei contratti [*]
di *Maria Francesca Tommasini* 831

Digitalizzazione, protezione dei dati e terzo settore [*]
di *Giuliana Amore* 863

Il consenso nel mercato dei dati personali. Considerazioni al tempo dei big data [*]
di *Alessandro Purpura* 891

Verso l'Euro digitale: la moneta legale nell'epoca della digitalizzazione [*]
di *Giuseppe Marino* 917

Il recesso del consumatore tra formazione del contratto e *commodus discessus* [*]
di *Francesco Castronovo* 929

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

[*] Contributo sottoposto a revisione [*]

JUS CIVILE



pag.

Nullità di clausole abusive, interpretazione e (limitato) ruolo del giudice in sede di integrazione contrattuale nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo *

di *Martina D'Onofrio* 941

Decisione algoritmica, Black-box e AI etica: il diritto di accesso come diritto a ottenere una spiegazione *

di *Emiliano Troisi* 953

Mantenimento del figlio e spese straordinarie tra interesse del minore e accordo dei genitori *

di *Carlotta Ippoliti Martini* 976

Giochi pubblici e diritto privato. Appunti da uno studio *

di *Maria Pia Pignalosa* 984

Giurisprudenza

Abbandono di rifiuti e obblighi di bonifica in capo al detentore qualificato tra normativa ambientale e disciplina concorsuale. Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 14 marzo 2022, n. 1763 *

di *Massimo Galletti* 1023

Cessione del credito e nullità di protezione (sulla circolazione degli statuti asimmetrici). Corte di Giustizia UE, sez. I, 18 novembre 2020, C-519/19*

di *Valeria Confortini* 1046

Scelta del rimedio e sua convenienza: il caso dei finanziamenti in valuta straniera ai consumatori. Corte di Giustizia UE, Sez. VI, sentenza 2 settembre 2021, C-932/19*

di *Federico Pistelli* 1060

Il Consiglio di Stato conferma l'abuso di posizione dominante di moby/cin. si apre la fase del *private enforcement antitrust*? Consiglio di stato, sez. VI, sent. 1 aprile 2021, n. 2727*

di *Carlo Attanasio* 1075

JUS CIVILE



pag.

Recensioni

Recensione su A. di Majo, *Obbligazioni e tutele*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. XIII-289*
di *Ettore Battelli* 1101

JUS CIVILE



RAFFAELE CAPRIOLI

Professore ordinario di Istituzioni di Diritto privato – Università di Napoli Federico II

DALLA COMUNE INTENZIONE DELLE PARTI ALLO SCOPO DEL CONTRATTO

RIFLETTENDO SULL'ART. 1362, COMMA 1, COD. CIV. *

SOMMARIO: *1. L'interpretazione del contratto secondo la comune intenzione delle parti. Un profilo storico. – 2. Accordo e regolamento. Le fonti del regolamento contrattuale. – 3. Sulle ragioni e obiettivi della eteroregolamentazione: a) tutela del mercato e di interessi di categoria (risparmiatori e consumatori-utenti). – 4. b) La recente normativa per la riduzione del rischio sismico e l'efficientamento energetico dei fabbricati. Promozione dell'interesse pubblico. – 5. c) Prosecuzione dell'attività d'impresa ed estensione dell'efficacia del regolamento a terzi estranei all'accordo. – 6. Intenzione comune delle parti e* ratio contractus*. Lo scopo del contratto. Interessi individuali dei contraenti e interessi generali della collettività.*

1. – La premessa è che si ritenga tuttora utile una disciplina generale del contratto, pur nell'articolata varietà di figure contrattuali immesse nel circùito delle relazioni giuridiche dal legislatore o dall'iniziativa dei privati [1]. E che l'impiego delle regole interpretative legali serva a ricostruire il senso dell'accordo o, per meglio dire, il significato giuridicamente rilevante di un determinato regolamento contrattuale [2].

Ho volutamente utilizzato tre diverse espressioni: contratto, accordo e regolamento contrattuale per richiamare la polisemìa della parola "contratto" che, pur senza essere enfatizzata, richiede, comunque, che si conservi chiara la distinzione tra la categoria giuridica di riferimento, la fattispecie da cui ha origine il vincolo contrattuale e il regolamento del rapporto giuridico patrimoniale che, in ogni caso, non è riconducibile alla sola volontà dei contraenti.

Secondo una ricostruzione storica che tende ad escludere l'ipotesi di una ideale continuità tra contratto romano e contratto moderno, nella dottrina francese del XVII secolo può rintracciarsi la sostanziale equivalenza dei termini "contratto" e "convenzione", e il convincimento che sia la volontà degli uomini a dettare le

---

* Il testo riproduce la relazione tenuta nell'incontro di studio «Nuovi profili dell'interpretazione del contratto», svoltosi nell'Università Federico II di Napoli il 12 novembre 2021, con i necessari aggiornamenti e l'aggiunta delle note. Ed è destinato agli "Scritti per il centenario della nascita di Renato Scognamiglio".

[1] Al tema è stato dedicato, nei giorni 29 novembre-1° dicembre 2021, in Roma, l'incontro di studio *"Il contratto o i contratti?"*, promosso dall'Accademia Nazionale dei Lincei e dalla Scuola Superiore della Magistratura, dal quale è emersa la persistente utilità di una disciplina generale, che richiede, comunque, un aggiornamento ed una costante integrazione tra regole generali e regole speciali dettate per la disciplina dei singoli contratti.

[2] Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, III ed., Milano, 2019, 374, per il quale «interpretare il contratto vuol dire accertare il significato di ciò che le parti hanno disposto, *ossia accertare il contenuto sostanziale del contratto*» (corsivo nel testo), inteso come «regolamento voluto dalle parti» (p. 286).



regole dell'accordo e a stabilirne gli effetti. Tutto questo viene visto come «una conseguenza naturale dell'ordine della società civile e dei legami che Dio forma tra gli uomini» i quali, attraverso le convenzioni, si obbligano non soltanto a quanto in esse è espresso, ma a «tutto ciò che richiede la natura delle convenzioni e agli effetti stabiliti dall'equità, dalle leggi, dagli usi»[3]. In questo ordine naturale la parola corrisponde al pensiero e l'intenzione dei contraenti emerge chiaramente dalle parole usate per l'accordo. L'operazione ermeneutica è sostanzialmente ancorata al significato letterale delle parole e, nei casi dubbi, l'intenzione si desume dal senso comune che esse hanno e dagli usi linguistici che forniscono alla convenzione un significato verosimile[4].

Queste idee influenzano fortemente i redattori del codice napoleone, ma con una importante innovazione introdotta nel XVIII secolo in materia di interpretazione delle convenzioni, dove si afferma la prevalenza dell'intenzione comune sulle parole, anche in assenza di dubbio sul significato letterale. La regola formulata da R.J. Pothier, secondo la quale "nelle convenzioni si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti, piuttosto che il senso grammaticale delle parole"[5], viene riprodotta testualmente nell'art. 1156 cod. nap. Da questo passa nell'art. 1131 del cod. civ. italiano previgente in cui la parola "conventions" viene sostituita dalla parola "contratti" e la locuzione "plutôt que" viene sostituita con "anziché", ed infine nell'art. 1362, 1° comma, del nostro codice vigente, in cui scompaiono le congiunzioni "piuttosto che" ed "anziché", e con esse ogni indice di preferenza o di alternatività tra la comune intenzione dei contraenti e il senso letterale delle parole, che vanno invece considerati come elementi essenziali e complementari del procedimento ermeneutico.

Merita, comunque, una specifica segnalazione il 1° comma dell'art. 1188 cod. civ. fr., vigente dal 1° ottobre 2016, in cui il linguaggio del legislatore appare più adeguato ai tempi moderni non soltanto per la sostituzione della parola "convenzione" con la parola "contratto", ma soprattutto per l'uso del tempo presente: «il contratto si interpreta secondo la comune intenzione delle parti», invece del tempo passato adoperato nel testo previgente: «nelle convenzioni occorre ricercare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti», con una significativa allusione al regolamento persistente nel tempo in cui si procede all'interpretazione piuttosto che all'accordo tra i contraenti come evento ormai definitivamente verificatosi.

---

[3] Le frasi riportate tra virgolette sono di J. DOMAT, *Le lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), come riferite da M. BRUTTI, *La teologia giuridica di Jean Domat,* in *Specula juris, An International Journal on Legal History and Comparative Jurisprudence,* I, 2021, rispettivamente 181 e 183. L'intreccio tra le varie forme del *contrahere* e la nozione di *conventio* si rinviene già nell'esperienza giuridica antica (M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole,* Torino, 2017, 31), ma non procede secondo uno sviluppo lineare. Perché «i significati e la disciplina che assumono le nozioni di contratto e di accordo cambiano profondamente entro la tradizione europea» nel corso dei secoli, tra salti storici, distanze ideologiche e normative che conferiscono alle vicende dell'ermeneutica contrattuale il carattere della discontinuità (ID., *op. cit*., 32 ss.; cfr. 103 ss.). Mentre, secondo la ricostruzione storica qui seguita, soltanto nel XVII secolo, nell'opera di Jean Domat, può dirsi che «la differenza tra *contrahere* e *convenire* è venuta meno» (p. 110) e la parola «convenzione» si presta ad indicare ogni sorta di contratti.

[4] M. BRUTTI, *Interpretare i contratti,* cit., 111 s.

[5] M. BRUTTI, *Interpretare i contratti,* cit., 119, esaminando l'Opera di R. J. POTHIER, *Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae,* pubblicata tra il 1748 e il 1752, rileva che l'Autore, trattando *De conventionum interpretatione*, denomina i soggetti «*contrahentes* e ricorre, con una portata generale, il termine *contractus,* ormai del tutto sovrapponibile a *conventio*». Ed evidenzia che «nel *Traité des obligations,* pubblicato in due volumi tra il 1761 e il 1764, Pothier supera il quadro teorico espresso nelle *Pandectae.* Le regole che adesso enuncia collocano in primo piano l'intenzione comune dei contraenti» (p. 122), che costituisce una componente concreta della vicenda contrattuale ed è fonte di conseguenze giuridiche.



2. – Proprio muovendo dalla distinzione tra accordo e regolamento io credo che debba essere discussa la questione riguardante l'attualità del dettato dell'art. 1362, 1° comma, cod. civ. [6].

Se, infatti, si può condividere l'opinione che l'indagine sulla comune intenzione delle parti costituisca fondamentale strumento interpretativo [7], è più difficile ammettere che oggetto dell'interpretazione sia l'accordo raggiunto dalle parti [8]. Né può bastare il chiarimento che propriamente oggetto dell'interpretazione è «il complesso delle regole che le parti hanno col contratto poste» [9], perché il regolamento contrattuale risulta formato da una pluralità di fonti, pubbliche e private [10], da cui provengono regole che concorrono con quelle dettate dai contraenti a disegnare un complessivo assetto d'interessi, che non di rado travalica le sfere giuridiche individuali dei soggetti stipulanti coinvolgendo, talvolta anche riguardo agli effetti diretti, soggetti estranei all'accordo contrattuale. Regole che non possono essere ignorate da chi, attraverso l'interpretazione del contratto, si propone di comprendere il significato giuridicamente rilevante dell'intero regolamento e delle clausole che lo compongono.

Con ciò, ovviamente, non si vuole sostenere una nuova ed eversiva nozione di contratto, che resta essenzialmente atto di autoregolamento di interessi privati [11], ma si vuole sottolineare la crescente diffusione del fenomeno consistente nella costruzione del complessivo regolamento contrattuale ad opera di una pluralità di fonti non riconducibili alla volontà delle parti contraenti [12].

La dottrina francese del 'seicento', nella già ricordata visione che colloca le convenzioni tra gli uomini nell'ordine naturale della società civile e dei legami che Dio forma tra gli esseri umani, aveva già enunciato la regola che le convenzioni obbligano non solo a quanto in esse è espresso, ma anche a tutto ciò che richiede la loro natura, e agli effetti stabiliti dall'equità, dalle leggi, dagli usi [13]. Il codice napoleone riprende la regola nell'art. 1135 [14] che rappresenta il modello a cui si adegua l'art. 1124 cod. civ. italiano previgente, in cui

---

[6] A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (Lo jus variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche),* in *Riv. dir. civ.,* 2016, 141, sottolinea che nel diritto dei consumi si assiste «allo slittamento sistematico dall'area del consenso all'*oggettività* del rapporto» e «allo scarto logico tra determinazione all'acquisto e regolamento contrattuale». Ma, come risulterà dal prosieguo del discorso, il fenomeno descritto è sempre più diffuso nell'attuale diritto dei contratti anche al di là dell'ambito consumeristico.

[7] N. IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996, 37; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale,* IV ed., Torino, 2014, 169 in nota 125.

[8] N. IRTI, *Testo e contesto*, cit., 36/37; con posizione condivisa da A. CATAUDELLA, *I contratti,* cit., 169 in nota 125.

[9] A. CATAUDELLA, *I contratti,* cit., 169 in nota 125, in piena coerenza con la tesi che il contenuto del contratto è costituito da tutte le determinazioni poste in essere dalle parti per regolare i propri interessi (Id., *Sul contenuto del contratto,* rist. inalt., Milano, 1974, 18 ss.).

[10] Riguardo a queste ultime U. BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale,* in *Enc. dir., Annali,* III, Milano, 2010, 421, ricorda «l'autoregolazione di soggetti collettivi anche al di là della storia e dell'esperienza degli ordinamenti intersindacali», richiamando alcuni casi di regolazione collettiva tra imprese e gli accordi tra le organizzazioni della proprietà edilizia e le organizzazioni dei conduttori. Per altre manifestazioni, in ambito contrattuale, dell'autonomia regolamentata e collettiva, tra le quali rientra anche la vasta regolazione collettiva dei rapporti economici nel settore dello sport organizzato, v., *infra*, par. 3.

[11] V., per tutti, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* 3ª rist. corr. della 2ª ed., Torino, 1960, 51 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico,* II ed., Napoli, 1969, 100 ss.; Id., *Contratti in generale,* in *Trattato di Dir. civ.*, G. GROSSO, F. SANTORO-PASSARELLI, III ed., Milano, 1972, 9 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti,* cit., 19 ss.

[12] Sui nuovi significati delle autonomie e delle eteronomie e sull'intreccio tra fonti private e fonti pubbliche nella disciplina del rapporto contrattuale nell'attuale momento storico, v. U. BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale,* cit., 394 e ss., in particolare, 420 s. Cfr. G. ALPA, *Contratto, I, La disciplina del codice civile,* 2018, in *"Diritto on line"*, in *www.treccani.it/enciclopedia/contratto*, che sintetizza il rapporto tra autonomia ed eteronomia nella costruzione del regolamento contrattuale definendo il contratto come «il precipitato della espressione della volontà delle parti e dell'intervento autoritativo dell'ordinamento».

[13] V. ampiamente sul punto M. BRUTTI, *La teologia giuridica di Jean Domat*, cit., 183, testo e nota 102.

[14] Sostanzialmente riprodotta nell'art. 1194 cod. civ. fr., in vigore dal 1° ottobre 2016, omettendo il riferimento alla natura dell'obbligazione.



compare l'obbligo di esecuzione secondo buona fede e scompare il riferimento alla natura dell'obbligazione, con un testo che possiamo leggere oggi sdoppiato negli artt. 1374 e 1375 cod. civ. vigente.

Sempre la norma è posizionata nel paragrafo, nella sezione o nel capo intitolato agli effetti del contratto (o delle obbligazioni nel cod. nap.). Ma la dottrina dà il suo prezioso contributo per una sua più convincente collocazione sistematica [15]. La legge, gli usi, l'equità non sono soltanto fonte di conseguenze giuridiche non previste dagli autori dell'atto, ma sono propriamente fonti di integrazione del regolamento negoziale che risulta prodotto, nel suo insieme, da diversi fattori in vista della realizzazione o della protezione di interessi che possono aggiungersi all'iniziale intento pratico considerato dalle parti contraenti [16].

Occorre, quindi, prendere atto, per proseguire proficuamente il discorso, che il regolamento contrattuale, anche se risulta corrispondente alla comune intenzione delle parti, può contenere elementi ulteriori rispetto a quelli inseriti dai contraenti [17]. Perciò, se il compito dell'interpretazione contrattuale consiste nella comprensione del significato giuridicamente rilevante del regolamento [18], questo significato potrà essere compreso soltanto se si considera il regolamento nel suo complesso, vale a dire, sia in relazione alle clausole volute dalle parti, sia in relazione agli elementi del regolamento che provengono da fonti estranee alla volontà delle parti contraenti. Capaci, talvolta, di indirizzare il contratto verso il soddisfacimento di esigenze di un determinato tipo di mercato (par. 3), o di renderlo idoneo anche alla realizzazione di obiettivi di interesse generale (par. 4), oppure di estenderne l'efficacia diretta nei confronti di soggetti diversi dai contraenti (par. 5).

3. – L'incontro tra le esigenze del mercato e il diritto dei contratti, con la connessa tutela del risparmio e del consumo, ha condotto ad una fitta disciplina giuridica delle operazioni compiute nei mercati regolamentati con norme di vario livello, promananti da autorità europee o statali o frutto di regolamentazione prodotta da Enti privati ad esse istituzionalmente collegati, organizzati in forma societaria [come, ad es., Borsa italiana s.p.a. e Gestore dei servizi energetici s.p.a.], che hanno inciso in maniera rilevante sull'autonomia dei singoli contraenti al fine di perseguire obbiettivi non direttamente programmati dagli autori dell'atto negoziale.

Troppo vasto è il tema dei rapporti tra attività regolatoria delle Autorità indipendenti e il contenuto del contratto per potere essere affrontato in queste pagine [19]. Qui viene soltanto richiamato per ricordare che il

---

[15] C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico. Con particolare riguardo ai contratti* (1937), rist. an. con app., Padova, 1983, 189 ss., sostiene con ampia argomentazione la portata di regola interpretativa della norma contenuta nell'art. 1124 cod. civ., collocata nel paragrafo 3 «Degli effetti dei contratti» della Sez. I del Capo I del Titolo IV del codice.

[16] S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* rist. inalt., Milano, 1970, 86 s.; 91 ss., definendo «più incerta ed opinabile che altrove» la sistemazione dell'art. 1374 cod. civ. nel capo V «Degli effetti del contratto».

[17] Per R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale,* cit., 11, l'integrazione del contenuto negoziale e l'intervento del legislatore nella regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra privati «seppure vale a restringere in maniera più o meno grave la libertà degli stipulanti, non contraddice tuttavia al suo riconoscimento, almeno finché si traduca in limiti solo occasionali e parziali alla autoregolamentazione dei privati interessi».

[18] R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale,* cit., 180; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto,* cit., 374. Si tratterà, ovviamente, del significato esteriormente percepibile nell'ambiente sociale in cui dovrà produrre i suoi effetti l'autoregolamento. Cfr., sul punto, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica),* 1949, II ed. riv. e ampl. a cura di G. CRIFÒ, Milano, 1971, 387, il quale sottolinea che oggetto di interpretazione giuridica possono essere soltanto atteggiamenti esteriormente riconoscibili; V. ROPPO, *Il contratto,* in *Trattato di Diritto privato,* diretto da G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 2001, 462, 465.

[19] V. G. GITTI (a cura di) *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto,* Bologna, 2006, e qui i saggi di G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti,* che provocatoriamente si chiede: «il contratto è regolato dall'autorità indipendente o è *scritto* per le parti dall'autorità indipendente ?» (p. 61, corsivo dell'Autore), e di G. GITTI, *Au-*



Regolamento intermediari adottato dalla Consob con delibera n. 20307 del 15 febbraio 2018, aggiornato con le modifiche apportate dalla delibera n. 21755 del 10 marzo 2021, in vigore dal 31 marzo 2021, contiene negli artt. 37 e 38 e nell'art. 166 puntuali indicazioni da recepire nel contenuto dei contratti relativi alla prestazione di servizi d'investimento, ulteriormente specificate per i contratti con i clienti al dettaglio relativi alla gestione di portafogli e per i contratti di consulenza finanziaria in materia di investimenti con i clienti al dettaglio. E nel Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa italiana Spa [20], nella parte IV, titolo IV.3, e nella parte V, titolo V.3, sono dettate stringenti prescrizioni riguardo alle modalità di negoziazione, tra cui figurano le informazioni e specificazioni che debbono essere contenute nelle proposte di negoziazione oltre alle tipologie di proposte.

Nel diverso settore del mercato dell'energia, il Gestore dei Servizi Energetici – costituito in forma di S.p.A. interamente partecipata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, che opera in stretto contatto con l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente [21] – detta "Regole Tecniche per l'accesso al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa", tra le quali sono comprese vere e proprie determinazioni contrattuali (2.1.1), e fornisce il modello di Contratto per la regolazione delle partite economiche tra i soggetti coinvolti a vario titolo nella produzione e nel consumo dell'energia rinnovabile, predisponendo anche il contenuto del contratto di mandato tra il cliente finale e il referente mandatario (eventuale produttore) a cui spetta il compito di instaurare il rapporto di incentivazione con il GSE ed altri soggetti istituzionali [22].

Ma anche senza arrivare a trame regolative così complesse, basta ricordare il contratto di rendimento energetico, introdotto dall'art. 2, 2° comma, lett. n), d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102, consistente in un accordo tra il beneficiario e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, che deve contenere specifiche clausole, indicate nell'allegato 8 del Decreto, il cui mancato inserimento nel testo contrattuale dovrebbe condurre, secondo la dottrina che si è occupata dell'argomento, alla nullità del contratto per indeterminabilità dell'oggetto [23].

---

torità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti, 91 ss., con particolare risalto al tema del «contratto amministrato», recentemente ripreso da C. SOLINAS, *Il contratto «amministrato». La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, 2018.

[20] Nella versione contenente le modifiche deliberate dal Cda di Borsa italiana il 10 giugno 2021 e approvate dalla Consob con delibera n. 21944 del 7 luglio 2021, in vigore dal successivo 3 agosto. V. anche, a titolo esemplificativo, le "Istruzioni al regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa italiana S.p.a.", del 25 ottobre 2021, art. IA.4.3.2 e IA.4.3.3, contenenti prescrizioni relative alle "modalità di negoziazione", ripetute e specificate per i diversi segmenti di mercato, che certamente non possono farsi rientrare nella nozione di "fonti legali" ma rientrano nella più estesa trama delle fonti di integrazione dei contratti del mercato finanziario. Nel quale (come scrive R. RORDORF, *Contratti del mercato finanziario,* in *Il libro dell'anno del diritto,* Roma, 2012, 115) operano «regole di varia fonte e di diverso livello, ora sovranazionali, ora dettate dai legislatori dei singoli Stati, talvolta promananti da organismi o da autorità amministrative a ciò delegate, altre volte frutto di autoregolamentazione più o meno vigilata da quelle medesime autorità».

[21] Nello statuto del GSE S.p.A. (art. 4) si prevede che «la società ha per oggetto l'esercizio delle funzioni di natura pubblicistica del settore elettrico e in particolare delle attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione relativa al settore dell'energia elettrica», con vari compiti di collaborazione con l'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

[22] "Regole tecniche" pubblicate il 22 dicembre 2020, consultabili nel sito web *https://www.gse.it* "Gruppi di autoconsumatori e comunità di energia rinnovabile", nella sezione Documenti. V. qui l'allegato 5, dove si legge che il contratto "ha per oggetto la regolazione del servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa da un gruppo di autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente o da una comunità di energia rinnovabile", formati (soprattutto i primi) da soggetti verosimilmente indotti ad aderire al gruppo di autoconsumo principalmente per avere accesso ai benefici economici, pur senza escludere l'interesse all'uso di energia rinnovabile da parte dell'utente finale.

[23] V. M. MAUGERI, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi "elementi minimi"* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2014, II, 420 ss., in particolare 424-425.



Né può trascurarsi, per l'attenzione rivolta anche all'interesse degli utenti dello spettacolo sportivo, la disciplina riguardante la commercializzazione centralizzata dei diritti audiovisivi nel settore sportivo. Il d.lgs. 9 gennaio 2008, n. 9 ha riconosciuto la contitolarità dei suddetti diritti in capo all'organizzatore della competizione e agli organizzatori degli eventi (art. 3), che hanno come controparti nella procedura di assegnazione dei diritti gli operatori della comunicazione e gli intermediari indipendenti (art. 9). La commercializzazione avviene mediante la predisposizione da parte dell'organizzatore della competizione di linee guida contenenti regole relative all'offerta e all'assegnazione dei diritti (art. 6) e i criteri di ripartizione dei proventi, tra i quali il legislatore menziona il bacino di utenza (art. 25; alla tutela degli utenti è specificamente dedicato l'art. 12) e il pubblico di riferimento dei competitori (art. 26), oltre a una quota destinata alla realizzazione di fini di mutualità generale del settore sportivo (art. 22). L'emanazione delle Linee guida è sottoposta all'approvazione dell'AGCOM e dell'AGCM (art. 6), che sono concretamente intervenute con invito a modificarne ed integrarne il testo per adeguarne il contenuto ai principi e alle disposizioni del citato decreto [24]. Sicché il regolamento contrattuale finale è frutto di una partecipazione estesa a soggetti diversi dagli stipulanti del contratto tipo, allo scopo di tutelare anche interessi estranei alla sfera giuridico-patrimoniale dei contraenti [25].

4. – La conformazione del regolamento contrattuale secondo linee non interamente disegnate dalle parti contraenti può essere richiesta, oltre che dall'esigenza di assicurare l'efficienza del mercato e la tutela del consumo e del risparmio, anche dalla necessità di promuovere e sostenere lo sviluppo di attività ritenute idonee, o addirittura indispensabili, per la realizzazione dell'interesse pubblico.

Il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica, sopra richiamato, si caratterizza principalmente per questo importante aspetto che deve orientarne l'interpretazione. Tra le clausole da inserire obbligatoriamente nel testo figura al primo posto un elenco chiaro e trasparente delle misure di efficienza da applicare o dei risultati da ottenere in termini di efficienza. Questa efficienza energetica da raggiungere – che viene monitorata nel corso del rapporto – rappresenta quindi lo scopo sul quale viene modellato il contratto destinato a regolare i rapporti tra l'utente e la ESCO (Energy Service Company) [26]. Ma se si indaga sulla co-

[24] L'AGCOM, con delibera n. 42/17/Cons. del 26 gennaio 2017, anche tenendo conto della mancata approvazione da parte dell'AGCM con provvedimento n. 26351 del 25 gennaio 2017, non ha approvato il testo delle Linee guida predisposto per le stagioni sportive 2018/2019, 2019/2020, 2020/2021, dalla Lega professionisti Serie A della FIGC, e ha disposto che quello inviato per l'approvazione venisse modificato ed integrato "sulla base dei rilievi e delle condizioni" espresse nel provvedimento, concludendo, poi, con esito positivo, la procedura, con delibera n. 215/17/Cons. del 18 maggio 2017. Occorre peraltro notare che le richiamate decisioni delle Autorità di garanzia sono state assunte anche a seguito di consultazioni pubbliche promosse dalle stesse, alle quali hanno partecipato operatori della comunicazione e associazioni di utenti, secondo una logica collaborativa idonea a favorire la convergenza tra interesse pubblico e interesse privato (su questo tema v. P. SIRENA, *La partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti innanzi alle Autorità indipendenti,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2012, II, 449; M. IMBRENDA, *Asimmetria di posizioni contrattuali, contratto predisposto e ruolo delle* Authorities, in *I poteri privati e il diritto della regolazione,* Roma, 2018, 479 ss., specialmente 503 ss.). Anche le Linee guida per il precedente triennio avevano richiesto una complessa procedura di approvazione, mentre per il triennio 2021/2022, 2022/2023 e 2023/2024 si è proceduto ad una più rapida approvazione, invitando la LNPA a tenere conto delle indicazioni e delle prescrizioni formulate nella motivazione dei provvedimenti di approvazione.

[25] L. SANTORO, *I diritti audiovisivi tra sport e mercato,* Milano, 2014, 99, riconduce l'intervento delle Autorità di garanzia al fenomeno della "conformazione contrattuale", per l'incidenza sul regolamento negoziale di una fonte esterna alla volontà delle parti.

[26] L'acronimo "ESCO", come si precisa nelle "Definizioni" contenute nell'art. 2, 1° comma, d.lgs. 30 maggio 2008, n.15, indica una "persona fisica o giuridica che fornisce servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle installazioni o nei locali dell'utente e, ciò facendo, accetta un certo margine di rischio finanziario"



mune intenzione delle parti dovrà realisticamente ammettersi che essa consiste nella prospettiva dello scambio tra il vantaggio economico (assenza di oneri finanziari immediati e successivi risparmi) per la fornitura di energia elettrica di cui ha bisogno l'utente e l'utile d'impresa conseguito da chi effettua l'intervento energeticamente corretto. E dovrà anche ammettersi, con uguale dose di realismo, che l'obiettivo del miglioramento energetico, sul quale è in buona parte disegnato il modello contrattuale, può avere una importanza secondaria nella previsione dei contraenti, pur essendo essenziale per comprendere il significato giuridico del complessivo regolamento negoziale [27].

Allo stesso modo, nei contratti che regolano l'autoconsumo collettivo di energie rinnovabili, l'interpretazione del singolo regolamento negoziale attraverso l'esame di tutte le clausole che lo compongono non potrà limitarsi all'indagine sulla comune intenzione delle parti, ma dovrà tenere conto del complessivo quadro normativo di riferimento, sopra richiamato, per individuare lo scopo giuridicamente rilevante del contratto. Vale a dire, l'obiettivo di ridurre le emissioni nocive alla salubrità dell'ambiente valorizzando e incentivando le iniziative dei privati consenzienti, in maniera da realizzare una convergenza tra la comune intenzione dei contraenti e la tutela dell'ambiente, ora espressamente inserita nell'art. 9, 3° comma, della nostra Costituzione, tra i princìpi fondamentali.

Vero è che, con frequenza sempre maggiore, il legislatore riconosce al contratto concluso tra privati attitudine alla realizzazione di obiettivi di pubblico interesse, raggiungibili mediante il compimento di attività volte primariamente al soddisfacimento di bisogni personali, che vengono incentivate con sussidi economici, anche di provenienza europea, perché ritenute necessarie, nel loro insieme, al miglioramento dell'ambiente e ad una più conveniente sistemazione e fruizione del territorio.

Esemplare, al riguardo, è la disciplina degli incentivi fiscali per il miglioramento dell'efficienza energetica, la riduzione del rischio sismico, la costruzione di impianti fotovoltaici e colonnine di ricarica di veicoli elettrici in edifici residenziali privati, consistente nel riconoscimento di un credito d'imposta (già in parte previsto da leggi anteriori) elevato al 110% delle spese documentate e rimaste a carico del contribuente dall'art. 119 d.l. 19 maggio 2020 n. 34, conv. con l. 17 luglio 2020 n. 77 (c.d. Decreto Rilancio, successivamente più volte modificato ed integrato). Con essa sostanzialmente è concesso ai privati, con particolare incentivazione verso forme di organizzazione collettiva, come sono i condomìni, di rendere più confortevoli e sicure le proprie abitazioni senza sopportare alcun costo economico che viene trasferito per intero a carico della Pubblica Amministrazione.

Questo risultato viene conseguito attraverso la stipulazione di innumerevoli contratti di appalto tra soggetti beneficiari delle agevolazioni ed imprese esecutrici dei lavori, compensate attraverso il meccanismo dello sconto in fattura che non comporta alcun materiale esborso da parte del committente, oppure mediante pagamenti parziali secondo gli stati di avanzamento lavori dai quali trae origine per il committente il credito d'imposta cedibile ad istituti di credito ed altri intermediari finanziari, in maniera da essere convertito in danaro a ristoro dei pagamenti effettuati (art. 121 d.l. cit.). Vantaggi, questi, ottenibili dai privati interessati soltanto se nei contratti – e negli allegati che li completano –, stipulati tra i privati committenti e le imprese appaltatrici, risultano specificamente indicate determinate caratteristiche tecniche degli impianti e degli edifici,

[27] M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni,* in *Rass. dir. civ.,* 2016, 1316, ravvisa nel contratto di rendimento energetico una "peculiare declinazione del 'contratto ecologico'", da intendersi "come strumento attuativo dello sviluppo 'umano' sostenibile" (p. 1291). Per l'Autore, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale,* in *Riv. quadr. dir. amb.,* 2017, 14/15, nel contratto ecologico "l'interesse ambientale penetra e colora la causa del contratto", dando una conformazione ecologica all'autonomia negoziale "e tende a 'funzionalizzare' il rapporto tra contratto e diritto dell'ambiente".



richieste per raggiungere la migliore efficienza energetica e un determinato livello di riduzione del rischio sismico, con indicazione di costi che non possono superare determinate soglie.

Ovviamente, nessun vantaggio consegue il privato se i lavori non vengono effettivamente eseguiti entro i termini fissati dalla legge e secondo le modalità prescritte.

Qui la fonte esterna alla volontà delle parti non integra il contenuto del contratto di appalto aggiungendo nuove determinazioni al programma disegnato dai contraenti, né interviene modificandone o sostituendone alcune clausole, ma indirizza il programma verso il raggiungimento di obiettivi ulteriori, inducendo i contraenti all'adeguamento di essenziali clausole contrattuali – relative alle caratteristiche tecniche dei lavori da effettuare, dei costi da sostenere, dei tempi in cui l'opera appaltata deve essere portata a compimento – per il conseguimento di quegli obiettivi.

L'interesse che induce i soggetti privati a concludere il contratto è primariamente l'interesse egoistico ad ottenere migliori condizioni abitative in una dimora più accogliente e più sicura, per giunta senza sopportare alcun costo, mentre per l'appaltatore resta l'utile d'impresa. L'intento comune delle parti è nello scambio di queste prestazioni come in ogni contratto di appalto. Ma a questo intento si aggiunge un ulteriore scopo: l'efficientamento energetico e/o la riduzione del rischio sismico, sul quale si conforma il regolamento contrattuale che dovrà prevedere il miglioramento della classe energetica o sismica, costi adeguati a determinati parametri, modalità di versamento del corrispettivo della prestazione ottenuta.

E il significato giuridicamente rilevante del regolamento – nel suo insieme e nelle singole clausole che lo compongono – non potrà essere compreso se l'interprete non tiene conto di questo ulteriore scopo del contratto.

5. – La tutela di interessi ritenuti prevalenti rispetto alle situazioni giuridiche soggettive degli stipulanti, può imporre anche il sacrificio di diritti di terzi, ai quali si estende l'efficacia dell'accordo, in deroga al principio della relatività degli effetti del contratto, enunciato nell'art. 1372 cod. civ. [28].

Negli artt. 182-*septies* e 182-*octies* l. fall. [29], rispettivamente riguardanti gli accordi di ristrutturazione dell'impresa "ad efficacia estesa" e le convenzioni di moratoria concluse tra l'imprenditore, anche non commerciale, e i suoi creditori, aventi uguale efficacia, si prevede che l'accordo concluso tra l'imprenditore e i suoi creditori produca effetti diretti anche nei confronti dei creditori che non vi hanno aderito «in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile». Sicché la regola negoziale oltrepassa la comune intenzione delle parti ed incide, in maniera anche non favorevole, su interessi di terzi che non hanno prestato il consenso all'o-

[28] N. LIPARI, *Crisi del contratto e crisi del diritto,* in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive,* Atti del Convegno del Consiglio forense di Crotone – 2001, a cura di F. DI MARZIO, Milano, 2004, 518, dall'osservazione che il contratto può anche incidere in maniera diretta su interessi e posizioni di una molteplicità di soggetti diversi dai suoi formali contraenti, trae spunto per affermare che "la stessa norma dell'art. 1372 cod. civ. esige di essere interpretata in una chiave nuova".

[29] Nel testo risultante dopo la sostituzione del precedente art. 182-*septies* e l'inserimento dell'art. 182-*octies* derivanti dall'art. 20, d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito con l. 21 ottobre 2021, n. 147. Sulla estensione degli effetti degli accordi di ristrutturazione ai terzi creditori non aderenti, già prevista dal d.l. n. 83/2015, conv. con l. n. 132/2015, v. B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei,* in *Giust. civ.*, 2015, 817 ss.; N. ABRIANI, *Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa,* in *Diritto della crisi*, 2021, consultabile in *www.dirittodellacrisi.it*, dove l'Autore si sofferma sulla "estensione" degli accordi ad efficacia estesa (p. 4 ss.); M. FABIANI, *Codice della crisi e direttiva sui quadri di ristrutturazione, ovvero il concordato preventivo in mezzo al guado,* in *Foro it.,* 2022, V, c. 20 ss., il quale rileva che, pur costituendo manifestazioni di "autonomia negoziale pura", i suddetti accordi "consentono di comprimere, in presenza di specifiche condizioni, la volontà di creditori non consenzienti" (c. 26).



perazione di ristrutturazione o alla convenzione di moratoria, fatto salvo il loro diritto di proporre opposizione. La ragione di ciò può ravvisarsi nella prevalenza dell'interesse dell'impresa rispetto alle posizioni di singoli creditori, specialmente quando negli accordi di ristrutturazione sia prevista la prosecuzione dell'attività imprenditoriale [30], e nell'idoneità della convenzione di moratoria a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi (attestata da un professionista indipendente avente i requisiti prescritti dalla legge), che pongono in secondo piano lo specifico interesse dei creditori, non aderenti all'accordo o alla convenzione, ad un più soddisfacente o tempestivo adempimento dell'obbligazione.

Peraltro, l'estensione degli effetti del contratto ai creditori non aderenti appare del tutto coerente con lo scopo, dichiarato dal legislatore (nel d.l. n. 118/2021, conv. con l. n. 147/2021), di favorire il risanamento aziendale e agevolare la soluzione concordata della crisi d'impresa, nella procedura di composizione negoziata per la soluzione della crisi (v. art. 11, 1° comma, lett. b), e 2° comma, d.l. cit.), di cui gli accordi ad efficacia estesa rappresentano un profilo qualificante [31].

Nei casi sopra richiamati l'indagine sulla comune intenzione delle parti, pur comprendente la valutazione del loro comportamento complessivo, non basterebbe a rendere comprensibile il significato dell'intero regolamento negoziale né potrebbe giustificarne il carattere vincolante rispetto a determinati terzi [32], mentre questo risultato può essere raggiunto soltanto attraverso un procedimento ermeneutico volto a chiarire lo scopo del contratto nel più ampio contesto relazionale fatto di comportamenti e circostanze anche estranee ai soggetti sottoscrittori dell'accordo.

6. – Il contratto tra privati, che trae origine dalla *convention,* figura giuridica impiegata dalla dottrina francese del seicento e dall'art. 1101 cod. nap. – fino alla recente riforma del 2016 – per indicare l'accordo da cui derivano obbligazioni per i contraenti, ha attraversato varie stagioni [33] e il nuovo paradigma contrattuale che si affaccia all'alba del terzo millennio non può dirsi ancòra compiutamente definito [34]. Certamente nel processo di continuo rinnovamento della categoria il connotato della oggettivazione rappresenta un aspetto qualificante [35] che si manifesta, come abbiamo visto, attraverso la possibile partecipazione di soggetti estranei alle parti alla costruzione del regolamento contrattuale, nell'idoneità del contratto a realizzare obiettivi che oltrepassano la volontà dei contraenti, nell'attitudine del contratto a produrre effetti nei confronti di terzi non partecipanti all'accordo.

---

[30] N. ABRIANI, *Gli accordi di ristrutturazione,* cit., 1 s., 17, considera in particolare gli accordi ad efficacia estesa con continuità aziendale come la parte normativa più qualificante dell'istituto.

[31] S. BONFATTI, *Profili della composizione negoziata della crisi d'impresa – Natura giuridica, presupposti e valutazione comparativa,* in *Diritto della crisi,* 2022, consultabile in *www.dirittodellacrisi.it*, 14 s., inserisce gli accordi ad efficacia estesa tra gli indici incentivanti della procedura, utili per una analisi differenziata con altri istituti affini.

[32] Vincolatività che si consolida se, da uno più creditori non aderenti all'accordo, non viene proposta opposizione la quale, ove accolta, inciderà soltanto sulla posizione dell'opponente e non sugli effetti dell'intero accordo che potrà, comunque, essere omologato. Cfr., su questo punto, N. ABRIANI, *Gli accordi di ristrutturazione,* cit., 23, in nota 20.

[33] E non detiene più, oggi, il ruolo di categoria ordinante dai contorni ben delineati (v. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile,* Milano, 2013, 141 ss.). Per le periodizzazioni del fenomeno contrattuale non può mancare il rinvio all'opera di G. ALPA, *Le stagioni del contratto,* Bologna, 2012.

[34] V. ROPPO, *Il contratto del duemila,* Torino, 2002, IX, anche se va comunque rilevato che nella sua attuale configurazione il contratto non può ridursi soltanto ad una tecnica di composizione degli interessi delle parti (N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile,* cit., 164).

[35] Che viene icasticamente descritto da C.M. BIANCA, *Il contratto,* cit., I ed., 1984, 35, come "il restringersi del ruolo dell'accordo di fronte al significato obiettivo del rapporto" a cui vanno adeguate le regole interpretative e integrative. Su vari profili dell'oggettivazione del contratto v. V. ROPPO, *Il contratto,* cit., 38 ss.



Quest'ultimo carattere certamente non può dirsi nuovo nel diritto contrattuale [36], ma apre, oggi, alla riflessione dell'interprete una nuova prospettiva, se viene considerato nel suo aspetto complementare al perseguimento di obiettivi d'interesse generale, non necessariamente coincidenti con gli interessi egoistici degli stipulanti.

È evidente, infatti, che il criterio ermeneutico dell'indagine sulla comune intenzione delle parti si mostra lacunoso in tutti i casi in cui lo scopo del contratto, inteso come obiettivo che il programma contrattuale è idoneo a perseguire, non coincide, per una sua maggiore estensione, con quello perseguito dalla volontà dei contraenti specificamente indirizzata al soddisfacimento dei loro interessi individuali. Vale a dire – riferendo il discorso a modelli contrattuali precedentemente richiamati – che nel contratto di rendimento energetico, o nel contratto di appalto di opere occorrenti per l'efficientamento energetico o la riduzione del rischio sismico di edifici residenziali, l'intenzione comune degli stipulanti ben potrebbe essere rivolta soltanto al conseguimento delle concrete utilità ad essi derivanti dall'esecuzione del programma negoziale, senza alcuna condivisione dei fini di generale interesse, quali sono la salubrità dell'ambiente e la messa in sicurezza del territorio, che innervano il regolamento contrattuale [37]. Con la conseguenza che ogni tentativo di accertare il significato giuridicamente rilevante del contratto limitandosi ad applicare alla lettera il suddetto criterio interpretativo riuscirebbe vano.

Occorre, perciò, che l'interprete prenda atto della necessità di ampliare il proprio orizzonte investigativo al di là dell'indagine sulla comune intenzione dei contraenti, accedendo alle diverse fonti, dirette ed indirette, del regolamento contrattuale al fine di individuarne gli obiettivi che concorrono, con la volontà delle parti, a definire lo scopo del contratto [38] la cui conoscenza è indispensabile per accertare il significato giuridico del regolamento.

Vero è che all'espressione adoperata nell'art. 1362, 1° comma, cod. civ. non si esita ad attribuire un significato oggettivo [39], fino ad identificare l'intenzione comune delle parti con la *ratio contractus* [40]. Ma, se la *ra-*

---

[36] Sugli effetti del negozio e del contratto nei confronti dei terzi v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., 264 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm*., diretto da A. CICU, F. MESSINEO, XXI, t. 2, 113 ss.

[37] Ritornando, in concreto, su una vicenda di particolare attualità: il significato del regolamento contrattuale, che consente al committente di ottenere l'esecuzione dell'opera senza versare materialmente all'appaltatore il corrispettivo in danaro previsto dall'art. 1655 cod. civ., utilizzando il meccanismo dello sconto fino all'importo massimo del corrispettivo dovuto, *ex* art. 121, 1° comma, d.l. n. 34/2020, conv. e mod., non può essere compreso se non si considera, oltre alla comune intenzione delle parti, anche lo scopo del contratto che, nella specie, è stato voluto dal legislatore come strumento per migliorare la salubrità dell'ambiente e per ridurre il rischio sismico. Obiettivi che potrebbero anche lasciare indifferenti i contraenti – specificamente interessati, invece, soltanto ad ottenere una abitazione più confortevole e a conseguire l'utile d'impresa – ma che sono essenziali per la comprensione delle clausole contrattuali conformi ad ineludibili prescrizioni di legge, riguardanti tipi e modalità di esecuzione degli interventi edilizi, specificazione e contabilizzazione separata dei costi delle singole opere, mancato esborso del corrispettivo.

[38] Da intendersi, come si è tentato di chiarire in queste pagine, come scopo del complessivo programma contrattuale riconducibile, oltre che alla spontanea iniziativa dei contraenti, anche alle determinazioni inserite nel regolamento – direttamente da fonti esterne o dalle stesse parti per uniformarsi ad ineludibili prescrizioni di legge – per il conseguimento di obiettivi che travalicano gli interessi egoistici degli stipulanti. Uno scopo, cioè, corrispondente a un contenuto conformato secondo la volontà dei soggetti privati autori dell'autoregolamento e l'intervento dell'ordinamento che recepisce la regola privata, integrandola ed indirizzandola verso fini di interesse comune, come da tempo avviene, anche se con modalità diverse da quelle attuali.

Sulla partecipazione della fonte legale alla concreta costruzione del regolamento contrattuale v. le dense pagine di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 86 ss., 91 ss.; e, per il necessario riferimento alle fonti integrative dell'atto di autonomia per l'individuazione del regolamento da interpretare, v. N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2006, 727.

[39] V. la *Rel. del Ministro Guardasigilli Grandi al cod. civ.,* n. 624*,* nella *Riproduzione anastatica della G.U. del 4 aprile 1942,* a cura del CNF, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2010. Cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., III ed., cit., 381; R. CALVO, *Interpretazione del contratto,* in *Comm. del cod. civ. e cod. coll.,* diretto da SCIALOJA-BRANCA-GALGANO, a cura di G. De Nova, Bo-



tio dell'autoregolamento deve essere individuata negli interessi che il contratto è destinato a soddisfare [41], questa identità non sussiste ogni volta che il valore giuridico espresso dal regolamento contrattuale non si identifica con la composizione degli interessi egoistici degli stipulanti, perché a questa composizione di interessi si aggiunge il perseguimento di uno scopo d'interesse generale per la collettività, secondo una conformazione dell'autonomia contrattuale che orienta l'azione privata verso la tutela del mercato, del risparmio, del lavoro, dell'ambiente [42].

In tal caso la *ratio* e l'effettivo significato del regolamento contrattuale potranno essere chiariti soltanto con l'accertamento di ogni scopo ad esso oggettivamente connesso, integrando l'indagine sulla intenzione delle parti e sui loro comportamenti con l'esame del contesto giuridico e fattuale e delle altre circostanze rilevanti in cui è maturata la determinazione dei contraenti, pur non riconducibili alla loro specifica iniziativa [43].

All'accertamento dello scopo del contratto, comprensivo della comune intenzione delle parti e dei concorrenti obiettivi perseguiti dall'ordinamento attraverso la regolamentazione negoziale, si perverrà applicando il criterio dell'interpretazione funzionale [44] nella cornice dell'intera operazione economica programmata dalle parti [45], senza tralasciare l'apporto di fonti estranee alla volontà dei contraenti, che concorrono a delineare il complessivo quadro degli interessi regolati e tutelati con il contratto.

---

logna, 2021, 53. Per A. GENTILI, *Senso e consenso,* I, *Storia e teoria,* Torino, 2015, 322, "l'intenzione comune è un dato razionale e semantico: un senso"; che può essere intesa come "la specifica razionalità prescrittiva del contratto", ID., *Senso e consenso,* II, *Tecnica,* Torino, 2015, 533. L'espressione deve comunque ritenersi comprensiva anche di situazioni e rapporti non specificamente menzionati, nei limiti segnati dagli artt. 1364 e 1365 cod. civ., come ricorda A. SCALISI, *La comune intenzione dei contraenti. Dall'interpretazione letterale del contratto all'interpretazione secondo buona fede,* Milano, 2003, 158 ss.

[40] Cfr. N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale,* in *Riv. trim dir. proc. civ*., 1999, 1152, poi in ID. e AA.VV., *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, Padova, 2000, per il quale la *ratio contractus* coincide con gli scopi concordemente perseguiti dalle parti, ed è "ricostruibile mercé il contegno delle parti e la loro comune intenzione"; A. GENTILI, *Senso e consenso,* cit., II, 533; ID., *Interpretazione del contratto*, in *Enc. dir., I tematici,* I, *Contratto,* dir. da G. D'AMICO, Milano, 2021, 650, distinguendo l'intenzione come intento pratico dall'intenzione come senso prescrittivo del testo. Anche nelle sentenze della Corte di Cassazione si registra la piena corrispondenza della *ratio contractus* alla comune volontà dei contraenti e ai loro comuni interessi; cfr. Cass. 7 luglio 2016, n. 13854; Cass. 22 novembre 2016, n. 23701, in *www.dejure.it*.

[41] Cfr. R. CALVO, *Interpretazione del contratto,* cit., 161, con riferimento alla *ratio stipulationis*.

[42] Il fenomeno è lucidamente evidenziato da E. NAVARRETTA, *Principi fondamentali e autonomia privata*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, a cura di G. CONTE, M. PALAZZO, Milano, 2018, 135 ss.; specialmente 147 ss. La conformazione dell'autonomia contrattuale ad opera di fonti esterne sovraordinate in maniera che essa risulti funzionale *anche* al raggiungimento di obiettivi di generale interesse, oltre che corrispondere agli interessi degli stipulanti, non elimina il fondamentale carattere di potere privato dell'autonomia, così come è avvenuto per il diritto di proprietà che conserva il suo carattere di potere privato, in grado di realizzare l'interesse del titolare del diritto, pur essendo tale potere, oggi, conformato *anche* a tutela di interessi generali. Cfr., su quest'ultimo punto, M. TRIMARCHI, *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo,* Torino, 2015, 200 ss.

[43] N. LIPARI, *Crisi del contratto e crisi del diritto*, cit., 517, ricorda la vicenda dei contratti di borsa la cui conclusione simultanea, verificatasi in esecuzione di un programma informatico elaborato molto tempo prima, e sottratta a una determinazione volitiva connessa a una valutazione contestuale degli interessi dei contraenti, provocò un crollo del mercato nell'ignoranza degli stessi operatori.

[44] "Diretta a ricercare il significato del contratto in coerenza con la causa concreta di esso", così C.M. BIANCA, *Il contratto,* cit., III ed. 395, (ma v. già I ed., cit., 404); e, con meditata adesione, C. SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo,* in *Riv. dir. civ.,* 2020, 596; ID., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 331 ss., con preferenziale rilievo all'art. 1363 cod. civ. nella ricerca della base normativa del suddetto criterio. Per il legame indissolubile che avvince lo scopo e la causa del contratto v. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., riv. e agg., I, Milano, 1957, 491 s.; G.B. FERRI, *Rilevanza giuridica dello scopo nei crediti speciali*, in *Foro pad.,* 1972, poi in *Saggi di diritto civile*, I rist., Rimini, 1984, 369 ss., specialmente 379; G. ALPA, *Il contratto in generale. Princìpi e problemi*, Milano, 2014, 49, dove si afferma che "la causa è lo *scopo* del negozio" (corsivo nel testo).

[45] Il cui significato unitario emerge proprio sul piano dell'interpretazione del contratto, come rileva C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti,* cit., 431, che segnala l'importanza assunta, in tale contesto, dalle circostanze del contratto (p. 430). Su quest'ultimo fondamentale tassello del quadro interpretativo, richiamato anche nella *Relazione del Ministro Guar-*



Deve quindi accogliersi una lettura dell'art. 1362, 1° comma, cod. civ., aperta all'estensione del significato letterale della fortunata espressione diffusa, oltre che in recenti testi normativi [46], anche in studi e proposte ufficiali di disciplina del diritto europeo dei contratti [47]. Una lettura coerente con la concezione dell'ordinamento giuridico come organismo vivente, che registra e promuove le trasformazioni che avvengono nella società civile di cui esso è espressione, e si pone nel solco dell'insegnamento che avverte come «nella interpretazione giuridica vi è non tanto e non solo un mostrare quello che c'è nella norma interpretata, ma un mostrare che nella norma interpretata c'è di più di quello che appare; c'è insomma tutta l'unità dell'ordinamento da cui essa nasce e di cui essa non è che una parte» [48].

Questa proposta interpretativa, suggerita dalle nuove funzionalità del contratto, vuole tenere conto dell'evoluzione del sistema, perché la regola giuridica non si esaurisce nella sua astratta enunciazione, ma si realizza nella concretezza delle sue corrette applicazioni [49], e l'interpretazione giuridica fedele alla norma è quella che si adegua ai mutamenti dell'ordinamento [50].

L'alternativa ad essa potrebbe consistere in una modifica al testo dell'art. 1362, 1° comma, cod. civ. che sostituisca l'espressione «la comune intenzione delle parti» con l'altra, più pertinente all'attuale realtà giuridica, «scopo del contratto», impiegata negli artt. 142 e 466 cod. civ. della Repubblica Popolare cinese [51]. Ma questa soluzione, oltre a non apparire necessaria, non sembra, oggi, praticabile, considerato il contenuto del disegno di legge delega al Governo per la revisione del codice civile, che non contempla anche la disciplina dell'interpretazione del contratto [52].

---

dasigilli al cod. civ., n. 624, cit., v. E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 333; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione,* cit., 78; G.B. FERRI, *Rilevanza giuridica dello scopo,* cit., 378.

Lo "scopo del contratto", inserito tra le "circostanze rilevanti" dall'art. II.-8:102 DCFR (nella traduzione italiana dall'inglese, curata dall'Università di Osnabrück, mentre nel testo in lingua inglese *the purpose of the contract* rientra tra le *relevant matters* e nella traduzione dall'inglese in francese, a cura della stessa Università, *le but du contrat* rientra tra gli *éleménts pertinents*), viene comunque distinto dalla comune intenzione delle parti. Allo stesso modo nei Principes d'Unidroit 2016, art. 4.3, le *circostances pertinentes* comprendono anche *le but du contrat* a sua volta distinto da *la commune intention des parties* (art. 4.1).

[46] L'art. 1188, 1° comma, cod. civ. franc., nel testo vigente dal 1° ottobre 2016, ha conservato alla ricerca della comune intenzione delle parti il ruolo di primario criterio nell'interpretazione del contratto, già riconosciutogli dall'art. 1156 cod. nap.; e, tra le fonti non statali, i Principes d'Unidroit 2016, art. 4.1(1), seguono il medesimo criterio.

[47] V. art. II.-8: 101(1) DCFR; art 5: 101(1) PECL; art. 58, 1° comma, della Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un Diritto comune europeo della vendita.

[48] G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto,* nuova ed. riv. a cura di P. PIOVANI, Milano, 1962, 114.

[49] C.M. BIANCA, *Interpretazione e fedeltà alla norma*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 1, *Diritto civile*, Milano, 1978, 149. Cfr. P. PIOVANI, nell'*Introduzione* a G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, cit., XV.

[50] C.M. BIANCA, *Interpretazione e fedeltà alla norma*, cit., 150 s.; cfr. Santi ROMANO, *Interpretazione evolutiva,* in *Frammenti di un dizionario giuridico,* rist. inalt., Milano 1983, specialmente 122 ss.; H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. a cura di G. VATTIMO, con intr. di G. REALE, II ed., Milano, 2001, 675.

[51] In vigore dal 1° gennaio 2021 (ed. it., a cura di O. DILIBERTO, D. DURSI, A. MASI, trad. di Meiling HUANG con intr. di Digu XU, Pisa, 2021) che, nell'ambito della disciplina generale dei "negozi giuridici", nell'art. 142, 1° comma, dispone: "La manifestazione di volontà resa a un'altra parte deve essere interpretata secondo le parole adoperate, tenendo conto delle clausole, della natura e dello scopo dell'atto, delle consuetudini e del principio di buona fede"; e, nel 2° comma, "Nell'interpretazione di una manifestazione di volontà unilaterale, l'effettiva volontà del proponente deve essere determinata considerando le clausole, la natura e lo scopo dell'atto, i costumi e il principio di buona fede, piuttosto che attraverso il solo significato letterale". Aggiungendo, tra le "regole generali" dettate nel Libro III – Dei contratti, nell'art. 466, 1° comma, che "In caso di controversia tra le parti sulla interpretazione di una clausola del contratto il significato della clausola controversa deve essere determinato in base alle disposizioni del primo comma dell'articolo 142 del presente Codice".

[52] V. d.d.l. n. 1151 comunicato alla Presidenza del Senato il 19 marzo 2019, contenente Delega al Governo per la revisione del Codice civile.



ANNA MARIA SINISCALCHI

Professoressa associata di Diritto privato – Università degli Studi di Cagliari

LA RESPONSABILITÀ MEDICA TRA NOVITÀ LEGISLATIVE E RECENTI INDIRIZZI GIURISPRUDENZIALI

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. Il "doppio binario" della responsabilità medica. – 3. Le tesi critiche sulla differenziazione di regime della responsabilità medica. – 4. Le tesi favorevoli alla differenziazione di regime della responsabilità medica. – 5. Impatto della nuova disciplina della responsabilità sanitaria sulla tutela del paziente. – 6. La giurisprudenza antecedente alla legge Gelli-Bianco sui criteri di distribuzione dell'onere della prova. – 7. Le nuove tendenze giurisprudenziali: le c.d. sentenze di "San Martino" del 2019 sul nesso di causalità e onere della prova. – 8. Considerazioni conclusive.*

1. – Nell'attuale contesto culturale e normativo la tutela dell'individuo ha assunto un ruolo sempre più centrale, consentendo di valorizzare aspetti della persona umana che fino a qualche anno fa non erano stati oggetto di adeguata considerazione [1].

Un'emblematica evidenza di questo processo evolutivo è ravvisabile nell'attenzione sempre crescente riservata alla salvaguardia della sfera di libertà della persona nell'ambito dell'attività sanitaria [2], dove il riconoscimento di nuovi diritti in capo al paziente e la rivalutazione del trattamento da riservare a quelli già oggetto di protezione hanno condotto ad un progressivo ampliamento dell'area dei danni risarcibili conseguenti alla condotta lesiva del sanitario [3].

---

[1] Rispondendo al quesito sulle nuove frontiere della responsabilità civile sottolinea P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzione*, Napoli, 2021, 144, come il "cambiamento, da un'impostazione essenzialmente patrimonialistica ad una concezione personalistica, comporta che l'istituto della responsabilità civile, unitariamente inteso, non esaurisce la sua funzione nella tutela delle situazioni patrimoniali, ma riguarda anche la lesione delle situazioni esistenziali". Osserva G. VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Pers. merc.*, 2013, 356, che "La responsabilità medica è lo specchio del tempo che oscilla fra la centralità della persona e la ricerca di un equilibrato e sostenibile criterio risarcitorio".

[2] Cfr. B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014, 16 ss., la quale sottolinea come il principio personalista "permei l'intero dettato costituzionale" ed abbia inevitabili riflessi anche sulla relazione tra medico e paziente, ormai incompatibile con il classico "modello paternalistico-ippocratico". T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009, 55, secondo la quale "il prevalente rilievo dato all'ispirazione personalistica cui è sotteso il sistema costituzionale vigente ha fatto sì che, nel contemperamento dell'interesse della collettività con l'interesse della persona, gli interpreti si orientassero nel senso di riconoscere preminenza a quest'ultimo".

[3] Particolarmente emblematica, al riguardo, è stata la progressiva estensione delle fattispecie suscettibili di risarcimento per violazione del consenso informato. Vista l'ampiezza dei lavori dedicati al tema mi sia consentito limitare il richiamo alle considerazioni da me svolte sull'argomento: A.M. SINISCALCHI, *Consenso informato, mutamento dell'intervento chirurgico e suo esito positivo: vecchi problemi e nuove prospettive*, in Liber amicorum *per Bruno Troisi*, II, Napoli, 2017, 1183 ss.; ID., *Il consenso informato nell'attività medica*, in *Diritto privato e interessi pubblici*, Scritti in onore del prof. L.V. Moscarini, a cura di N. CORBO, M. NUZZO,



Tale fenomeno si ricollega, fisiologicamente, al ripensamento delle caratteristiche fondamentali del rapporto di cura che ha determinato il definitivo superamento della logica c.d. "paternalistica" [4] a vantaggio della c.d. "alleanza terapeutica" tra medico e paziente.

Al modificato contesto socio-culturale di riferimento si è affiancata, peraltro, una cospicua produzione normativa che ha inciso profondamente su aspetti fondamentali della responsabilità medica, che risulta attualmente mutata in alcuni suoi tratti caratterizzanti.

Sotto questo profilo, decisivo è stato l'intervento normativo attuato con la legge Gelli-Bianco (l. 8 marzo 2017, n. 24) [5] che, con la scelta di differenziare il regime di responsabilità del medico, sembra aver determinato la "morte" definitiva nel settore sanitario della discussa, ma largamente impiegata, categoria del contatto sociale qualificato [6].

F. RICCI, I, Roma, 2016, 353 ss.; ID., *Chirurgia estetica e responsabilità per violazione dell'obbligo informativo*, in *Giustiziacivile.com*, 2015, 1 ss.

[4] Sul tema cfr. C. PILIA, *La tutela contrattuale della personalità nel trattamento medico*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, 1445 s., il quale evidenzia come "L'autoritarismo, altrimenti detto paternalismo, del sistema si traduceva con riferimento alla posizione del medico nell'attribuzione di una forte supremazia, quasi, una vera e propria potestà curativa verso il paziente". Nella stessa prospettiva M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2016, 251 s., secondo cui nel modello tradizionale il paziente risultava un soggetto piuttosto passivo che era destinatario delle scelte del sanitario anche nelle ipotesi in cui entrava in gioco un problema di qualità della sua vita.

[5] Limitando il richiamo, senza pretese di completezza, alle principali monografie e commentari elaborati dopo la riforma Gelli-Bianco, v. B. MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, 2018; AA.VV., *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2017; AA.VV., *La nuova responsabilità professionale in Sanità. Commentario alla riforma Gelli-Bianco (L. 8 marzo 2017, n. 24)*, a cura di U. GENOVESE, F. MARTINI, Rimini, 2017; AA.VV., *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT, Milano, 2017; M.L. MISSIAGGIA, *La responsabilità sanitaria. Guida operativa alla riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24)*, Piacenza, 2017; G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco (Le nuove leggi del diritto)*, Roma, 2017; G. PASCALE, *Responsabilità del medico e risarcimento del danno dopo la riforma Gelli Bianco*, Rimini, 2017; F. LORENZINI, *La responsabilità del medico, Civile-Penale-Amministrativa. Aggiornato con la riforma Gelli e con la giurisprudenza più recente*, Pisa, 2017; A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018; AA.VV., *Le responsabilità dell'esercente la professione sanitaria dopo la legge 24/2017*, a cura di C. Bottari e P. De Angelis, Bologna, 2018; P. IANNONE, *La responsabilità medica. Le novità della legge 24/2017*, Roma, 2018; AA. VV., *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli Bianco (legge 24/2017)*, a cura di F. VOLPE, Bologna, 2018; AA.VV., *La nuova responsabilità medica. Le responsabilità della struttura e quelle del medico ("strutturato" e non). Le linee guida – Il consenso informato – La privacy. Le nuove frontiere: Artificial Intelligence, staminali, product liability, medicina "estetica". I profili processuali*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2018; AA.VV., *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24. «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie»*, a cura di B. Meoli, S. Sica e P. Stanzione, Napoli, 2018; AA.VV., *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, a cura di G. ROMAGNOLI, Napoli, 2018; D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, Milano, 2018; AA.VV., *Responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità civile*, diretta da F. MARTINI, M. RODOLFI, Milano, 2018; AA.VV., *La responsabilità medica*, diretto da P. Cendon. *Guida operativa alla riforma Gelli Bianco. Inquadramento, profili civili e penali, assicurazione, procedimento stragiudiziale e giudiziale, casistica*, a cura di N. Todeschini, II ed., Milano, 2019; C.M. MASIERI, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla legge Gelli-Bianco*, Milano, 2019; N. POSTERARO, *La responsabilità del medico nelle prime applicazioni della legge Gelli-Bianco*, Roma, 2019; AA.VV. *Responsabilità medico sanitaria e risarcimenti. Quali nuovi scenari dopo le sentenze del "San Martino 2019" e la pandemia Covid-19?*, Milano, 2021.

[6] Esprime rammarico per la scelta operata dal legislatore C. CASTRONOVO, Swinging malpractice. *Il pendolo della responsabilità medica*, in *Europa dir. priv*., 2020, 853 ss., il quale sottolinea la necessità di evitare un'applicazione "manichea" della disciplina attraverso, in primo luogo, l'esclusione delle fattispecie antecedenti alla sua entrata in vigore dal suo ambito applicativo (p. 857). L'A., peraltro, nel merito, ritiene che la scelta del legislatore riproponga i problemi cui si era ovviato con la decisione n. 589/1999 della Cassazione e dia luogo a una "disfunzionalità" del sistema (p. 862 ss.). Si interroga, sulle conseguenze della riforma sanitaria "sulle figure di contatto sociale che continuano a trovare applicazione giurisprudenziale" D. PITTELLA, *Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico: rigetto locale o totale del contatto sociale "qualificato"*, in *Contr. impr*., 2020, 452 ss.



Alla novità legislativa cui si è fatto cenno, la quale cerca di offrire una riorganizzazione complessiva del settore sanitario, si sono affiancate normative, altrettanto importanti, di carattere settoriale [7] di cui si deve tenere conto per una corretta ricostruzione dello statuto della responsabilità medica. Una rilevanza determinante ha assunto anche la cospicua produzione giurisprudenziale che ha contribuito a delineare i tratti fondanti del sistema della responsabilità sanitaria.

La valutazione dell'efficienza del sistema sanità globalmente inteso deve tuttavia essere operata ponendo sempre in una posizione privilegiata l'interesse del paziente al quale devono essere assicurate le condizioni necessarie per una piena realizzazione della sua personalità ed una soddisfacente tutela dei suoi diritti.

E proprio l'assunzione di questa prospettiva di analisi è utile come criterio per svolgere un'indagine sull'attuale livello di tutela riconosciuto al paziente, alla luce non solo delle novità normative ma anche delle recenti decisioni giurisprudenziali che hanno inciso su posizioni che sembravano ormai costituire dei punti saldi e delle certezze nella materia.

2. – La dottrina appare decisamente divisa sulla scelta operata dalla legge Gelli-Bianco di distinguere nell'art. 7 [8] la responsabilità del medico, e più in generale degli operatori sanitari, in responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Da un lato vi sono i fautori o i nostalgici della teoria del contatto sociale, dall'altro vi sono coloro che non hanno mai condiviso tale ipotesi ricostruttiva e pertanto hanno considerato la novità legislativa condivisibile ed in grado di riportare ordine in un sistema che ingiustificatamente si era sempre più allontanato dalla disciplina codicistica e dall'impostazione tradizionale, dando luogo ad effetti distorsivi che avrebbero meritato di essere superati ben prima.

La teoria del contatto sociale trova applicazione nel settore sanitario con la storica sentenza della Cassazione n. 589/1999 [9], la quale afferma espressamente di voler aderire a quell'orientamento sostenuto in dottri-

---

[7] Emblematica, in tale prospettiva, è la l. n. 219 del 22 dicembre 2017 («*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*»), la quale, rafforzando il ruolo del consenso informato del paziente, determina evidenti conseguenze sulla configurazione della relazione tra medico e paziente. Sul punto Cfr. M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, 2 s.

[8] La norma rubricata "Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria" afferma al primo comma che "La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata, che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose e colpose", precisando al comma successivo, che la medesima disciplina si applica anche per le prestazioni rese "in regime di libera professione intramuraria, o nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica, o in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale, nonché attraverso la telemedicina". Nel terzo comma, invece, prevede che "L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente". Sul punto cfr. C.M. CELOTTO, *La prova del danno da errore medico. La causalità nella responsabilità sanitaria dopo il decalogo di San Martino*, Santarcangelo di Romagna, 2020, p.104 s., secondo la quale il fatto che l'art. 2043 c.c. trovi applicazione non solo al medico dipendente ma anche alle altre due ipotesi richiamate dalla norma comporta la difficoltà di distinguere queste ultime dal caso "in cui il paziente si rivolge ad un medico libero professionista presso una struttura privata in cui magari esercitano più soggetti nel quadro di un'organizzazione comune di mezzi e persone" soggetto all'applicazione dell'art. 1218 cc. Si tratta infatti di "situazioni sostanzialmente uguali (…) disciplinate dal legislatore in termini nettamente diversi". Rileva "i limiti e le lacune di una qualificazione legislativa aprioristica" e non attenta al caso concreto, V. ROTONDO, *Responsabilità medica e autodeterminazione della persona*, Napoli, 2020, 93.

[9] Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Resp. civ. prev*., 1999, 661 ss., con nota di M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*; in *Foro it*., 1999, I, c. 3332 ss., con nota di F. DI CIOMMO, *Note*



na che configura un'obbligazione senza prestazione ai confini tra torto e contratto, rompendo la stretta relazione sussistente tra fonte dell'obbligazione e disciplina del rapporto [10].

La decisione ha costituito oggetto di numerosi commenti che hanno evidenziato come la tesi sostenuta avesse dato luogo, sin dall'inizio della sua formulazione, ad autorevoli voci critiche fondate su ragioni tanto diverse quanto riccamente articolate [11]. Ripercorrere tutti i passaggi del dibattito ad anni di distanza potrebbe apparire compito impervio e forse nemmeno utile per lo scopo che il lavoro si pone. Tuttavia non si può evitare di ricordare come le motivazioni espresse dalla Corte, nonostante la dichiarata adesione alla posizione autorevolmente sostenuta in dottrina, avessero suscitato perplessità per il discutibile accostamento che si era effettuato tra contatto sociale qualificato e rapporti contrattuali di fatto [12].

Al riguardo sia consentita una brevissima digressione sulla discussa categoria dei rapporti contrattuali di fatto.

Nella loro indubbia varietà, le ipotesi che tradizionalmente hanno impegnato la dottrina dedita allo studio dei rapporti contrattuali di fatto sono state ricondotte in tre gruppi essenziali: i rapporti che traggono origine da un contatto sociale, in particolare dai rapporti di cortesia o dalle relazioni precontrattuali, i rapporti caratterizzati dall'inserimento in una fattispecie comunitaria, nel cui ambito rientrerebbero la società di fatto e il lavoro di fatto, e i rapporti che derivano da un obbligo sociale di prestazione, riguardanti la prestazione di servizi offerti al pubblico [13].

Come si è correttamente sottolineato, questa impostazione non ha resistito alle critiche della dottrina successiva nemmeno in Germania sicché all'originaria tripartizione si è sostituita una bipartizione conseguente all'esclusione del primo gruppo d'ipotesi dalla categoria, motivata essenzialmente dalla sua eccessiva genericità [14]. Così delineato l'ambito di rilevanza dei rapporti contrattuali di fatto, l'attenzione si è incentrata da un lato sulle ipotesi in cui l'instaurazione di un rapporto giuridico deriva da un obbligo sociale di prestazione ed è ravvisabile un'oggettiva difficoltà nel rinvenire il fatto costitutivo del rapporto, dall'altro su quelle fattispecie nelle quali si determina una patologia nel fatto giuridico negoziale costitutivo del rapporto e, tuttavia, interviene l'effettivo svolgimento di fatto dell'attività che da tale fatto costitutivo avrebbe dovuto trarre origine. Si spiega dunque agevolmente perché nel primo caso il dibattito ha

---

critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero; in *Danno e resp*., 1999, 781 ss., con nota di R. De Matteis, *La responsabilità medica tra* scientia iuris *e regole di formazione giurisprudenziale*; *ivi*, 294 ss., con nota di V. Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corr. giur*., 1999, 441 ss., con nota di A. di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione.*

[10] Cfr. C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 554, il quale fa notare come il medico, pur non obbligato alla prestazione nei confronti del paziente, ingenera in esso quell'«affidamento in misura rilevante» che il nuovo § 311 III BGB pone a fondamento autonomo di una responsabilità da violazione di un rapporto obbligatorio costituito di soli obblighi di protezione.

[11] Cfr., di recente, A. Di Majo, *La salute responsabile*, cit., 5 s., il quale sottolinea come la decisione sia stata oggetto di "considerazioni di ordine critico" tali da rendere necessario un ripensamento del percorso seguito dalla giurisprudenza e dalla dottrina sul tema della responsabilità del medico. In particolare l'A. da un lato ritiene non appagante "il raffronto della responsabilità del medico con le note categorie del contratto e del torto", dall'altro afferma la necessità, per una corretta analisi del fenomeno, di tenere conto principalmente del contesto normativo in cui esso si colloca, circostanza che richiede un confronto con lo statuto proprio che caratterizza la professione protetta da cui derivano "obblighi specifici di comportamento".

[12] Di recente ribadisce C. Cicero, *La presunta eclissi della responsabilità, tra contratto e torto, da contatto sociale*, in AA.VV., *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli Bianco (legge 24/ 2017*), a cura di F. Volpe, cit., 68, come "La tematica del rapporto contrattuale di fatto va tenuta nettamente distinta da quella del contatto sociale".

Per un'analisi sull'evoluzione della teoria del contatto sociale in Germania cfr. C.W. Canaris, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ*., 2017, 1 ss.

[13] Cfr. C. Angelici, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 2.

[14] Sul punto v. C. Angelici, *op. loc. ult. cit*.



avuto principalmente ad oggetto la possibilità di individuare nel fatto della utilizzazione di servizi offerti al pubblico una manifestazione della volontà corrispondente a quella richiesta dal sistema contrattuale, nel secondo caso, sussistendo comunque una volontà indirizzata alla costituzione del rapporto, il problema si è spostato sulla spiegazione da fornire all'inapplicabilità della disciplina dell'invalidità al rapporto che trae origine da un fatto costitutivo invalido [15].

Al di là delle differenze ravvisabili in ciascuna singola ipotesi che comprende l'articolata e discussa categoria, caratteristica comune dei rapporti di fatto è rappresentata dalla circostanza che essi hanno origine indipendentemente dalla sussistenza di un contratto – il quale manca *ab origine* ovvero è inidoneo alla costituzione del rapporto – assumendo rilievo per la produzione degli effetti l'attuazione del rapporto nella realtà pratica. Così nell'ambito dei rapporti contrattuali dovrebbero individuarsi i rapporti che traggono origine da un contratto e quelli che, all'opposto, traggono origine da un rapporto di fatto.

Svolte queste brevi considerazioni, si può affermare che la sentenza della Cassazione n. 589/1999 ha evidenziato un limite, difficilmente negabile, rappresentato dall'impiego, alquanto disinvolto, di categorie – rapporti di fatto e contatto sociale – non assimilabili e sovrapponibili. Tuttavia è pur vero che essa ha dato vita ad un orientamento che ha finito nettamente col prevalere, oltre e al di là delle critiche mosse di impurità concettuale e di ambiguità ricostruttiva [16].

Un orientamento che non poteva non prevalere visto che il binomio responsabilità contrattuale-tutela del paziente sembrava nettamente preferibile al binomio responsabilità extracontrattuale-tutela del paziente, consentendo il primo, rispetto al secondo, una maggiore garanzia per il paziente [17].

---

[15] A.M. SINISCALCHI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. dir. Sole 24 ore*, diretta da S. PATTI, Milano, 2007, 603 s., la quale sottolinea come "per la cultura giuridica italiana (…) la dottrina dei rapporti contrattuali di fatto si dimensiona sulle ipotesi nelle quali non viene in gioco una questione in ordine alla sussistenza di una dichiarazione che possa fondare il consenso" ma si restringe "all'area dei comportamenti esecutivi che si svolgono in dipendenza di un contratto invalido". Pertanto l'ambito problematico si concentra "su quelle ipotesi nelle quali, a fronte delle conseguenze che la legge dovrebbe far ordinariamente derivare dalla nullità di un contratto, si rinvenga, per gli atti di esecuzione programmati dalla fattispecie invalida o a essa comunque riferibili, un trattamento normativo in qualche misura differenziato, che (…) sottrae il rapporto di fatto dall'indistinta tipologia dei comportamenti giuridicamente irrilevanti".

[16] Cfr. sul tema E. NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in *Pers. merc.*, 2011, 190 ss., la quale evidenzia gli aspetti critici presenti nel ragionamento sostenuto dalla Corte, anche alla luce delle riflessioni svolte da una parte della dottrina sul punto. Secondo l'Autrice la fragilità della tesi dell'obbligazione senza prestazione ha determinato la necessità di un successivo cambiamento di rotta nella giurisprudenza la quale, «pur confermando l'esito della responsabilità contrattuale da contatto sociale, (…) puntualizza che "non si tratta di contatto sociale dal quale insorge, secondo quanto prospettato da una parte della dottrina, una obbligazione senza prestazione. Nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente"», (in tal senso Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1824, con nota di GORGONI citata alla nota n. 17). Ad avviso dell'A. "L'emendamento concettuale, dietro una semplicità disarmante, cela invero un'implacabile fragilità teorica, poiché viene a mancare una qualunque spiegazione del passaggio dalla dimensione del contatto puramente sociale al piano della rilevanza giuridica (…). Là dove, dunque, la Cassazione si allontana dal paradigma dell'obbligazione senza prestazione, inevitabilmente abbandona una possibile (ma inadeguata) ragione del passaggio dal contatto sociale al piano giuridico, senza sostituirla con ulteriori e convincenti argomentazioni" (p. 191). Cfr. di recente G. VETTORI, *Effettività tra legge* e *diritto*, Milano 2020, 189 ss., il quale, nel rilevare come il contatto sociale sia stato "abrogato" dalla riforma legislativa del 2017 che "impone, per legge, la qualifica giuridica di un fatto (la responsabilità del sanitario)", sottolinea come il ricorso alla figura del contatto sociale "in assenza di un criterio dogmatico rigoroso, era certo divenuto potenzialmente amplissimo. E proprio questo è stato il timore della dottrina e degli operatori preoccupati per l'erosione di margini certi nel sistema della responsabilità civile".

[17] Osserva G. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 394, come «Sempre più spesso si fa riferimento al "contatto sociale'' per attrarre nell'area contrattuale una serie di rapporti e per invertire l'onere probatorio in presenza di una posizione soggettiva del danneggiato ritenuta meritevole di particolare protezione».



3. – Non è possibile procedere, in questo contesto, ad un esame dettagliato delle diverse posizioni critiche sostenute in dottrina nei confronti delle scelte operate con la riforma Gelli-Bianco. Ci si limita, pertanto, a richiamare, nella varietà delle posizioni assunte dagli Autori, gli argomenti fondanti da cui emerge chiaramente una valutazione negativa in ordine alla scelta di differenziare il regime di responsabilità nell'ambito sanitario. La possibilità di agire nei confronti del medico dipendente in base all'art. 2043 c.c. e non più sulla base delle norme sulla responsabilità contrattuale comporta un più gravoso onere probatorio per il paziente, il quale dovrà provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito e dunque la condotta colposa, il nesso di causalità e il danno, e inoltre dovrà far valere la sua pretesa nel più breve termine quinquennale di prescrizione.

Con una espressione colorita, ma indubbiamente efficace, si è parlato di "ritorno al passato", al tempo in cui la distinzione disciplinare tra medico dipendente e libero professionista era ampiamente impiegata ed era perfettamente coerente con l'applicazione delle regole codicistiche e con la netta distinzione della categoria della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Al riguardo, con varietà di argomenti e differenti prospettive ricostruttive, si è sottolineata la paradossale conseguenza di questo ritorno al passato [18], che ha comportato la cancellazione di importanti traguardi raggiunti grazie all'opera innovativa della giurisprudenza ed ha condotto ad una situazione inspiegabilmente meno garantista per il paziente rispetto al passato, vanificando l'apprezzabile opera di superamento di dogmi radicati al fine di allargare l'area di responsabilità del medico e assicurare giusto ristoro alle vittime di errori sanitari.

4. – In senso opposto, si è sottolineato come il ritorno al passato sarebbe solo apparente e non sostanziale [19], giacché frutto di un'indubbia visione settoriale e non complessiva della riforma. Focalizzare l'atten-

[18] L'espressione è utilizzata con preoccupazione da numerosi Autori. Cfr., sul tema, C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica*, in *www.iurisprudentia.it*, 7, la quale sottolinea come già prima dell'inizio del procedimento parlamentare fossero state sollevate voci critiche con riguardo alla scelta di dar vita ad un doppio binario di responsabilità. In particolare, oltre ai dubbi sulla costituzionalità della norma, si era sottolineato come essa consacrasse «un definitivo 'ritorno al passato'» che non teneva conto da un lato dell'evoluzione della giurisprudenza, dall'altro delle conseguenze negative che avrebbe determinato sulla tutela dei pazienti. Di un ritorno al sistema antecedente alla decisione della Cassazione n. 589/1999 parla F. DI CIOMMO, *Casualità verso causalità: scienza e natura, determinazione e destino nella (nuova?) responsabilità medica*, in AA. VV., *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli Bianco (legge 24/2017)*, cit., 117 s., il quale evidenzia come, oltre ai problemi da ricollegare al diverso regime di responsabilità applicabile, si determineranno situazioni problematiche sia per il fatto che i pazienti dovranno intentare le azioni contro la struttura e i sanitari in forza di due differenti titoli di responsabilità sia per le difficoltà già emerse in precedenza in giurisprudenza nelle ipotesi di "c.d. cumulo tra le azioni di responsabilità verso il medico e la struttura in presenza di diverse norme applicabili". Cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 559, il quale fa notare come "In questo quadro ormai sufficientemente sedimentato, nel quale la responsabilità del medico connotata in esito a una prestazione obbligatoria, si qualifica come contrattuale, è piombata all'improvviso e inopinatamente la regola contenuta nell'art. 7, co. 3, l. 24/2017, che in maniera che possiamo definire solo disarmante, perché ignara delle partizioni fondamentali della responsabilità civile e dei suoi presupposti, sembra qualificare la condotta dannosa del medico alla stregua di un qualunque fatto illecito".

[19] Esclude che si tratti di un ritorno al passato B. MARUCCI, *op. cit*., 118 s., secondo la quale la scelta del doppio regime di responsabilità è il "frutto di una valutazione che tiene conto di una serie di fattori, di natura sia sostanziale sia processuale, all'interno di un quadro complesso e organico che caratterizza (...) il neo provvedimento"; A.M. SINISCALCHI, *Il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuova prospettiva di tutela per il paziente?*, in *Danno e resp.*, 2019, 461 ss.; G. ALPA, *Dal medico all'équipe, alla struttura, al sistema*, in *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, cit., 228. Ritengono che "il ritorno al passato" sia "in linea di principio innegabile" ma al contempo evidenziano "come, nei fatti, la realtà (sostanziale e processuale) rifletta, oggi sensibili differenze" D. ZORZIT, F. GARZELLA, *Onere della prova nella responsabilità sanitaria, dopo la riforma Gelli*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 393. Cfr. M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e resp*., 2017, 82, il quale ritiene



zione su uno solo degli aspetti – differenziazione del regime di responsabilità – ha finito, secondo tale diversa impostazione, coll'assolutizzare un profilo di indubbio rilievo, quello della natura della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, la cui incidenza sul complesso sistema non può essere correttamente inteso in assenza di un'analisi globale del testo, da cui emergono rilevanti elementi di novità che si colgono nell'impianto generale e indubbiamente caratterizzano le scelte operate. E proprio queste considerazioni dovrebbero indurre una maggiore prudenza rispetto a conclusioni affrettate in ordine ad una presunta riduzione di tutela in capo al paziente vittima di un errore sanitario, valutazione che potrebbe essere condivisa solo in assenza di altri interventi che, all'opposto, hanno rafforzato nettamente la posizione del paziente rispetto alla normativa antecedente. In questa prospettiva non può non rilevarsi la centralità della gestione e prevenzione del rischio sanitario come strumento di riduzione del contenzioso che si combina con la scelta di indirizzare le azioni di responsabilità verso la struttura (responsabile contrattualmente) invece che sui medici dipendenti (responsabili extracontrattualmente) [20]. Nella stessa dimensione vanno lette le altre novità introdotte nel sistema. Al riguardo si pensi all'azione diretta del paziente nei confronti dell'impresa assicuratrice del danneggiato, al diverso impianto complessivo del sistema assicurativo con la previsione anche di un fondo di garanzia per i danni che derivano dalla responsabilità sanitaria nonché all'impiego di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, fondamentali per rendere più agevole la soddisfazione del paziente danneggiato e la riduzione del contenzioso.

5. – La complessa vicenda giuridica che negli ultimi anni ha avuto ad oggetto la responsabilità medica è indice di un continuo tentativo di mediazione tra esigenze diverse. Le legittime istanze dei medici e dei pazienti necessitano una composizione, coerente con gli obbiettivi perseguiti nei diversi momenti storico-culturali di riferimento, la cui attuazione non sempre risulta agevole. Alla fase iniziale di forte squilibrio a favore del personale medico è infatti seguito un altrettanto evidente fenomeno di sbilanciamento delle tutele a favore del paziente. La nuova legge, dunque, cerca di superare tale anomalia e pur riproponendo, in conformità con l'impostazione tradizionale, la distinzione tra responsabilità del medico dipendente dalla struttura e medico libero professionista (il primo assoggettato alla responsabilità extracontrattuale, il secondo a quella contrattuale), introduce, a differenza di quanto potrebbe apparire ad una prima valutazione, elementi significativi di innovazione. Pur con i limiti e le criticità che sono state evidenziate dagli Autori che ne hanno contestato l'impianto, la riforma introdotta con la legge Gelli-Bianco ha comunque il merito di aver ridefinito i rapporti tra gli artefici del rapporto di cura senza incidere, a nostro avviso, sul grado di tutela riconosciuto al paziente, al quale sono stati assegnati diversi e aggiuntivi strumenti di protezione. La riduzione della tutela del paziente non può essere considerata un effetto inevitabile e necessario dell'adozione di un doppio regime di responsabilità [21].

"il ritorno all'antico" una lineare osservanza delle regole codicistiche sulla responsabilità "al riparo da certi abusi indotti dalle eccentriche teorie del contratto sociale".

[20] Sottolinea M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e resp.*, 2017, 272, che l'intento di indirizzare le azioni risarcitorie verso la struttura, consentendo ai medici di lavorare senza la preoccupazione di essere esposti ad azioni risarcitorie, è stato raggiunto solo parzialmente in quanto, nonostante la prevista differenziazione del regime di responsabilità del medico e della struttura, non può escludersi che "la vittima vittoriosa possa far valere la sentenza resa esecutiva nei confronti del medico e non nei confronti dell'ospedale o della sua assicurazione". Una scelta più decisa avrebbe potuto comportare "di canalizzare la responsabilità nei confronti della sola struttura, lasciando al medico il rischio della rivalsa in caso di dolo o colpa grave".

[21] A.M. SINISCALCHI, *Il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuova prospettiva di tutela per il*



Al contrario, l'analisi sistematica e complessiva della nuova disciplina consente di ritenere raggiunto un equo contemperamento degli interessi in gioco, in cui il regime differenziato di responsabilità degli esercenti la professione sanitaria rappresenta un mero tassello di un progetto più ampio con caratteristiche di indubbia novità. In questa prospettiva la maggiore difficoltà probatoria a carico del paziente che agisce verso il medico dipendente dalla struttura, oltre ad essere funzionale al raggiungimento di uno degli obbiettivi che si pone la legge (diversa gestione del rischio sanitario)[22], risulta ampiamente bilanciata dal riconoscimento di aggiuntivi strumenti di tutela. Peraltro, in sede di prima lettura della legge Gelli Bianco, si è rilevato che non si sarebbe potuto escludere che la reintrodotta differenziazione disciplinare potesse essere fortemente ridimensionata in sede applicativa attraverso l'utilizzo di meccanismi di diversa distribuzione dell'onere probatorio rispetto a quello che ordinariamente dovrebbe gravare sul danneggiato ai sensi dell'art. 2043 c.c.[23]: si pensi all'impiego della distinzione, tra interventi di facile e difficile esecuzione, all'utilizzo del criterio della c.d. "vicinanza della prova"[24], ma anche al ruolo decisivo della consulenza tecnica d'ufficio nell'individuazione della responsabilità professionale[25]. Insomma, alla luce dell'importante funzione storicamente svolta dalla giurisprudenza nel settore della responsabilità medica, la reale portata innovativa dovrà essere valutata alla stregua delle concrete soluzioni che si affermeranno e consolideranno nella prassi[26], alle quali, dunque, sarà opportuno prestare la massima attenzione. Al riguardo assume rilievo decisivo la recente giurisprudenza di Cassazione, espressa con le decisioni di San Martino del 2019[27], il cui impatto sui precedenti e consolidati orientamenti richiede un'attenta e critica riflessione, al fine di comprendere gli effetti dei "rivoluzionari", o secondo opposta prospettiva, "reazionari" interventi normativi cui sinteticamente si è fatto cenno in apertura del discorso.

---

paziente?, cit., 467 ss.; ID., *La responsabilità medica e la tutela del paziente*, in *Quad. conc*., a cura di C. PILIA, Cagliari, 2019, 217 ss.

[22] Rilevano F. GELLI, M. HAZAN, *La riforma "Gelli", principi ispiratori e coordinate di base*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 1 ss., come la nuova legge abbia inteso modificare il precedente approccio culturale caratterizzato da una tutela del paziente fondata su un sistema essenzialmente sanzionatorio favorendo, al contrario, un sistema basato sulla prevenzione attraverso la responsabilizzazione "*ex ante*" dei soggetti che detengono "il governo e l'organizzazione del rischio clinico".

[23] Sul punto cfr. M. FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, in *Resp. medica*. *Diritto e pratica clinica*, 2017, 10 s., il quale, sulla base di articolate motivazioni, dubita che la configurazione della responsabilità in termini extracontrattuale darà luogo ad un cambiamento del riparto dell'onere della prova modificando una prassi consolidata da decenni.

[24] Secondo R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2017, 453 s., "Se è vero che nell'àmbito della responsabilità civile spetta di massima al danneggiato provare la colpa quale elemento costitutivo della pretesa risarcitoria, è altrettanto vero – come notato – che grazie al criterio ancorato alla vicinanza della prova e alla verosimiglianza del rapporto eziologico tra intervento maldestro del medico e pregiudizi subiti dal paziente, la linea di confine in *subiecta* materia fra *neminem laedere* e obbligazione contrattuale tende, in termini realistici, a diradarsi".

Sulla difficoltà di cogliere la natura e la funzione del principio di vicinanza della prova cfr. F. FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi…*, in *Contr. impr*., 2016, 360 ss., il quale evidenzia, attraverso il richiamo di numerose decisioni, il differente impiego che tale principio ha avuto nella giurisprudenza.

[25] G. PONZANELLI, Medical malpractice: *la legge Bianco Gelli. Una premessa*, in *Danno e resp.*, 2017, 269 s., secondo cui l'utilizzazione, tanto nel giudizio di responsabilità contrattuale che extracontrattuale, della consulenza tecnica d'ufficio per valutare la sussistenza della colpa professionale "stempera e riduce di molto la differenza tra i due regimi di responsabilità, che, al di là del termine più ridotto previsto per la prescrizione, sarebbe evidente almeno per quanto riguarda l'onere della prova". Sul punto cfr. C. CASTRONOVO, Swinging malpractice. *Il pendolo della responsabilità medica*, cit., 855, secondo cui la consulenza tecnica d'ufficio funge da vera e propria "stanza di compensazione" che consente di stemperare il peso del carico probatorio che grava sul medico o sul paziente in forza della riconducibilità della responsabilità al modello contrattuale o extracontrattuale.

[26] Affermano con decisione D. ZORZIT, F. GARZELLA, *op. cit*., 409 s., che un'operazione interpretativa volta ad invertire l'onere della prova, che in base all'art. 2043 c.c. grava sull'attore danneggiato, "non dovrebbe in nessun modo essere autorizzata; anzi dovrebbe considerarsi addirittura vietata" in quanto sarebbe contraria non solo alla *ratio* della legge Gelli ma anche alla previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 7.

[27] Sul punto si rinvia alla nota 26 e al § successivo: *Le nuove tendenze giurisprudenziali: nesso di causalità ed onere della prova*.



6. – Solo per comodità del lettore, prima di procedere all'analisi delle più recenti sentenze successive alla legge Gelli-Bianco, si richiamano i principali strumenti impiegati dalla prassi giurisprudenziale per incidere sull'ordinario meccanismo di distribuzione dell'onere probatorio.

In primo luogo, è doveroso ricordare la scelta, per lungo tempo assunta nelle decisioni in tema di responsabilità medica, di riservare un differenziato trattamento giuridico agli interventi di facile e di difficile esecuzione. La distinzione, come è noto, ha portato la giurisprudenza ad introdurre un regime probatorio fortemente semplificato per il paziente il quale, nell'ipotesi di esito infausto di un intervento di *routine* poteva assolvere all'onere probatorio, necessario ai fini del riconoscimento della responsabilità del professionista, con la mera prova dell'esito negativo dell'operazione e del carattere *routinario* dell'intervento. Infatti, secondo la ricostruzione richiamata, il mancato raggiungimento del risultato auspicato dal paziente faceva presumere la colpa del sanitario con la conseguenza che spettava al medico provare che le conseguenze peggiorative dell'intervento dipendessero da una causa imprevedibile a lui non imputabile.

Ad inaugurare tale orientamento giurisprudenziale fu la decisione della Cassazione del 21 dicembre 1978, n. 6141, la quale giunse alla conclusione che la facilità degli interventi effettuati per l'eliminazione della patologia da cui era affetto il paziente e l'esito negativo dell'intervento costituivano condizioni sufficienti per far presumere l'inadeguata o non diligente prestazione del professionista [28]. Tale impostazione, è stato rilevato, aveva ristabilito il regime probatorio dettato dall'art. 1218 c.c., alterato dalla rilevanza assegnata alle obbligazioni di mezzi, e aveva dato luogo contestualmente ad una doppia presunzione: quella in ordine alla sussistenza della colpa professionale e quella relativa alla sussistenza del nesso di causalità [29].

Ulteriore e significativa modifica interpretativa si collegò all'affermazione del nuovo corso giurisprudenziale aperto con la nota decisione delle Sezioni Unite della Cassazione del 30 ottobre 2001, n. 13533 [30], la quale, applicando il criterio della vicinanza della prova, introdusse il fondamentale principio secondo cui vi è un regime probatorio unico indipendentemente dal fatto che il creditore agisca per l'adempimento, per la risoluzione o il risarcimento del danno. Nello specifico il creditore "deve dare la prova della fonte negoziale o

---

[28] Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it*., 1978, I, 1, c. 953, secondo cui "Quando il cliente abbia provato in giudizio che l'intervento operatorio applicato dal chirurgo al suo stato patologico era di facile esecuzione, e che tali erano pure (ove questa ulteriore prova fosse necessaria) le successive prestazioni post-operatorie, ed abbia inoltre provato che a quell'intervento di facile esecuzione (nonché, se del caso, alle successive prestazioni post-operatorie) è conseguito un risultato peggiorativo, essendo le sue condizioni finali deteriori rispetto a quelle preesistenti, non può non presumersi la inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale: presunzione, questa, basata appunto sulla regola di comune esperienza nel settore (…) e sull'aberrante risultato conseguito. Sicché il cliente, fornendo la dimostrazione di quegli elementi, sui quali è possibile fondare la presunzione, ha adempiuto l'onere probatorio a suo carico. Ed allora spetta al chirurgo fornire la prova contraria: di aver eseguito adeguatamente e diligentemente la prestazione professionale, e che l'esito peggiorativo fu causato dal sopravvenire di un evento imprevisto ed imprevedibile secondo l'ordinaria diligenza professionale oppure dall'esistenza di una particolare condizione fisica del cliente non accertabile con il medesimo criterio dell'ordinaria diligenza professionale".

[29] In tal senso cfr. R. De Matteis, *La responsabilità medica, un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 436, la quale chiarisce che si presume che l'esito infausto sia "causalmente riferibile alla condotta del soggetto di cui si presume la colpa".

[30] Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it*., 2002, I, c. 769, con nota di P. Laghezza, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Contratti*, 2002, 113, con nota di U. Carnevali, *Inadempimento e onere della prova*; in *Studium iuris*, 2002, 389, con nota di M. Farneti, *Inadempimento e onere della prova*; in *Riv. dir. civ*., 2002, II, 707, con nota di G. Villa, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*; in *Nuova giur. civ. comm*., 2002, I, 355, con nota di B. Meoli, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*; in *Dir. giust*., 2001, 24, con nota di M.R. San Giorgio, *Contratti: al debitore (convenuto) tutto l'onere di provare l'adempimento*; in *Corr. giur*., 2001, 1569, con nota di V. Mariconda, *Inadempimento ed onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Guida al dir*. 2001, fasc. 45, 41 ss., con nota di E. Sacchettini, *Il creditore che propone l'azione giudiziaria non deve provare l'inadempimento del debitore*; in *Contr. impr*., 2002, 903, con nota di G. Visintini, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento*).



legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte: sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento" [31]. A tale decisione fecero seguito numerose sentenze conformi in materia di responsabilità medica, di cui è nota la rilevanza applicativa [32].

Limitandomi a tracciare le linee essenziali dell'evoluzione del regime della responsabilità medica, rispetto alla quale l'apporto della giurisprudenza pratica è risultato particolarmente vivace, non può non prendersi atto dell'ulteriore riflessione critica sulla rilevanza della tradizionale distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato e delle conseguenze ad essa riconducibile [33] sotto il profilo della distribuzione del carico probatorio [34].

---

[31] Precisa ulteriormente Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., che "l'esenzione del creditore dall'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento in tutte le ipotesi di cui all'art. 1453 c.c. (e non soltanto nel caso di domanda di adempimento), con correlativo spostamento sul debitore convenuto dell'onere di fornire la prova del fatto positivo dell'avvenuto adempimento, è conforme al principio di riferibilità o di vicinanza della prova. In virtù di tale principio, che muove dalla considerazione che il creditore incontrerebbe difficoltà, spesso insuperabili, se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione, l'onere della prova viene infatti ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione. Ed appare coerente alla regola dettata dall'art. 2697 c.c., che distingue tra fatti costitutivi e fatti estintivi, ritenere che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto azionato dal creditore, spetti al debitore convenuto, che dovrà quindi dare la prova diretta e positiva dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione".

[32] Sul punto cfr. M. FACCIOLI, *"Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria*, in *Contr. impr*., 2014, 93 ss., il quale richiama una serie di sentenze del 2004 (nota 49) da cui risulta il superamento della distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione come criterio di ripartizione del carico probatorio e l'applicazione alla responsabilità medica del regime probatorio delineato, per l'inadempimento delle obbligazioni in generale, dalla richiamata Cassazione del 2001, n. 13533. Ad avviso dell'A., tuttavia, "i nuovi orientamenti giurisprudenziali emersi a partire dal 2004" non hanno inciso sul regime dell'onere della prova del nesso di causalità che ha continuato a gravare sul paziente fino alla decisione del 2008 n. 577, con la quale si è posta una presunzione di sussistenza del nesso di causalità. Tale ricostruzione delle sezioni unite, rileva l'A., non ha trovato una pacifica applicazione in giurisprudenza e non sembra condivisibile; N. Rizzo, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze* (commento a Cass. 11 novembre 2021, n. 28991), in *Nuova giur. civ. comm*., 2020, I, 326, secondo il quale non deve essere ignorato il fatto che tradizionalmente fino all'inizio degli anni 2000 e anche, non raramente, dopo la decisione del 2001, i giudici "hanno sempre richiesto al paziente di provare il nesso causale: fino alle fine degli anni '70 in tutte le fattispecie di responsabilità medica; da quel momento in tutti i casi che non avessero ad oggetto interventi sanitari classificabili come routinari". Sul punto cfr. G. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, cit., 395 s., il quale considera la scelta di esimere il creditore dalla prova del nesso di causalità ritenendo sufficiente l'allegazione di un inadempimento qualificato, cioè astrattamente idoneo alla produzione del danno, "un modo razionale di amministrazione del danno perché il professionista può con più facilità fornire la prova sull'inesistenza del nesso di causalità".

[33] Sul tema, con particolare attenzione alla responsabilità medica, cfr. B. MARUCCI, *op. cit*., 16 ss.

Per un esame critico delle principali tesi elaborate sulla contestata distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato cfr. A.P. UGAS, in A.P. UGAS, F.M. BANDIERA, *Commento all'art. 2230*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Dell'impresa e del lavoro*, a cura di O. CAGNASSO, A. VALLEBONA, IV, Torino, 2014, 639, la quale sottolinea come la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato abbia dato luogo a un acceso confronto che ha avuto ad oggetto "la stessa terminologia (...) da utilizzare per individuare i due gruppi che la compongono, la costruzione del contenuto proprio di ciascuno di essi ed il regime di responsabilità cui assoggettarli". Sul tema cfr. anche G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni "governabili o non governabili"*, in *Contr. impr*., 2016, 1391ss.; M. AZZALINI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Categorie giuridiche travisate*, Padova, 2012, 1, il quale in apertura dello studio dedicato alle obbligazioni di mezzi e di risultato sottolinea come la distinzione alimenti un "inesausto dibattito" ritornando periodicamente al centro delle riflessioni della giurisprudenza e della dottrina; F. PIRAINO, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Eur. dir. priv*., 2008, 83 s.; ID., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 509 s.; ID., *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi": le distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contr*., 2014, 891 s.; G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Atti del Convegno svoltosi a Treviso 23-24-25 marzo 2006 per il cinquantenario della *Rivista di diritto civile*, Padova, 2006, 141 s.

Per le opere meno recenti ma emblematiche del vivace dibattito sul tema cfr. F. LEONE, *La negligenza nella colpa extracontrattuale e contrattuale*, in *Riv. dir. civ*., 1915, 100 ss.; G. OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, *ivi*, 1918, 345 ss., spec. 424 ss.; A. GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, Padova, 1941, 90 ss.; E. BETTI, *Teo-*



In un quadro che appariva ormai caratterizzato, come si è detto, da talune linee fondamentali consolidate soprattutto in ordine all'inquadramento della natura della responsabilità medica, l'indubbio impatto della nuova normativa sul piano teorico risulta inevitabilmente condizionato ancora una volta dalla prassi applicativa su temi centrali di indiscusso rilievo, con la conseguenza che solo alla luce delle concrete decisioni dei giudici potrà valutarsi l'effettività del sistema e la reale incidenza delle novità normative sulla misura della tutela riconosciuta al paziente.

7. – Con le sentenze del 2019 in materia di responsabilità sanitaria si conferma il ruolo centrale della giurisprudenza ed invero se ne accentua la rilevanza. Non è un caso che una storica rivista come il Foro italiano alle pronunce più significative della Corte di Cassazione del 2019 abbia deciso di dedicare un fascicolo speciale in cui sono raccolti i primi commenti sui nuovi orientamenti del settore [35]. Significativo è l'approccio al tema che viene chiaramente esplicitato nell'intento di dare ordine al sistema della responsabilità sanitaria attraverso un "intervento nomofilattico preventivo della Corte" [36] al fine di indirizzare le decisioni successive e dar vita ad orientamenti stabili e consolidati sugli aspetti più dibattuti e delicati.

---

ria generale delle obbligazioni, Milano, 1953, 111 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi". Parte I. Studio critico*, in *Riv. dir. comm*., 1954, I, 185 ss.; ID., *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi". Parte II. Studio critico*, *ivi*, 280.; U. BRECCIA, *Diligenza, buona fede e attuazione del rapporto*, Milano, 1968, 107; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 45 ss.; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 60 ss.; P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1959, 1277 ss.

[34] Cfr. l'emblematica decisione della Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, che, sottolinea G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 3° ed., Padova, 2017, 963, ha determinato "la svolta anche in merito alla prova del nesso di causalità" con il conseguente alleggerimento del carico probatorio del debitore il quale dovrà "allegare – e non provare – l'inadempimento e il nesso di causalità fra questo e il danno". L'allegazione deve riguardare un "inadempimento qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno". Fa notare di recente C.M. CELOTTO, *op. cit*., 110, come tale orientamento prevalga nella giurisprudenza di legittimità successiva senza che siano fornite "indicazioni utili su quale debba essere il grado di determinatezza e specificità di tale allegazione" con la conseguenza che si finisce per "svuotare e quindi alleggerire in misura sempre maggiore il contenuto del predetto onere"; N. Rizzo, *op. cit*., 327 s., il quale sottolinea come la decisione del 2008 sugelli e perfezioni un orientamento emerso in un gruppo di pronunce precedenti che avevano fatto applicazione, nell'ambito della responsabilità medica, del principio espresso dalle Sezioni unite del 2001, precisando che l'inadempimento deve essere "qualificato" cioè idoneo a produrre il danno lamentato. In questo modo "l'eliminazione del nesso causale dai fatti costitutivi della pretesa risarcitoria (…) si realizza con l'attrazione del nesso causale all'inadempimento"; R. PUCELLA, *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema*, in *Danno e resp*., 2016, 822, secondo cui «La Corte opera così una sorta di "crasi logica" tra dimostrazione processuale della colpa e della catena causale».

La sentenza può essere letta in *Danno e resp*., 2008, 788 ss., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*; *ivi*, 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*; *ivi*, 1002 ss., con nota di M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; in *Nuova giur. civ. comm*., 2008, I, 612 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*; in *Resp. civ*., 2008, 687 ss., con nota di M. DRAGONE, *Le S.U., la "vicinanza alla prova" e il riparto dell'onere probatorio*; *ivi*, 397 ss., con nota di R. CALVO, *Diritti del paziente*, onus probandi *e responsabilità della struttura sanitaria*; *ivi*, 2009, 221 ss., con nota di C. MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*; in *Resp. civ. prev*., 2008, 856, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*; in *Giur. it*., 2008, 1653 ss., con nota di A. CIATTI; *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*; *ivi*, 2197 ss., con nota di M.G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*; in *Foro it*., 2008, I, c. 455, con nota di A. PALMIERI.

[35] Le sentenze, con i relativi commenti, sono pubblicate nel volume tematico, *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, a cura di R. PARDOLESI, in *Foro it. – Gli Speciali*, 2020.

Indica i punti più significativi delle sentenze del 2019 M. FRANZONI, *Spigolature sulle sentenze di san Martino*, in *Danno e resp*. 2020, 7 ss.

[36] L'espressione è di C. SCOGNAMIGLIO, *Un "restatement" dialogante con la dottrina, così come con i giudici di merito, della*



Se questo è l'intento della Cassazione, non manca chi ha già sottolineato l'opportunità di un atteggiamento prudente rispetto all'effettiva riuscita dell'operazione, in quanto le esperienze pregresse hanno dimostrato la difficoltà di assicurare l'auspicata uniformità giurisprudenziale [37] in una materia complessa e ricca di sfumature come la responsabilità medica.

In ogni caso, al fine di attuare la riorganizzazione del sistema, la terza sezione ha istituito un gruppo di studio ("c.d. progetto sanità"), il quale ha selezionato una pluralità di tematiche degne di attenzione [38]. Tra di esse, qui l'analisi si soffermerà sulle scelte operate con riguardo al nesso di causalità e alla distribuzione dell'onere probatorio [39], per valutare se e quale impatto esse hanno determinato sulla tutela accordata al paziente dopo l'introduzione del doppio regime di responsabilità previsto dalla riforma del 2017.

---

giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità sanitaria, in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., c. 2 (Introduzione al volume), il quale, richiamando l'intento espresso dal Presidente della terza Sezione di pronunciare "sentenze pilota" su questioni di particolare rilevanza al fine di assicurare uniformità giurisprudenziale, sottolinea la funzione nomofilattica "selettiva e preventiva" operata dalla Corte di Cassazione. Sul punto cfr. E. SCODITTI, *La nomofilachia naturale della Corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla "deriva della Cassazione"*, in *Foro it*., 2019, V, c. 422, il quale sottolinea l'intento della terza sezione della Cassazione di attuare "il progetto organizzativo che può essere definito di «nomofilachia preventiva» sia rimuovendo "provvedimenti che contraddicono «l'unità del diritto nazionale»" sia indirizzando i giudici di merito; cfr. anche R. PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in Cassazione: una nota esplicativa* (nota a Cass., 10 dicembre 2019, n. 32124), in *Foro it.,* 2020, I, c. 163, il quale ravvisa il "*quid novi*" nel metodo "che è quello della progettazione condivisa delle soluzioni da assegnare ai nodi controversi o irrisolti della disciplina di settore".

[37] Fa notare C. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit*., c. 6, che le decisioni sono state depositate dopo undici anni dalle sentenze sul danno non patrimoniale di San Martino del 2008, le quali erano state ritenute "in grado di costituire una sorta di statuto del danno non patrimoniale per il terzo millennio". Tale previsione è risultata, alla luce degli sviluppi sul tema, eccessivamente ottimistica, tanto da indurre l'A. ad una maggiore prudenza, almeno sotto il profilo "dell'orizzonte temporale", circa la capacità delle decisioni di San Martino del 2019 di riuscire effettivamente a garantire soluzioni stabili di lungo periodo sul tema della responsabilità sanitaria. Sul punto cfr. R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Sulla «fine della storia» della responsabilità da* «facere» *professionale*, in *Foro it*., 2020, I, c. 1608, i quali, commentando le decisioni della Cass., ord. 18 febbraio 2020, n. 4009 e Cass. 26 febbraio 2020, n. 5128, sottolineano che "si è formalmente fuori dal perimetro «del progetto sanità» con cui la III sezione civile (…) ha voluto dettare le linee guida in tema di responsabilità sanitaria per gli anni a venire"; F. PIRAINO, *Travisamenti pretori in tema di esonero dalla responsabilità contrattuale tra causalità e vicinanza della prova*, in *Foro it*., 2020, I, c. 2000 ss., nota a Cass., ord. 18 febbraio 2020, n. 4009, oltre a ritenere "fallace" tutto "l'impianto motivazionale", sottolinea come l'ordinanza si discosti dalle decisioni del novembre del 2019 generalizzando l'autonomo rilievo del nesso di causalità materiale "sostanzialmente a tutto il campo delle obbligazioni"; R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Frammenti di responsabilità medica. E ricomposizioni problematiche*, in *Foro it.*, 2020, V, c. 337, che, in occasione di tre decisioni della Corte (Cass. 8 luglio 2020, n. 14258; Cass., ord. 6 luglio 2020, n. 13872; Cass, ord. 6 luglio 2020, n. 13870, in *Foro it*., 2020, I, c. 3468), sottolineano come, a poco tempo di distanza dalle decisioni di S. Martino 2019, si ravvisano disallineamenti giurisprudenziali che confermano la difficoltà di realizzare quell'obiettivo di "nomofilachia programmatica" convintamente perseguito dalla Corte.

[38] Sul punto v. C. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit*., c. 2 ss., secondo il quale dalla lettura delle decisioni nel suo complesso si coglie la tendenza a consolidare e razionalizzare gli "indirizzi giurisprudenziali in larga misura già accreditati" al fine di evitare l'insorgere di contrasti in sede di legittimità e di orientare le decisioni dei giudici di merito, anche nell'ottica della riduzione del contenzioso. Ad avviso dell'A. oltre all'intento della prevedibilità delle decisioni, che sicuramente rappresenta un modo nuovo di "declinare la funzione nomofilattica", risulta particolarmente significativo, a livello metodologico, il dialogo con la dottrina che determina nelle sentenze una "interazione creativa tra dottrina e giurisprudenza" in netto contrasto con l'opposta tendenza di una giurisprudenza creativa e di una dottrina remissiva. ID., *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, commento a Cass. 11 novembre 2019, n. 28991 e n. 28992, in *Corr. giur*., 2020, 308, il quale sottolinea il "flusso dialogico continuo tra la prospettiva della dottrina e quella della Corte". Esprime preoccupazione per le decisioni non sostenute da un adeguato apparato argomentativo C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, il cui capitolo II, come ricorda C. SCOGNAMIGLIO, *Un "restatement" dialogante con la dottrina, così come con i giudici di merito, della giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., c. 4 e nota 16, è intitolato "Giurisprudenza creativa e dottrina remissiva".

[39] In particolare, al tema del nesso di causalità sono dedicate le decisioni della Cass. 11 novembre 2019, nn. 28992 e 28991, in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., con nota di R. PARDOLESI, R. SIMONE,



In questa prospettiva, è interessante svolgere qualche breve riflessione alla luce delle due sentenze della Cassazione dell'11 novembre, nn. 28992 e 28991 [40], le quali si pongono, nella sostanza, in linea di continuità con la nota decisione del 26 luglio 2017, n. 18392 [41], che aveva introdotto nel giudizio di responsabilità medica "una doppia linea di causalità" [42], distinguendo, per usare testualmente le parole della Corte, tra il ciclo causale "relativo all'evento dannoso, a monte," e quello "relativo all'impossibilità di adempiere, a valle".

Sulla base di tale distinzione si stabiliva come doveva essere ripartito il carico probatorio.

In particolare, il ciclo causale "relativo all'evento dannoso" doveva "essere provato dal creditore/danneggiato", quello "relativo alla possibilità di adempiere" doveva "essere provato dal debitore danneggiante", con la conseguenza che "la causa incognita resta a carico dell'attore relativamente all'evento dannoso, resta a carico del convenuto relativamente alla possibilità di adempiere" [43]. La sentenza del 2017, n. 18392, oggetto

---

Prova del nesso di causa e obbligazioni di facere professionale: paziente in castigo, c. 136 ss.; ivi, con nota di G. D'Amico, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*, c. 150 ss.; *ivi*, con nota di F. Macario, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*, c. 162 ss.; *ivi*, con nota di F. Piraino, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, c. 169 ss.; *ivi*, con nota di U. Izzo, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, c. 198 ss.

[40] Nel commentare le due decisioni sul nesso di causalità F. Piraino, *op. ult. cit.*, c. 189, parla di "parziale correzione di tiro operata rispetto all'oramai noto precedente del 2017" e di "predisposizione di un più preciso corredo concettuale alla riconferma della regola che assegna al creditore l'onere della prova del nesso di causalità materiale, ancorché circoscritta alla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni di fare professionale". Alla luce di ciò l'A. si propone di verificare se la regola sulla distribuzione dell'onere probatorio della causalità materiale possa risultare meno infondata. Per una ricognizione sintetica delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza sul nesso di causalità cfr. E. Iannello, *Onere della prova del nesso causale nella responsabilità sanitaria. Le oscillazioni del «pendolo» nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *wwwgiustiziainsieme.it*.

[41] Cass. 26 luglio, 2017, n. 18392, in *I nuovi orientamenti della Cassazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2018, 529 ss.; ed in *Foro it*., 2018, I, c. 1348.

[42] L'espressione è di R. Pardolesi, R. Simone, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria. indietro tutta!*, in *Danno e resp*., 2018, 5, secondo i quali la decisione inaugura "una doppia linea di causalità, basata sulla distinzione tra causalità materiale del fatto costitutivo della pretesa risarcitoria (a carico dell'attore) e causalità del fatto estintivo, ossia dell'impossibilità della prestazione (a carico del convenuto)" dando luogo ad "un impianto dogmatico sofisticato anche se opinabile". Sul punto cfr. C. Castronovo, Swinging malpractice. *Il pendolo della responsabilità medica*, cit., 884 s., secondo cui "la doppia sequenza causale, presieduta la prima dal danneggiato e la seconda dall'ipotetico danneggiante è autocontraddittoria, per il fatto che la prima esclude la seconda". Infatti, se il creditore prova la sussistenza del nesso di causalità tra condotta del sanitario e peggioramento dello stato di salute non vi è più spazio per la prova contraria del debitore. Allo stesso modo, qualora il creditore non riesca a fornire la suddetta prova, non sarebbe necessario fornire la prova dell'impossibilità derivante da una causa estranea al debitore. Di recente, in uno studio dedicato al nesso di causalità F. Piraino, *Il nesso di causalità*, in *Europa e dir. priv*., 2018, 430, si sottolinea come "il nesso di causalità materiale non può che essere anche giuridico, nel senso di giuridicizzato, ossia sottoposto a un processo di connotazione in chiave giuridica che adatti le regole causali desunte *aliunde* agli obbiettivi del diritto e alla struttura della responsabilità civile, tanto aquiliana quanto contrattuale. Una tale osservazione potrebbe essere accolta in maniera più proficua se nella prassi lessicale e concettuale di giurisprudenza e dottrina non fosse invalso l'uso che assegna al sintagma "causalità giuridica" la funzione di designare un secondo nesso di causalità rispetto a quello materiale incaricato di circoscrivere l'area dei danni consequenziali risarcibili e quindi posto tra l'evento dannoso primario e gli ulteriori pregiudizi".

Cfr. sul tema G. D'Amico, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp*., 2018, 358, il quale ritiene che "il tema di prova in materia di nesso di causalità deve essere considerato unico ed unitario (sempre trattandosi, in definitiva, di comprendere se la causa dell'evento dannoso subito dal creditore sia o meno da individuarsi nel comportamento del debitore"; concetto ribadito dall'A. in *L'onere della prova nel nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, cit., c. 161.

[43] Cass. 26 luglio, 2017, n. 18392, in *I nuovi orientamenti della Cassazione*, cit., 532 s. La decisione precisa ulteriormente che "ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, è onere del danneggiato provare il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre è onere della parte debitrice provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione: l'onere per la struttura sanitaria di provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione sorge solo ove il danneggiato abbia provato il nesso di causalità fra la patologia e la condotta dei sanitari".



di significative e a nostro avviso fondate critiche in dottrina [44], non è stata smentita dalle decisioni del 2019 [45]. Anzi, a ben vedere, il ragionamento di fondo, pur con alcune precisazioni volte a superare le obiezioni sollevate [46], risulta confermato e destinato ad avere un peso ancora più significativo nell'ottica della funzione nomofilattica preventiva della Corte funzionalizzata a consolidare gli indirizzi precedenti e ad orientare le decisioni future.

---

[44] Tra le numerose voci critiche cfr. R. PARDOLESI, R. SIMONE, *op. loc. ult. cit.*; G. D'AMICO, *La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della c.d. «causa ignota» nella responsabilità medica*, cit., c. 1348 ss., che evidenzia come l'impostazione che risulta dalla pronuncia ponga "un problema di «compatibilità»" con il modello generale costruito in precedenza con riguardo alla distribuzione dell'onere della prova nella responsabilità contrattuale; ID., Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria, in *Danno e resp*., 2018, 349 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento…extra-contrattuale per colpa*, *ivi*, 2019, 248 ss.; F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it*., 2019, 709. In senso adesivo E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.,* 2018, V, c. 265. Cfr. sul tema M. FACCIOLI, *Nesso causale e onere della prova nella responsabilità sanitaria*, *in I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, cit., 550 ss., il quale, nonostante le perplessità che potrebbero derivare dalla scomposizione del nesso causale in due segmenti e dall'affermazione della continuità con l'indirizzo espresso dalla nota Cass. n. 577/2008, esprime un giudizio di indubbio apprezzamento per il "decisivo cambio di rotta nel segno della restaurazione dei più tradizionali e consolidati insegnamenti della dottrina civilistica" secondo cui, indipendentemente dal tipo di responsabilità, incombe sul danneggiato la prova del nesso di causalità tra condotta e danno.

Cfr., oltre alla Cassazione appena richiamata, anche Cass. 14 novembre 2017, n. 26824; Cass. 7 dicembre 2017, n. 29315, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, cit., 529 ss., secondo le quali la prova del nesso di causalità tra condotta e danno grava sul soggetto danneggiato. Per un'analisi delle richiamate decisioni cfr. M. FACCIOLI, *op. ult. cit*., 540 ss., che sottolinea come la reale portata applicativa di questo criterio di riparto dell'onere probatorio dipenderà dal tipo di applicazione che ne farà concretamente la giurisprudenza attribuendo ad esso rigidità o maggiore flessibilità introducendo eccezioni in cui si riconosce la presunzione di sussistenza del nesso causale con riferimento ad ipotesi specifiche" (p. 554 s.). Analoghe considerazioni sono svolte dall'A. nello scritto *Nuovi orientamenti giurisprudenziali sull'onere probatorio del nesso eziologico e sul rischio della "causa ignota" nella responsabilità medica*, in *www.eclegal.it*, 2018, 5. Sul tema cfr. anche I. RICCETTI, *Responsabilità della struttura sanitaria: non è più sufficiente la (già difficile) allegazione dell'inadempimento qualificato per soddisfare l'onere probatorio del danneggiato?* (nota a Cass. 7 dicembre 2017, n. 29315), in *Riv. it. med. leg*. 2, 2018, 712 ss.; B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, in *Danno e resp*., 2018, 14 ss. In senso conforme alle decisioni sopra richiamate cfr. anche Cass. 15 febbraio 2018, n. 3704, in *Cassazione.net*.; Cass. 2 marzo 2018, n. 4928, in *Resp. medica. Diritto e pratica clinica*, 2018, con nota di S. CORSO.

Ripercorre "le principali tappe" dell'evoluzione della giurisprudenza sia civile che penale sul nesso di causalità F. DI CIOMMO, *Casualità verso causalità: scienza e natura, determinazione e destino nella (nuova?) responsabilità medica*, cit., 85 ss.

[45] Sulla identità "del principio di diritto" espresso nelle due decisioni della Cassazione del 2019, nn. 28992 e 28991 e quello che emerge dalla sentenza del 2017, n. 18392, cfr. R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di* facere *professionale: paziente in castigo*, cit., c. 136, i quali rilevano come l'indirizzo sia divenuto "dominante" come emerge chiaramente dalle numerose decisioni conformi. Sul punto si rinvia alle sentenze indicate nella nota 2, c. 136. Dello stesso avviso G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*, cit., c. 151, nota 4, secondo cui «L'indirizzo inaugurato da Cass. 26 luglio 2017, n. 18392 (…) viene sostanzialmente ribadito (sia pure con qualche "messa a punto" argomentativa)».

[46] Di "correzioni di tiro (…) contenute al minimo sindacale" parlano R. PARDOLESI, R. SIMONE, *op. ult. cit*., secondo i quali "lo sforzo ricostruttivo si rivela, per chi voglia prestare un minimo di attenzione, assai posticcio", c. 136 ss.; C. CASTRONOVO, Swinging malpractice. *Il pendolo della responsabilità medica*, cit., 889 ss., il quale, pur apprezzando il ripensamento operato dalla Corte sull'onere della prova nella responsabilità per inadempimento, non trova una giustificazione, né sul piano dogmatico né su quello della disciplina positiva, alla scelta di dettare una particolare disciplina per le obbligazioni di fare professionale. Di diverso parere F. MACARIO, *op. cit*., c. 162, secondo cui, nel ritornare sul tema della prova del nesso di causalità, la Cassazione offre una "pregevole motivazione, che in modo convincente ed esaustivo (come si addice a una sentenza di legittimità, intesa a 'fare il punto', come si usa dire), riesce a fissare i tratti essenziali della questione, anche in risposta ad alcune delle obiezioni rivolte in sede di annotazione delle precedenti pronunce (sempre provenienti dalla terza sezione civile)". Nella stessa prospettiva P. MARIOTTI, *In cammino verso una responsabilità civile più equilibrata solidale e sostenibile*, in *Responsabilità medico-sanitaria e risarcimenti*, cit. 261 ss.; ravvisa nelle decisioni della Corte "lo sforzo, apprezzabile e condivisibile, anche se appunto bisognoso di qualche ulteriore specificazione, di costruire un assetto degli oneri della prova (…) il più possibile modellato sulla specificità della prestazione oggetto dell'obbligazione C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, cit., 313 s.



Dalla lettura della motivazione delle richiamate sentenze del 2019, pur senza entrare nel merito dei singoli passaggi e delle critiche mosse alla scelta di confermare un duplice ciclo causale, risulta una certa ambiguità nel ragionamento a cui, invero, conseguono risultati applicativi di difficile condivisione. Al riguardo ci si limita a evidenziare solo i punti più rilevanti nell'ottica della valutazione della posizione del paziente e del livello di tutela ad esso riconosciuto.

La Suprema Corte, in *primis*, afferma che "Negare che incomba sul paziente creditore di provare l'esistenza del nesso di causalità fra l'inadempimento ed il pregiudizio alla salute (…) significa espungere dalla fattispecie costitutiva del diritto l'elemento della causalità materiale. Di contro va osservato che la causalità relativa tanto all'evento pregiudizievole, quanto al danno consequenziale, è comune ad ogni fattispecie di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, quale portato della distinzione fra causalità materiale ed imputazione" [47]. Dopo tale affermazione, tuttavia, la Cassazione precisa che "Su questo tronco comune intervengono le peculiarità della responsabilità contrattuale". Infatti, in tali ipotesi, "la responsabilità consegue alla violazione di un rapporto obbligatorio" sicché "la lesione dell'interesse, in cui si concretizza il danno evento, è cagionata dall'inadempimento. La causalità materiale, pur teoricamente distinguibile dall'inadempimento per la differenza fra eziologia ed imputazione, non è praticamente separabile dall'inadempimento, perché quest'ultimo corrisponde alla lesione dell'interesse tutelato dal contratto e dunque al danno evento" [48]. In tale prospettiva si ritorna al regime probatorio disegnato con le richiamate decisioni della Cassazione a Sezioni Unite del 2001 e del 2008 [49]. Questa ricostruzione sembra, invero, ricomporre lo strappo che, con riguardo alla prova del nesso di causalità, era stato operato con la sentenza del 26 luglio 2017, n. 18392, ma, ad un esame più attento, la ricomposizione è solo apparente. Infatti, la distribuzione del carico probatorio muta con riferimento alle obbligazioni di *facere* professionale [50], per le quali, invece, "il creditore

---

[47] Osservano, sul punto R. PARDOLESI, R. SIMONE, *op. ult. cit*., c. 137, che "sotto il profilo strutturale, dunque, si assume che le due traiettorie – contrattuale e aquiliana – combacino".

[48] Così espressamente Cass., 11 novembre 2019, nn. 28992 e 28991, cit., la quale precisa ulteriormente che "La causalità acquista qui autonomia di valutazione solo quale causalità giuridica, e dunque quale delimitazione del danno risarcibile attraverso l'identificazione del nesso eziologico fra evento di danno e danno conseguenza (art. 1223 c.c.). L'assorbimento pratico della causalità materiale nell'inadempimento fa sì che tema di prova del creditore resti solo quello della causalità giuridica (oltre che della fonte del diritto di credito), perché, come affermato da Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 è onere del debitore provare l'adempimento o la causa non imputabile che ha reso impossibile la prestazione (art. 1218 c.c.), mentre l'inadempimento, nel quale è assorbita la causalità materiale, deve essere solo allegato dal creditore. Non c'è quindi un onere di specifica allegazione (e tanto meno di prova) della causalità materiale perché allegare l'inadempimento significa allegare anche nesso di causalità e danno evento".

Sottolinea F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., 718 s., che "l'inadempimento esibisce un'intrinseca connotazione eziologica che rende superflua una specifica ed autonoma indagine sulla causalità materiale posta a carico del debitore". Secondo l'A. «La via da percorrere è (…) quella di approfondire la riflessione sulle cadenze che l'unitario regime di responsabilità contrattuale assume quando l'obbligazione inadempiuta è connotata da un risultato non predeterminato ma determinabile soltanto "a posteriori". Potrebbero offrire una risposta adeguata sia lo svolgimento della verifica dell'inadempimento secondo il modello del ''giudizio teleologico a posteriori'' sia l'inclusione del giudizio nomologico-deduttivo, proprio della causalità generale, nell'accertamento del carattere dannoso dell'inadempimento» (p. 736); ID., *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., c. 174.

[49] Osservano R. PARDOLESI, R. SIMONE, *op. ult. cit*., c. 138, che in questo modo si vorrebbe far salva la simmetria sistematica (ossia "il tronco comune", se si preferisce, "le regole generali"), conciliandolo con il risultato pratico di chiedere al creditore la sola prova del titolo e l'allegazione dell'inadempimento».

[50] Cfr. G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*, cit., c. 157 e nota 23, secondo il quale la Corte perviene ad una «sorta di "riduzione teleologica" (nella interpretazione) del contenuto della sentenza delle sezioni unite» escludendo che il principio espresso nella decisione del 2001, n. 13533, possa applicarsi alle ipotesi di inadempimento delle obbligazioni professionali rispetto alle quali esso deve essere integrato con la regola secondo cui il debitore deve fornire la prova del nesso di causalità materiale. Sottolinea U. IZZO, *In tema di tecnica e*



di prestazione professionale, che alleghi un evento di danno alla salute, non solo deve provare quest'ultimo e le conseguenze pregiudizievoli che ne sono derivate (c.d. causalità giuridica), ma deve provare, anche avvalendosi eventualmente pure di presunzioni, il nesso di causalità fra quell'evento e la condotta del professionista nella sua materialità". Infatti, "causalità e imputazione per inadempimento tornano a distinguersi anche sul piano funzionale"[51] in presenza di un interesse primario (la guarigione) rispetto al quale la prestazione dedotta in obbligazione ha carattere meramente strumentale[52]. Sulla base degli esiti raggiunti, sembra emergere, suscitando non poca sorpresa, il paradosso di un aggravamento sul piano probatorio della posizione del

---

politica della responsabilità medica, cit., c. 209, come la Corte ometta di fornire una spiegazione del regime probatorio previsto per le obbligazioni di *facere* professionale.

[51] Esprime molto apprezzamento per "l'intento di distinguere l'accertamento della causalità di fatto (…) dall'imputazione soggettiva" e ritiene "logica la conclusione" prospettata dall'estensore secondo cui "ogni forma di responsabilità è dunque connotata dalla congiunzione di causalità e imputazione" M. FRANZONI, *Onere della prova e il processo*, in *Resp. civ. e prev.,* 2020, 195 s., nota a Cass. 11 novembre 2019, n. 28991, il quale, tuttavia, con riguardo all'onere della prova che grava sul creditore, manifesta il proprio disagio "poiché dall'allegazione dell'inadempimento si passa ad affermarne la necessità della prova".

[52] Così Cass. 11 novembre 2019, n. 28992 e n. 28991, cit.

In senso critico rispetto alle scelte operate dalla Cassazione A.M. BENEDETTI, *Verso una "medicalizzazione" della responsabilità contrattuale? Esercizi di (discutibile) riscrittura dell'art. 1218…*, nota a Cass. 11 novembre 2019, n. 28992 e n. 2899, in *giustiziacivile.com*, 2020, secondo cui "le decisioni non convincono pienamente, non solo per l'ardua sostenibilità tecnica delle conclusioni, ma anche per una motivazione che non brilla per chiarezza di argomentazioni"; R. SIMONE, *Ombre e nebbie di San Martino: la causalità materiale nel contenzioso sanitario*, (nota a Cass. 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, in *Foro it.,*2020, I, c. 218 ss.; N. RIZZO, *op. cit*., 327 ss., il quale, in sede di commento alla Cass. 11 novembre 2019, n. 28992, svolgendo una articolata critica alle motivazioni poste a fondamento della sentenza sottolinea come "la necessità di dar corso ad un'indagine eziologica tra l'inadempimento ed il danno alla salute, nella forma del peggioramento delle condizioni del paziente o dell'insorgere di nuove patologie, non è implicata dalla distinzione tra interesse strumentale del creditore – rappresentato dalla prestazione – ed interesse primario dello stesso – segnato dalla guarigione o, comunque, dal mancato deterioramento del suo stato psicofisico –, ma dal fatto che il creditore affermi di aver subìto un danno conseguenza dell'inadempimento; e cioè che si sia prodotto un evento dannoso (il peggioramento delle condizioni cliniche) successivo all'inadempimento e che, di questo evento, l'inadempimento costituisca la causa" (p. 331); C. CASTRONOVO, Swinging malpractice. *Il pendolo della responsabilità medica*, cit., 889 ss., il quale articola una serrata critica alla decisione della Cassazione n. 28991 del 2017, sostenendo, tra le varie obbiezioni, che essa "ha risolto una questione di causalità giuridica nell'erronea convinzione che si trattasse di causalità del fatto (p. 899 e nota 136); A Di MAJO, *La doppia natura della responsabilità del medico* (nota a Cass. 11 novembre 2019, n. 28991), in *Giur. it*., 2020, 38 ss., il quale evidenzia la criticità di una ricostruzione che, gravando il debitore della prova del nesso di causalità materiale, determina un sensibile avvicinamento della responsabilità del medico che è definita contrattuale alla responsabilità aquiliana; di opinione diversa C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, cit., 308 ss., secondo cui, partendo dall'analisi delle fattispecie concrete oggetto di giudizio dalle quali risultava totale incertezza in ordine alla sussistenza del nesso causale "tra l'evento dannoso subito dal paziente e la condotta in ipotesi (…) colpevole del sanitario tenuto alla prestazione di cura", non si giustifica la "preoccupazione circa un ipotetico effetto eversivo della materia della responsabilità da inadempimento di un'obbligazione che (…) i critici delle sentenze qui commentate hanno paventato" (p. 310).

È solo il caso di fare cenno ai problemi sollevati in dottrina nelle ipotesi in cui oggetto dell'obbligazione sia proprio un risultato. Tale criticità è rilevata da G. D'AMICO, *op. ult. cit*., c. 154 ss., il quale sottolinea come non sia negabile che obbligazioni di *facere* professionale possano essere qualificate come obbligazioni di risultato con la conseguenza che, in ipotesi siffatte «inadempimento (ossia: profilo della "imputazione soggettiva" della responsabilità) e nesso di causalità sembrano astretti da un inscindibile nesso». Invero secondo l'A. il richiamo effettuato nelle decisioni del 2019 alle obbligazioni di diligenza professionale sembra far intendere che l'estensore delle sentenze abbia ritenuto applicabile la scissione tra interesse strumentale e primario del creditore anche alle obbligazioni di risultato in quanto anche in queste ipotesi oggetto della prestazione non è "(il risultato del)la guarigione bensì una condotta diligente e perita". Tale impostazione non tiene conto secondo l'A. del fatto che nelle prestazioni ad alta vincolatività non può non istituirsi "una presunzione di responsabilità a carico del debitore, nel senso della sussistenza di un sicuro nesso causale (salva soltanto l'esimente del caso fortuito) tra il mancato risultato e la violazione delle *leges artis* da parte del debitore". Presunzione che non è da ricondurre all'art. 2729 c.c., ma che consiste in una "presunzione giurisprudenziale" per cui l'inversione dell'onere probatorio si determinerà in tutti i casi di inadempimento di una prestazione di quel contenuto".



paziente [53] nelle ipotesi in cui la responsabilità consegua ad un inadempimento di quelle prestazioni che la Corte qualifica "di diligenza professionale" [54].

Questo epilogo, come è ovvio, non dipende dall'introduzione nella legge Gelli-Bianco del "doppio binario di responsabilità" ma risulta da una lettura operata dalla Cassazione fortemente penalizzante delle regole sull'onere della prova di cui è gravato il paziente a fronte di un inadempimento del sanitario nelle prestazioni di *facere* professionale. Circostanza che, invero, finisce per vanificare nell'essenza la sentenza delle Sezioni Unite del 2001, alla quale la Corte afferma di ispirarsi ma che nella sostanza smentisce [55]. Infatti, può cogliersi, sul piano dell'impostazione complessiva, la tendenza all'attrazione, sotto il profilo probatorio, della

[53] Tale aggravamento sembra mettere in crisi la scelta legislativa di dettare regimi differenziati di responsabilità. La diversa disciplina dettata per il medico dipendente dalla struttura ospedaliera e per il medico libero professionista trova la sua giustificazione nell'intento di far gravare il rischio sanitario sul soggetto che è legittimamente nelle condizioni migliori per farvi fronte (la struttura sanitaria) ma non rende agevolmente comprensibile la soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione con riguardo alle ipotesi riconducibili alla responsabilità contrattuale del sanitario per inadempimento dell'obbligazione di *facere* professionale. Sul punto cfr. F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., c. 171 s., che criticamente coglie nella scelta della terza sezione della Cassazione, dopo l'intervento del legislatore che ha posto fine alla discussa teoria del contatto sociale, l'intento di "riconquistare il centro del proscenio strappandolo a quel legislatore che si è permesso di battere un colpo", attraverso una interpretazione volta a svuotare di significato parte della riforma introdotta con la l. n. 24/2017. ID., *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno e resp.*, 2020, 560 s., secondo cui "i diversi indirizzi che patrocinano la specificità delle obbligazioni di *facere* professionale pretendono di scindere il danno principale da inadempimento dall'interesse protetto, riannodando invece il primo a un interesse esterno al perimetro dell'obbligazione. Così facendo, esse imprimono inevitabilmente alla responsabilità contrattuale un'innaturale torsione aquiliana".

Condivide la scelta normativa di valorizzare "la responsabilità della struttura, assicurando invece parziali immunità al personale sanitario strutturato". U. RUFFOLO, *Le ''mobili frontiere'' della responsabilità medica*, in *Giur. it*., 2021, 456, il quale sottolinea come già nel 2014 (nel lavoro a sua cura *La responsabilità medica*, Milano, 2004 e precisamente nel quarto di copertina) aveva prospettato la necessità di "una inversione di tendenza rispetto ad una anomalia: l'anacronistico quanto illogico privilegio accordato, nella pratica, alla responsabilità personale, e per colpa, sia contrattuale che extracontrattuale, del singolo operatore sanitario, trascurandosi o ponendosi invece in secondo piano le responsabilità (spesso anche oggettive) delle strutture sanitarie". Concetto ribadito dall'A. anche nella Prefazione al volume *La nuova responsabilità medica*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2018.

[54] Cfr. sul tema le riflessioni critiche di E. LABELLA, *Il nesso di causalità nelle "obbligazioni di diligenza professionale"*, in *Europa dir. priv*., 2020, 277 ss.

[55] D'AMICO, *op. ult. cit*., c. 157 s., secondo il quale, al di là dell'asserita adesione alla sentenza del 2001, le decisioni del 2019 finiscono per "ribaltare (anche abbastanza vistosamente) la *ratio* che ispirava l'intervento delle sezioni unite del 2001 – all'insegna di un evidente *favor creditoris* – offrendo una soluzione esattamente speculare (nei suoi esiti finali)". Secondo F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., c. 178 s., "Non può non suscitare un certo stupore la capacità dei giudici della terza sezione di prodursi in evoluzioni spericolatissime pur di trovare uno spazio, che non c'è, tra le due pronunce a sezioni unite del 2001 e del 2008, grazie al quale enunciare principi di diritto chiaramente divergenti rispetto a quelli espressi dai due autorevoli precedenti, sfuggendo al limite della rimessione alle sezioni unite sancito dall'art. 374, comma 3, c.p.c.". ID., *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, cit., 563; il quale ribadisce come la scelta di non rimettere la questione alle Sezioni Unite, come si sarebbe dovuto fare, ha portato "una corrente dei giudici di legittimità" a "minare la tenuta di quei presupposti in maniera surrettizia"; T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *Prestazione professionale sanitaria e prova dell'inadempimento dell'obbligazione: tornare ai "mezzi" senza dirlo?*, in *Giust. civ. comm.*, 2020, 15, il quale nel ritenere che si sia in presenza di "un vento decisamente controriformista", se paragonato al clima che accompagnò l'acuto delle sezioni unite del 2001" ritiene che il nuovo indirizzo abbia consentito di superare "una soluzione che nel volgere di pochi anni aveva generato un dispositivo difficilmente governabile, ove allegare l'inadempimento dell'obbligazione di prestare la cura professionalmente era divenuto troppo facile, determinando le condizioni perché la pressione risarcitoria si facesse troppo intensa e i medici si ribellassero". "Di insanabile conflitto fra le due impostazioni" parla U. IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, cit., c. 209, secondo il quale si è in presenza di una "vera e propria inversione ad U, del tutto eversiva rispetto all'ordine che si era voluto istituire nel 2001". In senso contrario F. MACARIO, *op. cit.,* c. 164, il quale ritiene "piuttosto evidente la linea di continuità con la giurisprudenza di legittimità (alludendosi alla notissima decisione a sezioni unite n. 13533/01, richiamata nella motivazione): una continuità, peraltro, incomprensibilmente negata da una parte della dottrina". Sul punto cfr. inoltre S. CAFARELLI, *L'*onus probandi *della causalità materiale nella responsabilità sanitaria e il rischio della c.d. "causa ignota"*, in *giustiziacivile.com*, secondo la quale, il «precedente delle Sezioni Unite non viene (…) ribaltato" né tantomeno scalfito dalla ricostruzione *de qua*, (…) bensì riletto in chiave evolutiva e adattato al contesto ordinamentale, sì da acquisire stabilità nel tempo».



responsabilità per inadempimento delle prestazioni di diligenza professionale nell'alveo della responsabilità extracontrattuale [56].

Peraltro, il richiamo alle c.d. obbligazioni di diligenza, ad avviso di alcuni autorevoli studiosi, finisce col riproporre, sebbene sotto falso nome, la classica e quanto mai dibattuta distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato [57], distinzione che, per sottolineare ancora una volta il paradosso, la stessa Cassazione a Sezioni Unite aveva ritenuto necessario superare con l'importante e già citata sentenza n. 577 del 2018 [58].

Nonostante l'attenta scelta della Cassazione di non richiamare mai espressamente tale distinzione [59], se nella sostanza dovesse ritenersi che ad essa, sia pure implicitamente, la Corte abbia inteso fare riferimento, ci

---

[56] Sul punto fortemente critico F. PIRAINO, *op. ult. cit*., 171, secondo il quale equiparare sotto il profilo della prova della causalità materiale, anche se solo per le obbligazioni di *facere* professionale, la responsabilità contrattuale, a quella extracontrattuale "annulla una delle più significative differenze tra i due regimi, per di più allineando quello più vantaggioso (la responsabilità contrattuale) a quello meno vantaggioso (la responsabilità aquiliana)". Cfr. anche A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento…extra-contrattuale per colpa*, in *Danno e resp*. 2019, 248 ss.; ID, *Inadempimento e causalità materiale: "*perseverare diabolicum", in *Danno e resp.*, 2020, 75 s., che, esaminando una ipotesi di responsabilità della struttura sanitaria, sottolinea come la Cassazione abbia «deciso di perseverare in quella "strana teoria" che tende a ricostruire la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria pubblica o privata con regole che sono tratte dalla responsabilità extracontrattuale per colpa (art. 2043 c.c.), ma che sono inconciliabili sia con la disciplina dell'inadempimento di cui all'art. 1218 c.c., sia con la regola iscritta nell'art. 2697 c.c.». Cfr., inoltre, le considerazioni svolte da M. FRANZONI, *Onere della prova e il processo*, cit., 197, il quale, peraltro, dopo un'attenta analisi del caso concreto e delle risultanze della CTU, solleva il dubbio che la vicenda "abbia ad oggetto il tema dell'onere della prova della vittima, oppure riguardi altro". Si sarebbe, infatti, potuto seguire un diverso *iter* argomentativo affermando che l'attore, pur avendo fornito la prova del titolo, aveva "allegato un evento che non è risultato essere un inadempimento" in quanto il medico nel giudizio aveva fornito la prova dell'adempimento. Su tali premesse si sarebbe potuto applicare il criterio del riparto dell'onere della prova dettato dall'art. 1218 cc, secondo l'interpretazione offerta dalla decisione del 2001.

[57] Sul punto criticamente cfr. R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di facere professionale: paziente in castigo*, in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., c. 139, secondo cui le decisioni del 2019 mirano "a ripristinare – sia pure a livello della nozione di causa imputabile *ex* art. 1218 c.c. – la distinzione tra obbligazioni di risultato o di mezzi, ossia, nel campo medico, fra interventi routinari e interventi di difficile esecuzione (altri preferisce parlare di interventi ad alta vincolatività a fronte di interventi difficili, ovvero di obbligazioni con risultato indeterminato o, ancora, di obbligazioni 'governabili e non', ma la sostanza non cambia)". Di diverso avviso F. MACARIO, *op. cit.*, c. 165, secondo cui "quest'ultimo intervento della Cassazione vale a confermare la validità – utilità (…) della distinzione generale delle obbligazioni di mezzi e di risultato, che invero la migliore dottrina civilistica ha sempre rispettato"; Favorevole all'impiego della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*, cit., c. 159 ss., il quale ha riformulato la distinzione tradizionale contrapponendo gli interventi *routinari* a quelli di speciale difficoltà per collegare ad essi un differente regime probatorio «con correlativa diversa distribuzione del rischio della c.d. "*causa ignota*"». L'A., auspicando che la giurisprudenza si evolva in tale direzione, non si nasconde che, in tal caso, sarebbe inevitabile riconsiderare i principi espressi dalla sentenza n. 13533/2001. Al riguardo osserva F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., c. 179, che le sentenze del 2019 "giungono (…) ad esiti che vanno ben oltre rispetto a quelli prospettati dalla dottrina appena richiamata che attribuisce rilevanza alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato nell'ottica di "una diversa dislocazione del rischio della causa ignota" in quanto esse, "nelle obbligazioni di diligenza professionale (nozione che rievoca la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato) prevedono una diversa distribuzione della prova della causalità materiale". Di una "una battuta d'arresto" e di «un ritorno, per qualcuno condivisibile, alle "obbligazioni di mezzi" e cioè ad un regime meno severo (questa volta in punto di prova del nesso di causalità) per il medico» parla A. PLAIA, *La responsabilità del medico e l'argomento statistico*, in *Contratti*, 2020, 344.

Sull'utilità della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la legge n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, cit.

[58] Si rinvia alla nota n. 29.

[59] Sul punto v. F. PIRAINO, *op. ult. cit*., c. 178, secondo il quale la Cassazione riesuma la distinzione "guardandosi bene, però, dall'adottare la nota nomenclatura, così da celare il contrasto con un'altra fondamentale pronuncia delle sezioni unite, che ha fatto meritoriamente segnare l'abbandono della distinzione proprio nel settore (…) della responsabilità medica". Posizione ribadita dall'A. nello scritto *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, cit., 565, in cui parla di un "ritorno al passato" che rappresenta "un regresso per la scienza pratica".



si dovrebbe interrogare sul regime applicabile alle c.d. obbligazioni di risultato. A meno di voler esclude che tra le obbligazioni di *facere* professionale debbano ricomprendersi anche obbligazioni nelle quali il sanitario si impegna ad assicurare un risultato [60], il tema non può non meritare qualche attenzione.

Ci si limita, in questa sede, a svolgere qualche sintetica considerazione.

Una volta assunta, con riguardo alle obbligazioni di *facere* professionale, la tesi basata sulla distinzione tra imputabilità e causalità sostenuta dalla Cassazione, la prova del nesso di causalità materiale dovrebbe continuare a gravare sul debitore anche nelle obbligazioni di risultato, visto che il nuovo regime probatorio viene affermato in via generale e senza distinzioni [61] (con la sola precisazione che la relativa prova può essere fornita anche mediante il ricorso a presunzioni). Invero non è mancato chi a monte ha ritenuto che la distinzione tra causalità e imputazione non dovrebbe trovare applicazione alle obbligazioni c.d. di risultato [62]. In ogni caso, ragionando nell'ottica prospettata dalla Cassazione del c.d. doppio ciclo causale, rimane centrale il tema della rilevanza delle presunzioni, le quali possono svolgere un ruolo significativo per contenere gli infausti esiti per il paziente derivanti dalla richiamata decisione del 2017 e, in buona misura, anche dalle sentenze del 2019 [63]. Dalla lettura delle decisioni del 2019 non risulta chiaro se le presunzioni cui si fa riferimento nella motivazione siano quelle semplici di cui all'art. 2729 c.c. ovvero le c.d. presunzioni giurisprudenziali [64].

La soluzione non sarebbe indifferente giacché nel primo caso si dovrebbe verificare nella singola fattispecie concreta la sussistenza delle condizioni che giustificano l'applicazione del meccanismo presuntivo che, ovviamente, in loro assenza sarebbe escluso.

Nella seconda ipotesi si tratterebbe di un'inversione dell'onere probatorio destinata ad operare in tutte le

---

[60] Sottolinea G. D'Amico, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica*, cit., c. 156, come una delle criticità rinvenibili nel ragionamento della Corte consiste nel fatto che essa sembra negare l'«esistenza di prestazioni di "*facere professionale*" che abbiano ad oggetto "un risultato" o quantomeno sembra ritenere che anche in tali "obbligazioni (nel campo medico) oggetto dell'obbligazione non sia il risultato del(la guarigione), bensì la condotta diligente e perita (e, dunque conforme alle *leges artis*) da parte del debitore".

[61] Evidenzia F. Piraino, *Ancora sul nesso di causalità materiale*, cit., c. 189, che appare "eccessiva la pretesa" che sembra emergere dalla lettura delle sentenze del 2019 "di estendere addirittura all'intero campo delle obbligazioni di *facere* professionale quell'identificazione del risultato atteso con la perizia della condotta del debitore che è già di per sé contestabile in chiave categoriale".

[62] In tal senso G. D'Amico, *op. ult. cit*., c. 157, secondo cui "la distinzione tra imputazione e causalità" dovrebbe riguardare solo una parte delle obbligazioni di *facere* professionale e precisamente quelle "c.d. di mezzi (o non routinarie)".

[63] Osserva G. D'Amico, *op. ult. cit*., c. 152, che l'impiego del meccanismo presuntivo consente di spostare di nuovo sul debitore l'onere della prova che, in linea di principio, dovrebbe gravare sul creditore. Sul punto cfr. M. Bona, *"San Martino" dolceamaro: pregi e dilemmi*, in *Responsabilità medico-sanitaria e risarcimenti. Quali nuovi scenari dopo le sentenze del "San Martino 2019" e la pandemia Covid-19?*, cit., 101, secondo cui è «evidente come in realtà il recente "pacchetto" delle dieci sentenze novembrine confermi nel suo insieme importanti capisaldi del modello presuntivo precedente alla "deviazione" inaugurata dalla sentenza Cass. 18392/2017».

[64] Sul punto cfr. G. D'Amico, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*, cit., c. 158 s., secondo cui è «probabile (…) che nelle sentenze in commento si evochi l'istituto della "presunzione semplice" di cui all'art. 2729 c.c.», (nota 27). Sul punto cfr. le considerazioni svolte da F. Piraino, *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, cit., 565 ss., il quale, peraltro, richiama il ragionamento già sviluppato sul tema da G. D'Amico nel lavoro appena richiamato e in *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 357, per manifestare il suo dissenso rispetto alla ricostruzione prospettata dall'A. che ricorre al sistema delle presunzioni giurisprudenziali e collega "una presunzione giurisprudenziale" a "ciascuna categoria di obbligazione" giungendo a configurare una diversa distribuzione del carico probatorio tra le prestazioni ad alta vincolatività e quelle routinarie riformulando, alla luce di ciò, la tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

Per un lucido e generale inquadramento dell'istituto delle presunzioni cfr. M. Taruffo, *Presunzioni*, I, *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur*., XXIV, Roma, 1 ss., il quale, dopo aver operato un esame delle differenti tipologie di presunzioni, precisa che le c.d. presunzioni giurisprudenziali presentano una struttura "analoga a quella delle presunzioni legali relative, in quanto si muove da un fatto presunto a favore di una parte per addossare all'altra l'onere della prova contraria" con la conseguenza che, come per le presunzioni relative, esse "hanno effetto solo sul piano della ripartizione dell'onere probatorio tra le parti" (spec. 3).



obbligazioni con un certo contenuto [65], tra cui, verosimilmente, le c.d. obbligazioni *routinarie* [66], rispetto alle quali tale inversione sarebbe, una volta ricondotta la prestazione di *facere* professionale tra quelle *routinarie*, "automatica", salva la possibilità per il debitore, al fine di escludere la responsabilità, di fornire la contraria prova liberatoria [67].

8. – In attesa di intendere come si consoliderà la giurisprudenza [68] rispetto alla frequenza e all'ampiezza del ricorso al meccanismo presuntivo nonché alla eventuale differenziazione di trattamento tra interventi *routinari* o di difficile esecuzione, la sola certezza è l'inevitabile aumento, rispetto al passato [69], dei casi in cui verrà a gravare sul paziente il rischio della causa ignota [70].

---

[65] Cfr., F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, II ed., Padova, 2010, 832, secondo cui si è in presenza di ipotesi nelle quali "il giudice argomenta per presunzioni basate sui caratteri tipologici del caso e suscettibili di ripetizione per tutti i casi che presentano i medesimi caratteri". Sul tema si rinvia alle considerazioni svolte da G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it*., 1971, V, c. 177 ss., il quale, dopo aver evidenziato la sussistenza, nelle motivazioni delle decisioni della Suprema Corte, di presunzioni che non hanno "la virtù di indirizzare il convincimento del giudice in un certo senso, bensì quella di invertire o comunque di disporre in determinate maniere gli oneri probatori delle parti", rileva come la giurisprudenza, talvolta, finisca "con l'operare anche contro e/o fuori dei canoni legali di ripartizione degli oneri probatori, facendo ricorso a presunzioni che, a poco a poco, si astraggono dalle peculiarità dei casi concreti e assumono andamento tipico e costante" (c. 188).

Ritiene il "vero problema" delle presunzioni giurisprudenziali quello di stabilire se tale potere possa essere riconosciuto al giudice in assenza di una norma espressa che lo consenta M. TARUFFO, *op. cit*., 3.

Analizza il ruolo delle presunzioni giurisprudenziali, con particolare riguardo alla responsabilità medica, M. FACCIOLI, *"Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria,* cit., 79 ss., il quale, tenendo conto delle posizioni discordanti in dottrina in ordine alla loro ammissibilità, ritiene che nonostante le criticità connesse alla "creazione giurisprudenziale di regole di distribuzione dell'onere della prova devianti dai criteri previsti, in materia, dal diritto positivo" non si debba esprimere *a priori* una valutazione negativa ma occorra esaminare caso per caso ogni presunzione giurisprudenziale per operare una verifica volta a valutare «se e fino a che punto essa, oltre ad apparire fondata su di un ragionamento sufficientemente rigoroso e convincente sul piano tecnico-giuridico, sia effettivamente rispondente al principio di riferibilità della prova e all'esigenza di realizzare, eventualmente anche concedendo una speciale tutela alla parte "debole" del giudizio, una soddisfacente ed equilibrata composizione degli interessi in gioco in quel determinato processo». Secondo l'A. tali condizioni di ammissibilità non sussistono per le presunzioni giurisprudenziali elaborate in materia di responsabilità medica.

[66] Secondo F. MACARIO, *op. cit*., c. 166, "la distinzione più rilevante, ai fini della gestione processuale dell'onere probatorio, e in particolare del ricorso alle presunzioni (a vantaggio del paziente, s'intende) è quella che intercorre tra le diverse tipologie di interventi, di carattere routinario ovvero di particolare complessità e difficoltà".

[67] Secondo G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*, cit., 155 s., "l'alta vincolatività che caratterizza le procedure di accertamento e di cura di alcune patologie consente di istituire una presunzione di responsabilità a carico del debitore, nel senso della sussistenza di un sicuro nesso causale (salva l'esimente del caso fortuito) tra il mancato risultato e la violazione delle *leges artis* da parte del debitore".

[68] Rileva, tuttavia, con toni critici F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., c. 170, come sulla prova del nesso di causalità materiale si manifesti "la ferrea volontà della terza sezione della Corte di cassazione" di consolidare la posizione secondo cui la relativa prova gravi sul creditore lasciando "pochissimo spazio a voci dissenzienti*"*.

[69] Mi sembrano emblematiche le considerazioni svolte da R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Sulla «fine della storia» della responsabilità da* «facere» *professionale*, cit., c.1611, i quali non ritengono risolutivo "il ricorso (generoso?) al giuoco delle presunzioni", posto dal "nuovo" credo»" per situazioni che "gridano vendetta dal cielo", visto che la prova del nesso di causalità materiale continua a gravare sul creditore e "magari le presunzioni non risultano pienamente convincenti con conseguente rigetto della domanda risarcitoria". Gli stessi A., tuttavia, in sede di riflessione su un gruppo di recenti decisioni, tra cui la Cass., ord. 6 luglio 2020, n. 13872, in *Foro it*., 2020, I, c. 3468, ritengono "pregevole la riapertura verso la dimensione probabilistica del nesso di causa". Così R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Frammenti di responsabilità medica. E ricomposizioni problematiche*, cit., c. 338 s., secondo i quali tale scelta esprime "un ripensamento critico verso l'approccio troppo rigido inaugurato nel 2017". Nel caso oggetto di esame, la Cassazione, in riforma della decisione di appello che aveva rigettato la richiesta di risarcimento del danno in quanto, recependo le risultanze della ctu, non era stato possibile stabilire con certezza il nesso eziologico tra l'intervento (toractomia) e il successivo decesso (per emotorace) del pazien-



Insomma, al di là delle numerose criticità che continuano a sussistere nonostante "la correzione di tiro" operata nel 2019, l'introduzione del doppio binario di responsabilità, alla prova dei fatti, ha finito, nell'applicazione giurisprudenziale della Suprema Corte, col dar luogo ad un fenomeno opposto a quello che si era registrato prima della sua introduzione [71]: dalla contrattualizzazione della responsabilità medica alla sua extracontrattualizzazione, con tutte le conseguenze che ne derivano dal punto di vista applicativo [72]. Se è vero che la situazione potrebbe essere parzialmente contenuta, come si è detto, dalla possibilità del ricorso a prove presuntive [73],

---

te, con ampia motivazione afferma che l'accertamento del nesso causale deve essere svolto secondo il criterio della preponderanza dell'evidenza. In particolare, precisa la Corte che la sentenza "avrebbe dovuto verificare, sulla scorta delle evidenze probatorie acquisite (anche a mezzo della disposta consulenza tecnica d'ufficio), innanzitutto, se l'ipotesi sulla verità dell'enunciato relativo all'idoneità della toracentesi a cagionare l'emotorace presentasse un grado di conferma logica maggiore rispetto a quella della sua falsità (criterio del «più probabile che non»). Di seguito, essa avrebbe dovuto stabilire – in applicazione, questa volta, del criterio della «prevalenza relativa della probabilità» se tale ipotesi avesse ricevuto, sempre su un piano logico, ovvero nuovamente sulla base delle prove disponibili, un grado relativamente maggiore di conferma rispetto ad altrettante, differenti, ipotesi sulla eziologia tanto dell'emotorace, quanto del decesso della paziente (facendo la sentenza riferimento a non meglio precisate sue «critiche condizioni di salute» che avrebbero influito sul cd. «*exitus*»), ipotesi anch'esse, però, da riscontrare preliminarmente, nella loro verità, nello stesso modo, ovvero in applicazione del principio del «più probabile che non»".

Sottolinea come l'impiego del meccanismo presuntivo nella prova del nesso di causalità materiale da parte della Cassazione rappresenti "un chiaro spiraglio, quasi una valvola di sicurezza capace di attenuare il prevedibile stridente contrasto del nuovo orientamento con il principio di vicinanza della prova" P. LAGHEZZA, *Causalità materiale, prova e presunzioni: nuovi equilibri e inedite incertezze* (nota a Cass., ord. 26 novembre 2020, n. 26907, in *Foro it*., 2021, I, c. 528 ss., secondo il quale l'ordinanza della Cassazione insieme ad altre pronunce recenti (Cass. 26 febbraio 2020, n. 5128 e Cass., ord. 6 luglio 2020, n. 13872; Cass., ord. 25 agosto 2020, n. 17696) fanno "intravedere (…) un tentativo di ripensamento dell'approccio troppo rigido di San Martino 2.0".

In particolare con riferimento a Cass., ord. 26 novembre 2020, n. 26970, *ivi*, c. 524, si segnala il passaggio nel quale, dopo aver riconfermato che l'onere della prova del nesso causale materiale grava sul paziente, testualmente si afferma che tale prova "può essere fornita dal paziente, quale creditore, anche attraverso presunzioni; siffatto possibile ricorso alla prova presuntiva è in grado di attenuare la condizione di maggiore difficoltà probatoria in cui versa il creditore della prestazione professionale medica rispetto al creditore di qualunque altra prestazione; la giurisprudenza di questa corte ha sempre rilevato siffatta difficoltà, agevolando il ricorso alla prova presuntiva".

Rimane, tuttavia, difficilmente comprensibile perché sia stata affermata una regola di ripartizione dell'onere probatorio del nesso di causalità nelle c.d. prestazioni di diligenza così penalizzante per il paziente e non in linea con l'assetto del regime di responsabilità delineato dalla riforma del 2017.

[70] Sul punto cfr. E. PAVAN, *La rilevanza dell'accertamento causale nei giudizi di responsabilità medica della struttura sanitaria*, la quale commentando la sentenza della Cass., 3 dicembre 2020, n. 27612, sottolinea come "L'orientamento più recente del giudice di legittimità, richiedente la prova del nesso eziologico tra condotta del medico e danno subito, ha come necessaria conseguenza quella di far sopportare al paziente danneggiato le conseguenze sfavorevoli della causa rimasta ignota, con il conseguente rigetto della domanda risarcitoria". In senso critico rispetto a questa soluzione F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., c. 197, secondo il quale "il senso più profondo dell'obbligazione e della consustanziale responsabilità impedisce tale esito: il ciclo vitale dell'obbligazione è segnato dalla possibilità per il debitore di conseguire il risultato promesso con i mezzi che si è impegnato ad adoperare e, di conseguenza, all'interno di tale perimetro è il debitore a doversi assumere il rischio dell'insuccesso dell'attuazione del vincolo per cause rimaste ignote". Sul punto cfr. M. BONA, *op. cit*., 101 ss., secondo il quale «non è affatto vero che sotto l'egida della "nuova giurisprudenza" (quella originatasi da Cass. n. 18392/2017 e ripresa l'11 novembre 2019) il rischio della causa ignota gravi sempre sul creditore».

[71] Cfr. M. FACCIOLI, *Nesso causale e onere della prova nella responsabilità sanitaria*, cit., 2014, 541, il quale, ricostruendo la posizione della giurisprudenza antecedente alla legge Gelli-Bianco, sottolinea come fosse stata ricondotta nell'ambito contrattuale "(anche) la responsabilità del medico dipendente" e si fosse affermato un regime dell'onere della prova "sostanzialmente unitario a prescindere dal fatto che soggetto convenuto in giudizio dal malato asseritamente danneggiato sia la struttura sanitaria, il personale operante nell'ambito della medesima o (ipotesi più ricorrente) entrambi".

[72] Nella stessa prospettiva cfr. F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., c. 171, il quale ritiene che l'equiparazione operata dalla Corte di Cassazione "della responsabilità contrattuale, ancorché soltanto nell'ambito delle obbligazioni di fare professionale, alla responsabilità aquiliana sul versante della causalità materiale e della relativa prova, annulla una delle più significative differenze tra i due regimi" vanificando uno degli scopi della l. 8 marzo 2017, n. 24 che "consacra la diversità dei titoli di responsabilità della struttura sanitaria e del medico da essa dipendente".

[73] Sul punto cfr. G. D'AMICO, *op. ult. cit*., c. 152, che sottolinea «la novità costituita dall'insistenza – nelle pronunce in esame –



emerge netta la sensazione che la giurisprudenza di legittimità, alla luce della riforma, tenda ad assumere posizioni più restrittive, rendendo meno agevole per il paziente, rispetto al passato, ottenere il risarcimento del danno conseguente all'attività sanitaria. Se appare ragionevole collegare tale scelta all'intenzione di arginare il contenzioso in materia sanitaria con una riduzione dell'impatto economico dei relativi giudizi coerentemente con la volontà espressa dal legislatore del 2017 [74], è pur vero che il risultato ottenuto con l'interpretazione operata sul nesso di causalità e sulla relativa distribuzione del carico probatorio va ben oltre la previsione legale in quanto, come sottolineato, altera il meccanismo del doppio binario di responsabilità ideato dal legislatore, e introduce un aggravamento probatorio per il paziente [75] anche nelle ipotesi in cui la norma non lo prevede.

Ebbene, al riguardo è importante ricordare come, una volta ripudiata dal legislatore la teoria del contatto sociale impiegata a lungo per "contrattualizzare" la responsabilità medica, la Cassazione abbia mostrato un atteggiamento ostile rispetto a tale scelta ed abbia continuato, approfittando dell'iniziale scarsa chiarezza dell'art. 3 della legge Balduzzi [76], ad applicare, fino alla riforma del 2017, la teoria del contatto sociale per

---

sulla possibilità che la prova del nesso di causalità materiale possa considerarsi acquisita anche attraverso il ricorso a "presunzioni". Tale circostanza "ridimensiona (almeno in parte)" le preoccupazioni in ordine alla riduzione di tutela del paziente e fa riacquisire rilevanza alla distinzione, già impiegata nella giurisprudenza della Corte, tra interventi routinari e di difficile esecuzione. Sul ruolo importante delle presunzioni nell'ottica del superamento delle obiezioni poste in dottrina in ordine all'aggravamento sul piano probatorio della posizione del paziente Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, cit., 311.

Nella stessa prospettiva cfr. U. IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, cit., in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., c. 211, secondo il quale il riferimento contenuto nelle sentenze del 2019 al ricorso alla prova della causalità materiale mediante presunzioni "permette di nutrire la speranza che la giurisprudenza di legittimità torni a coltivare, in un immediato futuro, il dialogo casistico con la regola probatoria degli interventi di facile esecuzione, improvvisamente troncato dal delinearsi della regola del 2001" consentendo di "riappropriarsi di una regola di giudizio elastica ed equilibrata".

Sul tema cfr. F. MACARIO, *op. cit*., c. 166, il quale ritiene che "la vera chiave di volta della decisione" sarà l'impiego delle presunzioni da parte del giudice di merito in presenza di situazioni complesse rispetto alle quali si pone «il rischio della c.d. "causa ignota"». Cfr. di recente M. BONA, *op.cit*., 108 ss., secondo il quale "nel corso del 2020 e del 2021 la giurisprudenza di legittimità" è "tornata (…) a valorizzare il ricorso alla prova presuntiva del nesso di causa" come emerge dalle pronunce richiamate nel testo della Cass., ord. 15 giugno 2020, n. 11599; Cass., ord. 25 agosto 2020, n. 17696; Cass. 23 febbraio 2021, n. 4864 e Cass., ord. 15 settembre 2020, n. 19188.

[74] L'opinione è ampiamente condivisa: cfr. per tutti F. VOLPE, *Introduzione* al volume, *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli Bianco (legge 24/2017*), cit., XIII, il quale sottolinea come "Nelle intenzioni del legislatore la «decontrattualizzazione» della responsabilità del medico comporterebbe maggiori oneri probatori a carico del paziente, e, quindi, un minor rischio di condanne al risarcimento del danno per il medico. Il che dovrebbe – sempre nelle intenzioni del legislatore – ripercuotersi positivamente sia sui costi delle polizze assicurative, sia sul fenomeno (…) della medicina difensiva". Di "radiazione *ope legis* del rapporto tra paziente e medico-dipendente dalla cornice del vincolo contrattuale in precedenza consolidatasi (…) sulle orme della dottrina professante la tesi del c.d. contatto sociale" parla R. CALVO, La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria, in *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli Bianco (legge 24/2017*), cit., 16 s., il quale si interroga sulla legittimità "di là dei profili d'opportunità pratica" di "una «mutilazione» di questo genere, che ha portato alla «decontrattualizzazione» della responsabilità da contatto sociale (posto che il «contatto» continua a esserci, essendo insindacabile che il comune cittadino possa legittimamente confidare sull'elevata professionalità di chi opera all'interno di strutture sanitarie pubbliche o private).

[75] Cfr. F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., c. 172, il quale sottolinea come tale aggravamento sul piano probatorio sia destinato ad operare non solo rispetto alle azioni risarcitorie promosse verso i medici dipendenti ma anche nei confronti della stessa struttura ospedaliera in ragione dell'equiparazione della responsabilità contrattuale a quella extracontrattuale sotto il profilo della prova del nesso di causalità materiale. Dello stesso avviso A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. cit*., 250 s.

[76] Come è noto, è stato ampio il dibattito in ordine al significato da assegnare al richiamo contenuto nell'art. 3 della legge Balduzzi all'art. 2043 c.c. Cfr. M. COMANDÈ, L. NOCCO, *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 c.c. e 2043* c.c., cit., 270 s.; B. MARUCCI, *op. cit.*, 74 s.; F. ONNIS CUGIA, *Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi*, in *Resp. civ. prev*., 2016, 1751 s. Rilevano, tra i numerosi A., la scarsa chiarezza del tenore della disposizione F. SALESIA, *Dalla legge Balduzzi alla riforma Gelli, in La nuova responsabilità sanitaria e la*



qualificare in termini contrattuali la responsabilità del medico dipendente dalla struttura sanitaria [77]. Su queste premesse, francamente, dopo la riforma Gelli-Bianco, ci si sarebbe atteso un diverso indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte, volto a ridurre, in via applicativa, le distanze tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nell'ottica della soluzione più favorevole al paziente. Invece le cose non sono andate così e si è assistito ad un deciso cambiamento di rotta che ha condotto all'opposto e inatteso risultato di estendere l'applicazione delle regole extracontrattuali alle obbligazioni di fare professionale. Tale risultato, come si è detto, svaluta la portata del dato normativo che diversifica il regime di responsabilità della struttura sanitaria e del medico libero professionista da quello del medico dipendente [78] ed evidenzia come la Cassazione continui a svolge in materia di responsabilità medica, nel bene e nel male, un ruolo creativo indiscutibile [79].

---

sua assicurazione, cit., 29 ss.; A. DI MAJO, *La salute responsabile*, cit., 8; Sul punto cfr. anche G. VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Pers. merc.*, 2013, 356, il quale sottolinea come "Assai meno chiara è l'incidenza della Legge Balduzzi sulla responsabilità civile. L'alternativa espressa nei primi commenti è fra un ritorno ad un regime aquiliano e altre diverse interpretazioni". Sul significato della disposizione nella ricostruzione offerta in dottrina e giurisprudenza cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo volto della responsabilità del medico. Verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?*, in *www.rivistaresponsabilitàmedica.it*, 36 ss.

[77] Cfr. per tutte Cass. 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Guida al dir*., 2013, 25; in *Danno e resp*., 2013, 367; Cass. 17 aprile 2014, n. 8940, in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, I, 909; in *Resp. civ. prev*., 2014, 803; in *Foro it*., 2014, I, c. 1413. Sul punto v. R. CARLEO, *Cartella clinica elettronica e profili probatori nella responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica medica*, 2021, 102, il quale sottolinea come il "sistema consolidato della qualificazione della responsabilità sanitaria come contrattuale resiste negli orientamenti della Cassazione anche in seguito all'introduzione della legge Balduzzi che per la prima volta contiene un espresso riferimento all'art. 2043 c.c., per "spingere" la qualificazione della responsabilità del medico verso il paradigma della responsabilità aquiliana. La giurisprudenza, infatti, quasi in un "braccio di ferro" con il legislatore, anche a seguito del nuovo testo legislativo, aveva conservato la propria posizione consolidata e mantenuto fede ai propri precedenti". Oscillante sul punto invece la giurisprudenza di merito: cfr. B. MARUCCI, *op. cit*., 74 ss., la quale cita le diverse decisioni assunte sul tema. Per un'analisi degli orientamenti giurisprudenziali cfr. anche F. ONNIS CUGIA, *op. cit*., 1751 ss.

[78] Nella stessa prospettiva F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., c. 171 s., il quale sottolinea come la giurisprudenza stia cercando di svuotare di significato la l. n. 24/2017 che "consacra la diversità dei titoli di responsabilità della struttura sanitaria e del medico dipendente da essa".

[79] Cfr. G. PONZANELLI, *Il* Restatement *dell'11 novembre 2019 ovvero il nuovo codice della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp*., 2020, 5, secondo cui "Il primato della giurisprudenza nel campo della responsabilità civile non è stato mai scalfito nonostante qualche intervento normativo in alcuni dei suoi settori più importanti (da ultimo la legge Gelli Bianco in materia di responsabilità medica)". Di ruolo attivo della giurisprudenza "principalmente sul fronte della ripartizione dell'onere della prova tra le parti in causa" parla M. FACCIOLI, *"Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria*, cit., 80.

Sul punto cfr. anche F. MACARIO, *op. cit.*, c. 167, secondo cui l'intervento della giurisprudenza risulta "decisamente preferibile all'intervento legislativo, connotato dall'arbitro (…) e dalla disorganicità, se non addirittura conflittualità", dato chiaramente emerso dalle opposizioni della dottrina e della giurisprudenza alla scelta qualificatoria della responsabilità medica operata con la legge Gelli–Bianco; G. PONZANELLI, *Certezze e incertezze nel risarcimento del danno alla persona*, *ivi*, 2020, 103, il quale valuta positivamente l'intervento effettuato della terza sezione della Cassazione con le sentenze dell'11 novembre del 2019 in tema di responsabilità sanitaria sottolineando come la "deviazione" rappresentata dal fatto che "l'obiettivo nomofilattico" venga "raggiunto dal basso e non dall'alto" non sembra "possa essere considerata né rivoluzionaria, né antisistemica. In senso fortemente critico F. PIRAINO, *op. ult. cit*., c.171 s., secondo il quale la giurisprudenza, svuotando il dato normativo, evidenzia il tentativo di riacquisire una posizione di centralità in una materia "evidentemente considerata proprio municipio"; ID., *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, cit., 562, secondo il quale il terreno della causalità materiale è uno degli ambiti in cui si "conduce una battaglia per il riconoscimento alla giurisprudenza del ruolo di fonte del diritto, pur a Costituzione invariata, così trasformando in senso materiale l'ordinamento italiano in un sistema che più che misto risulterebbe ibrido".

Evidenziano R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*, in *Foro it*., 2018, I, c. 3583, come sul "già tormentato sviluppo della responsabilità sanitaria (…) "si è innestato il tentativo (per lo più maldestro) del legislatore di recuperare una centralità offuscata da decenni di rampante diritto giurisprudenziale.

Di "sfiducia reciproca del legislatore e della giurisprudenza" cui consegue uno scambio dei ruoli parla C. CASTRONOVO, Swinging malpractice. *Il pendolo della responsabilità medica*, cit., 860, il quale pone il dubbio "amletico" circa la preferenza da accordare alla giurisprudenza che svolge una funzione "paralegislativa" o, all'opposto, al legislatore "che veste i panni della giurisprudenza".

JUS CIVILE



MARIA FRANCESCA TOMMASINI

Professoressa ordinaria di Diritto privato – Università degli Studi di Messina

LO *SMART CONTRACT* E IL DIRITTO DEI CONTRATTI

SOMMARIO: *1. I sistemi di Intelligenza Artificiale applicati al settore giuridico. Lo* smart contract*. – 2. Individuazione della fattispecie e suo inquadramento giuridico. – 3. Lo* smart contract *in Italia.* Lo smart contract *con funzione "strumentale" e con funzione meramente "esecutiva". – 4. Lo* smart contract *con funzione "costitutiva" del contratto. Formazione ed intellegibilità del documento. – 5. La forma elettronica e l'identificazione delle parti contraenti. Lo* smart contract *concluso da un terzo. – 6.* Segue*. La* pseudonimizzazione *dei dati e la loro tutela giuridica. – 7. Esecuzione del vincolo ed irretrattabilità dello* smart contract*. La funzione* kill *o* selfdestruct code*. – 8. Le patologie del contratto. La nullità dello* smart contract*. – 9. L'annullabilità dello* smart contract*. La rilevanza dei vizi del volere. – 10.* Segue*. Gli errori di progettazione o di programmazione. La responsabilità dei gestori per il malfunzionamento della blockchain. – 11. La risoluzione del contratto concluso mediante* smart contract*. La gestione delle sopravvenienze nei contratti di durata. – 12.* Segue*. La risoluzione di diritto. – 13. La rescissione. – 14. Foro competente e disciplina transnazionale per le controversie nascenti da* smart contract*. Il ricorso all'arbitrato. – 15. Rilievi conclusivi.*

1. – Le opportunità offerte dalle nuove tecnologie stanno cambiando la vita di tutti [1]. Ci si muove verso una realtà sempre più robotizzata, veloce, in cui le macchine sono in grado di operare in maniera intelligente arrivando ad emulare la mente umana e di sostituirsi in un numero considerevole di attività da sempre ritenute appannaggio degli uomini [2]. La straordinaria novità dei sistemi robotici e di intelligenza artificiale (IA) [3], è

[1] F. MAGGINO, G. CICERCHIA, *Algoritimi, etica e diritto*, in *Diritto inf. e dell'informatica* 2019, 6, 1161; S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.,* 2018, 10, 1787.

[2] Si pensi ad attività quali tradurre testi (B. MARR, *Will machine learning AI make human translators an endangered species?*, in *Forbes,* 2018), redigere articoli di attualità (M. MAGRINI, *La notizia robotizzata. Giornali e giornalismo davanti all'onda dell'intelligenza artificiale*, in *Problemi inf.,* 2017, 147), scrivere poesie (M. BURGESS, *Google's AI has written some amazingly mournful poetry*, in *Wired UK* 2016), comporre musica (B. KALEAGASI, *A new AI can write music as well as a human composer*, in *Futurism* 2017), dipingere opere d'arte (G. COHN, *AI art at Christie's sells for $432,500*, in *New York Times digital edition*, 2018), ideare soluzioni a problemi tecnici (S. RAVID, X. LIU, *When Artificial Intelligence systems produce inventions: an alternative model for patent law at the 3A era*, in *Cardozo L. Rev.* 2018, 2215).

[3] I sistemi di Intelligenza Artificiale, ipotizzati per la prima volta nel 1955 dal matematico John McCarthy, si distinguono tra sistemi di IA debole (*weak AI*) e IA forte (*strong AI*): la prima consiste in programmi matematici con cui si sviluppano funzionalità per il *problem solving* o per consentire alle macchine di prendere decisioni; sono, in altre parole, sistemi in grado di simulare specifiche funzionalità cognitive dell'uomo senza però raggiungere le complessive capacità intellettuali sue tipiche. L'IA debole si fonda, dunque, su metodi che consentono al software di apprendere in modo che le reti possano svolgere un compito senza che vi siano pattern indicati dall'esterno che stabiliscano come essa debba comportarsi o reagire, esattamente come accade per SIRI, l'assistente vocale di proprietà Apple Inc (T. ROTHKEGEL, M. TAYLOR, *What characterises Artificial Intelligence and how does it work?,* in *Computer and Telecommunications Law Review,* 2016, 98). L'IA forte, al contrario, ricomprende sistemi cosiddetti «autoscienti» capaci quindi di sviluppare una propria intelligenza senza emulare processi di pensiero o capacità cognitive simili all'uomo, ma sviluppandone una propria in modo autonomo (A. OTTOLIA, *Big Data e innovazione computazionale*, Torino, 2017,



quella di poter elaborare dati in maniera massiccia aggregandoli e disaggregandoli fra loro ad una velocità elevatissima, e di consentire al *software* di apprendere automaticamente da schemi secondo diversi modelli che vanno dal *neural network* [4], al *machine learning* [5]; dal *deep learning* [6] al *cognitive computing* [7] e al *natural learning processing NLP* [8]. Le tecnologie intelligenti, verso la cui regolamentazione l'Unione Europea sta intervenendo con sempre maggiore decisione [9], non si limitano ad automatizzare oggetti e città [10], attività di

19). L'IA si riferisce dunque alla capacità delle macchine di svolgere compiti umani e replicare efficacemente parti della mente umana, studiando modelli di apprendimento ispirati alla struttura e al funzionamento del cervello biologico. Questi sistemi, già in uso nell'individuazione di schemi, nel riconoscimento vocale o delle immagini, utilizzano reti neurali artificiali progettate ad hoc (CNN e RNN).

[4] Il *neural network* è un tipo di apprendimento automatico composto da unità interconnesse (come i neuroni) capace di elaborare le informazioni rispondendo a *input* esterni, trasmettendo informazioni tra ciascuna unità. Il processo richiede più passaggi ai dati per trovare connessioni e ottenere significati da dati non definiti.

[5] Il *machine learning* automatizza la costruzione di modelli analitici utilizzando le *neural networks* e applicandoli in impieghi statistici, di ricerca operativa e fisica in modo da trovare collegamenti non evidenti nei dati, senza che vi sia stata una specifica programmazione sui contenuti e sui luoghi della ricerca. UN'IA che si avvale della tecnologia del *machine learning* è capace di ricevere una vasta quantità di dati al fine di comprenderne ed elaborarne il contenuto. UN'IA di questo tipo può istruire ed aggiornare l'algoritmo con cui opera sia grazie all'apprendimento automatico sia in virtù dell'analisi delle informazioni che le vengono fornite.

[6] Il sistema di *deep learning* utilizza enormi reti neurali con molti strati di unità di elaborazione, sfruttando i progressi della potenza di calcolo e tecniche di addestramento migliorate per apprendere schemi complessi in grandi quantità di dati. Le applicazioni comuni includono il riconoscimento di immagini e voce.

[7] Il *cognitive computing* è fondato sulla ricerca di un'interazione naturale e umana con le macchine. Usando L'IA e il *cognitive computing*, l'obiettivo finale è che una macchina simuli i processi umani attraverso la capacità di interpretare immagini e linguaggio, e quindi parli in modo coerente in risposta.

[8] Il *natural learning processing NLP* consiste nella capacità dei computer di analizzare, comprendere e generare il linguaggio umano. La fase successiva del NLP è l'interazione del linguaggio naturale, che consente agli esseri umani di comunicare con i computer utilizzando il normale linguaggio quotidiano per svolgere attività.

[9] Il più recente intervento in Europa sul tema è il Progetto di relazione recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale [2020/2014 (INL)]. Il progetto è alla base della Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale [2020/2014 (INL)]. Il Parlamento UE ha giocato di anticipo ed ha approvato il 20 ottobre 2020 tre Risoluzioni con specifiche richieste in ordine alla futura normazione più altri testi meno specifici ma ugualmente assertivi tra cui quello sull'utilizzo di A.I. nel sistema penale. Ha adottato tre proposte che precisano come l'UE possa regolamentare l'intelligenza artificiale più efficacemente per dare una spinta positiva all'innovazione, agli standard etici e alla fiducia nella tecnologia. La prima risoluzione (A9-0186/2020) affronta il tema, potremmo dire "costituzionale", dei presìdi etici che le applicazioni di intelligenza artificiale dovranno garantire per assicurare sicurezza, trasparenza e presa di responsabilità, ed evitare la creazione di pregiudizi e di discriminazioni, stimolare la responsabilità sociale e ambientale e come assicurare il rispetto dei diritti fondamentali. La seconda A9-0178/2020) riguarda il tema sensibile del regime della responsabilità civile per danni e pregiudizi arrecati da sistemi di A.I. La terza risoluzione (A9-0176/2020) riguarda i diritti di proprietà intellettuale, nella quale il Parlamento ha ribadito l'importanza di avere un sistema efficace per un ulteriore sviluppo dell'intelligenza artificiale, tra cui il rilascio di licenze e nuovi processi creativi. Questi interventi sono stati preceduti dalla Risoluzione del Parlamento Europeo, datata 12 febbraio 2019, Una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale, in *G.U.U.E.* C449/37 del 23 dicembre 2020; dalla Comunicazione della Commissione Europea al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "L'intelligenza artificiale per l'Europa" del 25 aprile 2018, doc. n. COM (2018) 237 che ha definito l'Intelligenza artificiale come quei "sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi"; dalla Comunicazione del 7 dicembre 2018, COM (2018) 795; Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligenc, 8 aprile 2019, COM (2019) 168 (Piano coordinato sull'intelligenza artificiale).

[10] Si pensi allo "smartphone", letteralmente "telefono intelligente" o con funzionalità evolute, è un apparecchio che racchiude in sé sia le funzioni di un computer palmare che quelle di un telefono cellulare, con possibilità di personalizzazione con nuove funzioni e programmi. Sempre più spesso di sente poi parlare di smart watch (orologi con funzionalità evolute che possono andare dalla riproduzione di radio FM, audio, e file video attraverso un auricolare Bluetooth, alla possibilità di effettuare o rispondere alle chiamate), di smart TV, smart work, e ancora smart city, smart economy e persino smart governance, dove "smart" racchiude i concetti di migliore qualità di vita e minor impatto ambientale, grazie all'utilizzo intelligente delle tecnologie.



pubblico interesse [11] e settori cruciali del nostro ordinamento [12], ma affrontano e risolvono anche problemi legati ai processi di *business*, rendendo più veloci le decisioni e permettendo ai soggetti (persone fisiche e/o giuridiche) di essere più informati e precisi nella definizione delle operazioni commerciali. Si pensi alle ipotesi dei *data oriented contracts* [13], dei *computable contract* [14], dei *Ricardian contracts* [15] e dei più recenti *smart contracts* i quali consentono di processare i dati più velocemente e di automatizzare operazioni che prima potevano svolgersi solo manualmente. È evidente l'impatto dirompente che tale tecnologia potrebbe avere sul mondo economico e, quindi, sulla regolamentazione dei nuovi rapporti giuridici, vieppiù considerando che manca in materia una disciplina specifica ed uniforme.

---

[11] La tecnologia intelligente può essere utilizzata dalle pubbliche amministrazioni per la gestione dei sussidi e finanziamenti pubblici oppure per la gestione del sistema pensionistico, ovvero ancora per l'emissione, trasferimento, circolazione dei titoli di Stato e finanche per i procedimenti ad evidenza pubblica (S. CALDARELLI, *L'uso della tecnologia blockchain nel settore delle pubbliche amministrazioni: tra "mito" e realtà giuridica*, in *Dir. inf. e inform.* 2020, II, 4, 857).

[12] Nel settore giuridico i sistemi di IA coinvolgono talune specifiche aree di interesse ed in particolare il sistema per l'analisi giuridica per la sussunzione di un caso giuridico all'interno di una precisa fattispecie legale; il sistema per la pianificazione giuridica che suggerisce le azioni migliori per raggiungere un determinato risultato; il sistema per la ricerca di informazioni giuridiche che consente di cercare informazioni di contenuto concettuale-giuridico; il sistema della giustizia predittiva che sfrutta la capacità di sfruttare degli algoritmi di IA per predire l'esito dei giudizi (S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm*., 2018, 10, 1787). Nel "servizio Giustizia" (*smart judgement*), poi, ci si avvale dell'Intelligenza Artificiale robotica per dare esecuzione automatica alle sentenze, o per procedere alla sottrazione automatica di una somma cui si è stati condannati direttamente dal conto corrente oppure alla preclusione all'accesso dell'abitazione ove se ne accerti, attraverso un protocollo di *blocks*, che essa è di proprietà altrui (A.M. GAMBINO, *Vizi e virtù del diritto computazionale*, in *Dir. inf. e inform.,* 2019, II, 6, 1169). Non di meno, gli strumenti di IA sono utilizzati a livello diagnostico e terapeutico nell'attività medico sanitaria. L'evoluzione tecnologica, specie quella collegata al *cloud computing*, evidenzia come l'intera gestione del dato diagnostico e terapeutico, articolata secondo una successione cronologica predefinita di scansioni computazionali e di indicizzazione dei dati nosografici, reclama adeguata tutela (A. MARCHESE, *Profili civilistici dell'infomation technology in ambito sanitario*, Napoli, 2021, 153 ss.).

[13] I *data oriented contracts* sono accordi nei quali il contenuto è, in tutto o in parte, espresso in modo tale da risultare processabile da un *computer*, o perché direttamente redatto in linguaggio formale o perché frutto della traduzione di un testo contrattuale originariamente redatto in linguaggio naturale (M.J. RADIN, *Regulation by contract, regulation by machine*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 2004, 1, 142; M.L. PERUGINI, P. DAL CHECCO, *Introduzione agli smart contracts*, in *http://ssrn.com/abstract*). Nella scrittura di questi contratti le parti contraenti, da sole o con la collaborazione di un terzo programmatore, possono riferirsi sia a *standard* semantici già esistenti ovvero stipulare degli accordi preliminari – c.d. *data meaning threshold agreements* – nei quali indicare come termini ed espressioni devono essere intesi una volta tradotti in linguaggio formalizzato, procedendo ad una pre-attribuzione di significato, condivisa dai futuri contraenti, così che si possa istituire un collegamento tra voluto delle parti e sua rappresentazioni a fini di comprensione da parte di un *computer*. Il computer viene messo in condizione di comprendere il linguaggio ordinario attraverso *softwares ad hoc* mediante i quali le espressioni venivano trasformate in "dati".

[14] I *computable contracts* sono accordi tra le parti rappresentati, in tutto o in parte, in codice binario. Nascono in codice, si potrebbe dire. Poiché sono nati in codice, permettono una serie di analisi, man mano che si raccolgono i dati in essi contenuti, esattamente come accade in tutti i "derivati" di internet (Big Data e Data analys).Questo permette la visualizzazione di relazioni economiche o giuridiche tramite dei *graphi* (grafici) che raccontano "dove va" il mondo degli affari (si parla al momento di contratti BtB o BtC di servizio o prodotto). E ancora. Sempre poiché sono contratti "nati" in codice, permettono una serie di azioni automatizzate che si verificano nella logica *if-then-else*; per esempio come gli *smart legal contracts* e non solo. Il contratto – insomma– si contratta, si redige in linguaggio binario e si auto esegue automaticamente (C. AMATO, *La 'computerizzazione' del contratto (Smart, data oriented, computable e self-driving contracts. Una panoramica)*, in *Europa dir. priv.,* 2020, 4, 1259; H**.** SURDEN, *Computable contracts*, in *UC Davis Law Review*, 2012, 46).

[15] I *Ricardian contracts* prendono il nome da David Ricardo in onere del suo contributo alla teoria del commercio internazionale. Ideati nel 1996 da Ian Grigg, essi si caratterizzano per la presenza di un *design pattern* che consente l'individuazione delle intenzioni delle parti prima che il contratto venga eseguito. Attraverso un processo detto "*prose, parameters and code*" la prosa legale viene legata al codice informatico per mezzo di parametri al fine di consentirne l'automazione. Essendovi una prosa legale i *Ricardian contracts* hanno validità giuridica e sono vincolanti per le parti. Una volta tradotti in codice informatico possono essere letti ed eseguiti anche dal computer. In altri termini il *Ricardian contract* sigla l'accordo tra le parti e ne consente la successiva esecuzione da parte della macchina.



2. – Pur traducendosi letteralmente come "contratti intelligenti", la natura giuridica degli *smart contract* è stata oggetto di vivace dibattito. Mentre secondo alcuni autori, in considerazione della definizione data in origine dal suo ideatore [16], lo *smart contract* si sostanzia in "un complesso di promesse, seppure in forma digitale, compresi i protocolli all'interno dei quali le parti adempiono automaticamente a tali promesse" [17], ovvero in "un documento automatizzato" [18]; secondo altri, invece, esso consiste esclusivamente in un insieme di protocolli automatizzati e si struttura secondo un registro logico molto semplice, per cui al verificarsi di una certa condizione matematicamente accertabile (*if this* ...) si produce l'evento digitalmente collegato (… *then that*). Esso, di conseguenza, può assolvere funzioni semplici, come il pagamento in moneta digitale o la gestione di una procedura di voto, o complesse, quale la formazione di accordi giuridicamente vincolanti [19]. Di qui la considerazione che lo *smart contract* non può farsi rientrare nella accezione tradizionale di contratto [20]. La dottrina fonda il proprio convincimento sulla definizione di cui al paragrafo 4.3 della Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 febbraio 2017 [21], secondo cui lo *smart contract* può considerarsi uno strumento tecnologicamente avanzato che, utilizzando la DLT (*distributed ledger technology*) [22] ed in particolare la *blockchain* [23], permette di realizzare un processo negoziale capace di eseguirsi in modo autonomo.

In una posizione intermedia tra chi riconosce allo *smart contract* la natura giuridica di contratto e chi, in-

---

[16] Lo *smart contract* è frutto degli studi del giurista ed informatico statunitense N. SZABO, *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*, 1996, in *http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses*. L'autore sostiene che lo *smart contract* è "a set of promises, specified in digital form including protocols within which the parties perform on the these promises". Queste poche parole sono precedute da una apparente spiegazione: "New institutions, and new ways to formalize the relationships that make up these institutions, are now made possible by the digital revolution. I call these new contracts "smart", because they are far more functional than their inanimate paper-based ancestors". Szabo non indica specificamente a quali istituti e a quali modi di formalizzare le relazioni faccia riferimento, ma si intuisce che pensasse a soluzioni criptografiche idonee a conferire ai documenti informatici eguale valore costitutivo e probatorio dei tradizionali documenti cartacei.

[17] S. GEORGE, *Smart contracts: tools for transactional lawyers*, in *Texas J.B.,* 2018, 404; W. CHEN, *Law*, Oxford, 2018, 71; A. BLUM, *Contracts*, New York, 2007, 2 secondo cui lo *smart contract* non è inquadrabile né quale "promise or agreement recognized by the law" né quale "exchange relationship created by oral or written agreement between two or more persons, containing at least one promise, and recognized in law as enforceable".

[18] H. SURDEN, *Computable Contracts*, in *U.C. Davis L. Review,* 2012, 629; K. WERBACH, N. CORNELL, *Contracts Ex Machina*, in *Duke L. J.,* 2017, 338.

[19] M. GIULIANO, *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto nel terzo millennio*, in *Dir. inf. e inform.,* 2018, II, (II), 989.

[20] In proposito, si vedano: P. SIRENA, *Le questioni degli smart contract con riguardo alla struttura ed alla patologia del contratto*. *Intervento al Convegno Il robot tra diritto e processo*, Roma 21 febbraio 2019; E. GABRIELLI, *La nozione di contratto e la sua funzione. Appunti sulla prospettiva di una nuova definizione di contratto*, in *Giust. civ*., 2019, 2, 299. Dello stesso avviso è anche F. DI CIOMMO, *Smart contracts and (non) law. the case of the financial markets*, in *Law and economics yearly review,* 2018, II, 291 ss. L'Autore si riferisce nello specifico alle operazioni nel settore dell'High Frequency Trading (HFT) e del c.d. algorithmic trading, entrambi da tempo "an established reality". Secondo l'autore "*smart contract*s are not contracts", e "any attempt made by jurists to understand and regulate the phenomenon risks becoming obsolete at the very moment is carried out".

[21] Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, in *G.U.U.E.* del 18 luglio 2018 (C 252/239).

[22] La DLT è una tecnologia basata su registri distribuiti quali tecnologie e protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile e accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili. Non tutti i registri distribuiti, però, sono costituiti da una catena di blocchi: ve ne sono anche alcuni basati su architetture decisamente differenti, come ad esempio *Tangle* che è basato su grafici aciclici. Dalle DLT si devono nettamente distinguere le c.d. *tecnologie basate su registri centralizzati* che si servono di database centralizzati nei quali inserire tutti i dati; gli utenti accedono al sistema (detto *client-server*) accettando le regole stabilite dall'amministratore centrale, al quale spetta, dunque, in piena autonomia, la gestione di ogni istanza e l'eventuale risoluzione di ogni controversia. Ove si rendano necessarie modifiche, sarà sempre il gestore a decidere se e come apportarle e, conseguentemente, l'utente ha la scelta se accettarle e, quindi, giovarsi di un nuovo servizio, ovvero rifiutarle con conseguente uscita dal sistema.



vece, la nega decisamente, si collocano coloro i quali ritengono utile distinguere nello *smart contract* due profili: uno detto "*smart code"* che consiste nella componente tecnica (programma informatico) che rende tale strumento soggetto alla disciplina relativa alla tutela del software [24], e l'altro, detto "*smart legal contract"* che è, invece, l'accordo vero e proprio operante su tecnologia blockchain ed al quale si attribuisce significato ed efficacia negoziale [25]. Il profilo tecnico-informatico (*smart code)* assume un ruolo imprescindibile, perché consente di determinare l'identità e la natura dell'accordo così perfezionatosi (*smart legal contract)* [26]. Questo orientamento, però, non convince pienamente poiché finisce per limitare l'analisi dello

[23] La Blockchain (letteralmente catene di blocchi) si sostanzia in una tecnologia di registri distribuiti (o codici) in cui i dati delle transazioni vengono memorizzati su singoli nodi costituenti la catena, gli uni connessi agli altri, attraverso un processo di comunicazione simile alle reti *peer to peer*. Ciò implica che per potere modificare una singola parte della catena è necessario ottenere il consenso di tutti gli altri nodi (sul punto si vedano: P. BOUCHER, *Come la tecnologia blockchain può cambiarci la vita,* in *Servizio di ricerca del Parlamento Europeo*, 2017, 4; S. CRISCI*, Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.,* 2017, 10, 1787 ss.; M. IANSITI, K. LAKHANIR., *The truth about Blockchain, in Harvard Business Review,* 2017; C. MILLARD, *Blockchain and law: incompatible codes?*, in *Computer Law & Security Review*, 2018, 843 ss.). Il sistema blockchain può essere di tipo pubblico (*permissionless*), privato (*permissioned*) e a permesso condiviso (*consortium*). Nel primo caso, qualunque utente può contribuire all'aggiunta e all'aggiornamento dei blocchi e disporre delle copie di quanto viene approvato. Tra le più importanti blockchain pubbliche ci sono Bitcoin ed Ethereum. Il sistema Bitcoin (BTC) è stato progettato per inviare danaro in tutta sicurezza su Internet, senza necessità di intermediazione del sistema bancario e senza timori di frodi, e il suo linguaggio di programmazione, volutamente limitato per garantire una maggiore sicurezza, non consente di inviare grande quantità di dati per ogni transazione né di eseguire calcoli oltre a quelli necessari per eseguire una transazione. Ethereum (ETH) è, invece, una piattaforma decentralizzata che può essere scaricata gratuitamente e ha la capacità di essere programmata, similmente ad un computer (G. GITTI, *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità dei nuovi mercati finanziari*, in *Banca, borsa e tit. cred.,* 2020, 1, 13; G. GITTI, M. MAUGERI, C. FERRARA, *Offerte iniziali e scambi di cripto attività*, in *Oss. dir. civ. e comm.,* 2019, 1, 103; F. BARTOLINI, *Requisiti della criptovaluta, ex articolo 2464, comma 2,c.c. ai fini del conferimento nel capitale sociale di una s.r.l.*, in *Ilsocietario.it,* 2018). Nel caso della blockchain privata (*permissioned*) soltanto un numero limitato di nodi, detti *trusted*, può svolgere operazioni di aggiunta o aggiornamento dei blocchi, giacché in questa tipologia di blockchain vi è l'esigenza di limitare queste operazioni soltanto a coloro in possesso di una specifica autorizzazione. Ad utilizzare la tipologia di tipo privato sono in larga parte operatori economici, quali, ad esempio, compagnie aeree, società internazionali di distribuzione alimentare, compagnie energetiche, che hanno un ruolo evidentemente strategico nel mercato internazionale. Si pensi, tra gli altri, ai sistemi blockchain di tipo privato creati da British Airways per la risoluzione delle problematiche legate all'organizzazione dei voli commerciali, da UPS per la tracciabilità e la spedizione delle merci, da Walmart per la sicurezza dei prodotti alimentari o da Shell per la distribuzione di energia (G. FINOCCHIARO, C. BOMPREZZI*, A legale analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contract*, in *MediaLaws,* 2020). La blockchain del tipo "*consortium*" o a "permesso condiviso" o "parzialmente decentralizzata" è caratterizzata dal fatto che il processo di consenso è controllato da un insieme preselezionato di nodi che svolgono la funzione di validatori. Esempi di tale tipo blockchain è Il consorzio R3 CEV LLC, una società finanziaria e di ricerca tecnologica che coopera con un consorzio di 200 società finanziarie (tra cui Banca d'America, Goldman Sachs, Citigroup, Banca Nazionale dell'Australia, Royal Bank del Canada, Sumitomo Mitsui Banking Corporation e altri) nello sviluppo dell'utilizzo della tecnologia blockchain all'interno del sistema finanziario. Altro progetto del tipo consorzio è Hyperledger, un progetto della Fondazione Linux che si basa su una blockchain con codice open source per supportare lo sviluppo collaborativo di registri distribuiti sulla base della blockchain. Cisco, Hitachi, IBM, Intel, NEC, J.P. Morgan, SAP e altri figurano tra coloro che vi hanno preso parte (N. ABRIANI, *Il diritto societario incontra il diritto dell'informazione. IT, corporate governance e corporate social responsability*, in *Riv. soc.,* 2020, 1326).

[24] Nell'ordinamento italiano la tutela del software segue la legge sul diritto di autore (l. n. 633/1941), emendata proprio per disciplinare anche le produzioni dell'arte e dell'ingegno rese possibili dall'evoluzione tecnologica. In particolare, la normativa in vigore tutela i programmi e i codici che ne rendono possibile lo sviluppo. Si parla dunque di titolarità di diritti d'autore sul software, non già di diritti di proprietà; del software si protegge la forma (stringhe di codici) con cui il programma si esprime, quindi divenendo fruibile. L'art. 2 n. 8 della l. n. 633/1941 dispone che sono compresi nella protezione "i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore. Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso".

[25] S. RIGAZIO, *Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella l. 12/2019*, in *Dir. inf. e inform.,* 2021, 2, 369.

[26] Sul rapporto tra fase di esecuzione dello *smart contract* e fase di perfezionamento dello stesso si vedano: M. DUROVIC, A. JANSSEN, *The formation of smart contracts and beyond: shaking the fundamentals of contract law?*, in *Smart contracts and block-*



smart legal code proprio alla fase di perfezionamento del contratto, tralasciando di considerare il momento esecutivo-applicativo che, invece, negli *smart contract* risulta peculiare. La nostra indagine, perciò, si concentrerà sia sul profilo della formazione dell'accordo, con uno sguardo agli elementi essenziali propri del contratto tradizionale, che su quello della efficacia dello *smart contract*. La valorizzazione di entrambi i profili sarà volta, in special modo, a verificare l'eventuale compatibilità dell'accordo sviluppatosi su tecnologia blockchain con la nozione tradizionale di contratto [27]. Le categorie concettuali classiche, infatti, dinnanzi alle nuove tecnologie, non devono necessariamente essere considerate un *a priori* ma vanno verificate [28], talvolta adattate, e possono rappresentare uno strumento di passaggio per pervenire "ad un risultato plausibile" [29]. E laddove lo strumentario giuridico esistente si riveli insufficiente a disciplinare nuove forme di relazioni, specie se ci si trovi di fronte a paradigmi del tutto nuovi, come nel caso dei rapporti dematerializzati eseguiti in una rete, in cui, oltre ai beni, è la stessa persona ad assumere un'identità virtuale [30], sarà compito del legislatore adottare le più opportune soluzioni affinché l'individuo possa esplicare la propria attività in un contesto comunque garantito e regolato [31].

---

chain technology: role of contract law, Cambridge, 2019; M. Durovic, F. Lech, *The enforceability of smart contracts*, in *The italian law journal,* 2019, 493.

[27] In dottrina la questione della compatibilità con le tradizionali categorie dogmatiche del contratto era già stata affrontata con riferimento al commercio elettronico e, nello specifico, al contratto telematico (G. Perlingeri, F. Lazzarelli, *Il contratto telematico*, in AA.VV., *Manuale del diritto dell'informatica*, Napoli, 2016; F. Sguerso, *Il contratto telematico. Le moderne tecnologie e il "vecchio" codice civile*, in *www.aicsweb.it/documenti/2012*; E. Tosi, *Il contratto virtuale*, in *Studium juris,* 2008, 67; A.M. Gambino, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, 11; V. Zeno-Zencovich, *Sul rilievo pratico o sistematico della categoria dei c.d. contratti di informatica,* in AA.VV., *I contratti di informatica. Profili civilistici, tributari e di bilancio,* a cura di Alpa-Zeno Zencovich, Milano, 1987, 32; F. Galgano, *La cultura giuridica italiana di fronte ai problemi informatici (considerazioni di sintesi)*, in AA.VV., *I contratti di informatica. Profili civilistici, tributari e di bilancio,* cit., 373. Anche in quell'occasione, infatti, in un primo momento la dimensione tecnico-informatica aveva messo fortemente in discussione aspetti fondamentali quali la conclusione e l'esecuzione del contratto; tuttavia con un'attenta riflessione incentrata sulla funzione che lo strumento informatico svolgeva in tale contesto, la dottrina aveva recuperato e ritrovato le categorie civilistiche tradizionali nella nuova realtà telematica, interpretando i bisogni e gli interessi che andavano emergendo e che richiedevano tutela da parte dell'ordinamento (P. Sammarco, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e prassi*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia,* diretto da F. Galgano, Padova, 2006; L. Follieri, *Il contratto concluso in Internet*, Napoli, 2005; C. Scognamiglio, *La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico*, in AA.VV., *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, 73; F. Delfini, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002; C. Camardi, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio*, in *Contratto e impresa* 2001, 2, 557; S. Giova, *La conclusione del contratto via Internet*, Napoli, 2000; E. Giannantonio, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1994; V. Franceschelli, *Computer e diritto*, Rimini, 1989).

[28] Sul progresso tecnologico e sulle sue ricadute sul piano giuridico si vedano: G. Corasaniti, *Il diritto nella società digitale*, Milano, 2018; N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001; V. Frosini, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1981, 202.

[29] N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 33.

[30] U. Galimberti, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999, 12, secondo cui "noi continuiamo a pensare la tecnica come uno strumento a nostra disposizione, mentre la tecnica è diventata l'ambiente che ci circonda e ci costituisce secondo quelle regole di razionalità che, misurandosi sui soli criteri della funzionalità ed efficienza, non esitano a subordinare le esigenze dell'uomo alle esigenze dell'apparato tecnico". Ne risultano così rivisti "i concetti di individuo, identità, libertà, spazio, tempo di cui si nutriva l'età umanistica e che ora, nell'età della tecnica, dovranno essere riconsiderati, dismessi o rifondati alle radici".

[31] M. Giuliano, *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto nel terzo millennio*, cit., 989. In questo senso anche G. Di Rosa, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?,* in *Riv. dir. civ.,* 2021, 5, 826, secondo cui "occorre in primo luogo individuare gli ordini di conflitti a cui dà luogo l'utilizzo di robot, anche in considerazione della relativa differenziazione in termini di catalogazione identificativa; rapportare, poi, le questioni così evidenziate con le regole date; saggiare, infine, la (eventuale) riferibilità (o, comunque, adattabilità) e, dunque, la possibile applicazione di regolamentazioni (già) sussistenti alle specifiche problematiche del settore indagato. In alternativa … si tratta di provvedere alla predisposizione di nuove discipline, appropriate in ragione della specificità e della particolarità delle questioni sollevate".



3. – Sulla spinta della normativa europea[32] ed extraeuropea[33], l'Italia è stato uno dei primi paesi dell'Unione[34] a riconoscere lo stato giuridico dello *smart contract* definendolo come "un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o

[32] Sul piano legislativo un particolare cenno merita la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 gennaio 2020 rubricata "Tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione", in https://www.europarl.europa.eu, che prende in esame la tecnologia blockchain e, più in generale, l'insieme delle tecnologie basate su registri distribuiti (Distributed Ledger Technology – DLT), analizzandone le possibili applicazioni e fornendo indicazioni alla Commissione europea e alle altre istituzioni dell'Unione. Di poco successiva, del 20 ottobre 2020 è la Risoluzione del Parlamento Europeo sui servizi digitali: migliorare il funzionamento del mercato unico, in *G.U.U.E.* C404/2 del 6 ottobre 2021, in cui il Parlamento ritiene che, nella regolamentazione degli aspetti civili e commerciali delle DLT e degli Smart Contracts, si debbano prevedere "misure che garantiscano l'esistenza di un adeguato quadro normativo per lo sviluppo e la diffusione dei servizi digitali, fra cui tecnologie di registro distribuito come le blockchain e i contratti intelligenti; misure atte ad assicurare che i contratti intelligenti siano dotati di meccanismi in grado di arrestarne e invertirne l'esecuzione, in particolare alla luce delle preoccupazioni private della parte debole o delle preoccupazioni pubbliche, per esempio quelle legate agli accordi di cartello e ai diritti dei creditori in caso di insolvenza e ristrutturazione; misure che garantiscano equilibrio e parità adeguati tra le parti per quanto riguarda i contratti intelligenti, tenendo conto in particolare degli interessi delle piccole imprese e delle PMI, per le quali la Commissione dovrebbe prendere in esame le possibili modalità; un aggiornamento del documento di orientamento esistente relativo alla direttiva 2011/83/UE, al fine di chiarire se i contratti intelligenti siano contemplati dall'eccezione di cui all'articolo 3, paragrafo 3, lettera i), della succitata direttiva, e di chiarire le questioni legate alle transazioni transfrontaliere, ai requisiti di certificazione notarile e al diritto di recesso" (sul punto si veda M. MAUGERI, *La Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sugli smart Contracts nella prospettiva del diritto dei contratti e della concorrenza*, in *Contr. impr. Eu*., 2021, 25 ss.). La Commissione Europea il 24 settembre 2020 ha presentato una proposta di direttiva in tema di crypto-assets che si inserisce nel più generale ambito della finanza digitale con specifica attenzione rivolta proprio all'utilizzo delle tecnologie DLT e blockchain in quest'ambito. La proposta suggerisce che, nell'affrontare le questioni derivanti dall'utilizzo di questi strumenti, le istituzioni comunitarie devono prediligere un approccio improntato alla cautela e, se del caso, all'adozione di strumenti di *soft law* e *best practices* (S. RIGAZIO, *Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella l. 12/2019*, in *Dir. inf. e inform.,* 2021, 2, 369).

A livello europeo rileva, altresì, l'istituzione da parte della Commissione europea dell'*EU Blockchain Observatory and Forum* il 1° febbraio 2018 e dell'*European Blockchain Partnership* il 10 aprile 2018. *ALL'EU Blockchain Observatory and Forum* è attribuito il compito di raccogliere informazioni, mappare le principali iniziative esistenti, monitorare gli sviluppi e analizzare le tendenze, esaminare il potenziale socio-economico e affrontare le sfide, cercando di garantire un approccio uniforme e comune a livello europeo. L'*EU Blockchain Observatory and Forum* ha istituito due gruppi di lavoro per identificare e ricercare le iniziative esistenti basate su blockchain: *The Blockchain Policy and Framework Conditions Working Group*, deputato a definire le condizioni politiche, legali e regolamentari necessarie per la diffusione su larga scala delle applicazioni basate sulla blockchain, e *The Use Cases and Transition Scenarios Working Group*, chiamato a concentrarsi sui casi di utilizzo più promettenti, con particolare attenzione alle applicazioni del settore pubblico come identità e servizi pubblici, assistenza sanitaria, energia e rendicontazione ambientale. *L'European Blockchain Partnership* mira, invece, a consolidare il ruolo dell'Europa nello sviluppo e nella diffusione della tecnologia blockchain per mezzo di un approccio uniforme a livello europeo; a tale scopo i rappresentanti dei Paesi partecipanti lavorano insieme, al fine di stabilire le linee di intervento utili per sfruttare il potenziale dei servizi basati sulla blockchain a beneficio dei cittadini, della società e dell'economia. Tra queste iniziative, il partenariato sta cooperando per la creazione *dell'European Blockchain Services Infrastructure* (EBSI), capace di supportare la fornitura di servizi pubblici transfrontalieri in tutta l'Unione Europea, utilizzando la tecnologia blockchain e garantendo alti standard di sicurezza e protezione dei dati personali (F. FAINI, *Blockchain e diritto: la "catena del valore" tra documenti informatici, smart contracts e data protection*, in *Resp. civ. prev.,* 2020, 1, 297).

[33] Nel Regno Unito è stata istituita la *UK Jurisdiction Taskforce* (UKJT) che, il 9 maggio 2019, ha attivato una consultazione conclusasi il 31 marzo 2021 per definire e rendere pubblico l'orientamento del Governo nell'ambito delle nuove tecnologie e dello *smart contract.* La UKJT ha sostenuto la fattibilità, giuridica e informatica di *smart contract* con rilevanza contrattuale e conseguente applicazione del diritto dei contratti. Essa ha, inoltre, precisato che lo *smart legal contract* è una sottocategoria degli *smart contract* che è, o è parte di, un contratto tradizionale. La UKJT propone una tripartizione degli *smart legal contract* in tre categorie. La prima è quella del *Solely code model* che è espresso solo in codice informatico; la seconda categoria detta *Internal Model* che è un documento scritto contemporaneamente in linguaggio umano e in codice informatico in modo da essere comprensibile sia dalle parti che dalla macchina; la terza categoria è quella del *External Model* che consiste in un contratto tradizionale, ossia redatto interamente in linguaggio naturale, che include l'accordo delle parti a gestire l'esecuzione di alcune disposizioni con *smart contract*. Sulla base del lavoro compiuto dalla UKJT, la Law Commission ha definito gli *smart contract* come "legally binding contracts in which some or all of the contractual obligations are recorded in or performed automatically by a computer program" (in *https://www.lawsociety.org.uk/support-services/lawtech*).



più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse" (art. 8 ter, secondo comma, del Decreto legge n. 135 del 2018 convertito con modifiche nella legge n. 12 del 2019) [35]. Il linguaggio utilizzato dal legislatore che, per un verso, sembra prediligere la natura tecnico informatica dello *smart contract* stante la scelta di definirlo un programma per elaboratore che opera solo su "tecnologie basate su registri distribuiti" (art. 8 ter, primo comma) [36] e non su tecnologie diverse [37], e per altro, inserisce espliciti riferimenti al registro giuridico (esecuzione, vincola, parti, effetti), conferma proprio la sussistenza di due profili diversi ma strettamente connessi l'un l'altro.

Sulla base proprio del rapporto che lega codice informatico e accordo, gli *smart contracts,* perciò, possono essere semplici veicoli di scambio delle dichiarazioni negoziali; atti di esecuzione di contratti conclusi in forma tradizionale; o, ancora, fonti del vincolo negoziale "in quanto creano, modificano, trasferiscono diritti, doveri e poteri" [38].

In Australia si è ritenuto di applicare allo *smart contract* le previsioni dell'*Electtronic Transactions Act*, 1999 (in *https://www.legislation.gov.au/Details/C2011C00445*) a norma del quale le transazioni elettroniche sono equiparate, quindi producono i medesimi effetti giuridici, a quelle analogiche. Il legislatore australiano ha esteso la previsione anche alle transazioni registrate su *blockchain.*

Gli Stati Uniti d'America ed altri Stati quali California, Delaware, Vermont, Nevada, Arizona, Hawaii, New Hampshire e Illinois, hanno introdotto una normativa volta a legittimare l'uso della tecnologia *blockchain* in generale, e dello *smart contract* in particolare. Le soluzioni sino ad ora adottate non sono però uniformi. Nel dettaglio, nello Stato del Vermont il legislatore ha previsto che un fatto, o un dato, verificato attraverso una valida applicazione della tecnologia *blockchain* è autentico e si considera certa la data e l'ora in cui la registrazione della transazione è avvenuta (*https://legislature.vermont.gov/bill/status/2016/H.868*). Parzialmente innovatore è stato invece il Governatore dello Stato dell'Arizona che introducendo una disciplina dedicata alle nuove tecnologie, ha equiparano la firma depositata su *blockchain* alla firma digitale (*https://legiscan.com/AZ/text/HB2417/id/1497439*). Anche il legislatore del Tennessee ha seguito un approccio analogo introducendo il 22 marzo 2018 due previsioni volte a legittimare le nuove tecnologie. In particolare, a norma della nuova versione del *Bill* n. 1662 i dati raccolti su *blockchain* hanno valore giuridico e uno *smart contract* può produrre effetti giuridici (https://legiscan.com/TN/bill/SB1662/2017). Decisamente più innovativa è invece la normativa californiana. La California Assembly ha varto la legge n. 2658 del 2018 che modifica il *California Civil Code*, assimilando lo *smart contract* ad un contratto tradizionale e chiarendo che il primo si distingue dal secondo solo per la forma (*https://legiscan.com/CA/text/AB2658/id/1732549*).

[34] Malta è stato il primo paese ad avere approvato una normativa in tema di regolazione della blockchain che ha lo scopo di promuoverne l'utilizzo sul territorio maltese al fine di incrementare gli investimenti e contribuire ad un miglioramento dell'economia nazionale (The Malta Digital Innovation Authority Act (MDIA Act), Innovative Technology Arrangements and Services Act (ITAS Act), e Virtual Financial Assets Act). Nel panorama europeo vanno segnalate, inoltre, le iniziative del governo lituano, che in collaborazione con la banca centrale nazionale ha lanciato il progetto di moneta virtuale LBCOINS basato sulla tecnologia blockchain e la recente definitiva approvazione, il 20 settembre 2020, da parte del Consiglio degli Stati della Svizzera, della "Legge federale sull'adeguamento del diritto federale agli sviluppi della tecnologia di registro distribuito" (sul punto N. TRAVIA, *Profili internazionali degli smart contract*, in AA.VV., *Blockchain e smart contract*, Milano, 2019, 394).

[35] D.l. n. 135 del 14 dicembre 2018, convertito in l. n. 12 dell'11 febbraio 2019, in *G.U.* n. 36 del 12 febbraio 2019 (Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione).

[36] All'art. 8 ter, primo comma, del d.l. n. 135/2018 così come convertito dalla l. n. 12/2019, è prescritto che si definiscono tecnologie basate su registri distribuiti "le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili".

[37] L'esclusione, forse involontaria, del legislatore italiano è certamente contraria al principio della c.d. *neutralità tecnologica*, in base al quale il legislatore non deve interferire nello sviluppo di una specifica tecnologia per favorirla rispetto ad altre (E. CERVONE, *Strumenti di pagamento innovativi, interoperabilità e neutralità tecnologica: quali regole e quale governance per un mercato sicuro, efficiente ed innovativo*, in *Riv. trim. dir. econ.,* 2016, 61). Il principio, usato per la prima volta alla fine degli Anni 90 dall'Organizzazione Mondiale per il Commercio per l'accordo sulle telecomunicazioni, successivamente è stato utilizzato con riferimento specifico alla rete ed ai servizi di Internet. L'Unione Europea ha più volte fatto riferimento a tale principio per i servizi finanziari, l'intelligenza artificiale e, più in generale, per i nuovi sistemi digitali di pagamento (Corte di Giustizia, C-807/18 Telenor Magyarorszag & C-39/19 Telenor Magyarorszag, del 15/9/2020, in *http://curia.europa.eu*). Il principio è stato affermato a livello internazionale dalla Commissione delle Nazioni Unite per il Commercio internazionale (UNCITRAL) nel Model Law sugli Electronic Transferable Records approvato dalla Commissione il 13 luglio 2017.

[38] M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale,* Torino, 2018, 151.



Nei contratti stipulati a distanza (art. 1326), infatti, una parte può avvalersi di uno *smart contract* per trasmettere all'altra la proposta contrattuale [39]. Lo *smart contract* assume in questo caso funzione "strumentale" ed ha, cioè, la stessa funzione che rivestirebbe una mail certificata. Solo che, a differenza della mail che viene trasmessa in un linguaggio "umano", la proposta inviata tramite *smart contract*, prima di essere trasmessa, deve essere tradotta in un linguaggio informatico dal proponente (o da un tecnico abilitato) il quale, peraltro, dovrà premurarsi di precisare (a meno che non voglia concludere un contratto nella forma dello *smart contract*) che quella "versione" non ha alcun valore e non fa fede. L'oblato che si trova dinnanzi una proposta trasmessagli tramite *smart contract* dovrà, a sua volta, prima decodificare il testo per comprendere il senso della proposta ricevuta e, di seguito, trasmettere l'accettazione mediante un altro *smart contract*. La farraginosità di questo meccanismo, ne rende piuttosto raro l'utilizzo come puro strumento di comunicazione.

Più frequentemente lo *smart contract* viene utilizzato per dare esecuzione ad un contratto tradizionale (funzione "esecutiva") [40]. Esso, cioè, diventa mezzo di adempimento delle obbligazioni "assunte prima ed altrove dalle parti" secondo le regole previste dal codice civile [41]. Ma non può ricorrersi allo *smart contract* per eseguire qualsiasi tipo contrattuale. Il suo utilizzo, infatti, è da escludere per i contratti che hanno esecuzione istantanea con contestuale esaurimento delle prestazioni reciproche salvo che residuino eventuali obbligazioni ulteriori, ad esempio di garanzia [42]; parimenti non potrà farsi uso dello *smart contract* per eseguire prestazioni di fare o di consegnare beni materiali ovvero per realizzare effetti traslativi differiti, mentre ne sarà possibile l'utilizzazione per le prestazioni che abbiano ad oggetto il pagamento di somme di danaro o il trasferimento di beni dematerializzati [43]. È dubbio se un contratto reale, per il quale la *traditio* è elemento della fattispecie, possa avere esecuzione a mezzo di uno *smart contract*. Se la consegna avviene al momento del perfezionarsi dell'accordo, la successiva esecuzione non presenta differenze rispetto ai contratti consensuali [44]. Nel caso in cui lo *smart contract* sia utilizzato come mezzo di adempimento di obbligazioni contrattuali

---

[39] R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, 125 ss.

[40] N. Szabo, *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets, cit.,* secondo cui l'esecuzione di un contratto rappresenta l'alveo naturale di utilizzo dello *smart contract*. Szabo, infatti, descrive un *smart contract* assimilandolo ad una *vending machine*, ovvero ad un comune distributore automatico. Per il famoso criptografo, uno *smart contract* altro non è che la trasposizione in termini digitali di un treno di ingranaggi; con la grande differenza che mentre un meccanismo, per quanto sofisticato, sarà sempre piuttosto rigido nella propria esecuzione, uno *smart contract* è estremamente flessibile. Mentre infatti una macchina distributrice, richiede una moneta di un determinato taglio e rilascia un solo chewing-gum tra quelli contenuti nella tramoggia, uno *smart contract*, su piattaforma che ospita un linguaggio Turing-completo, consente una varietà pressoché infinita di input, in ingresso e in uscita. Uno *smart contract*, quindi, eleva la complessità dell'interazione ai massimi livelli. È questa l'intuizione di Szabo: la costruzione di una *vending machine universale* capace cioè di eseguire un numero indeterminato di compiti.

[41] F. Rampone, *Smart contract: né smart né contract*, in *Riv. dir. priv.,* 2019, 2, 8.

[42] Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui in una operazione di compravendita di partecipazioni societarie, si preveda la stipulazione di uno *share purchase agreement che regoli i rapporti* tra acquirente e venditore nel caso di sopravvenienze di passività che possano emergere nel periodo di tempo intercorrente tra la firma (*signing*) e il passaggio di proprietà (*closing) o addirittura nella fase successiva (post closing). Lo share purchase agreement, essendo un contratto del tutto autonomo rispetto a quello di compravendita,* ben può essere stipulato facendosi ricorso ad uno *smart contract* (A. Mastrangelo, *Il sale and purchase agreement (spa),* in *https://www.diritto.it*).

[43] D. Aquaro, *Smart contract: cosa sono (e come funzionano) le clausole su blockchain*, in *https://www.ilsole24ore.com*.

[44] S. Cerrato, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract,* in AA.VV., *Blockchain e smart contract*, Milano, 2019, 291. In effetti una tale ricostruzione giuridica del fenomeno potrebbe in verità comportare dei problemi applicativi qualora, ad esempio, due parti decidano di regolare tra loro un determinato rapporto prevedendo, per la fase esecutiva, la redazione di uno *smart contract* che, a determinate scadenze, provveda a trasferire una criptovaluta quale corrispettivo di una prestazione, magari da svolgere "*off-chain*". L'oblato di detta prestazione, confidente dello *smart contract*, esegue la prestazione, mentre la parte debitrice dell'obbligazione di pagamento, per sfuggire alla stessa, non provvede al deposito sull'indirizzo dello *smart contract* della criptovaluta



già definite in un contratto tradizionale sorge anche qui, innanzitutto, il problema di tradurre il testo in linguaggio informatico. La traduzione del contratto concluso in modo tradizionale costituisce in questa peculiare ipotesi una sorta di ripetizione del contratto "in una forma diversa e necessaria per la sua esecuzione" [45]. Se la ripetizione del contratto ad opera del "traduttore" avviene in maniera corretta *nulla quaestio*, ma se il contenuto dello *smart contract* è diverso da quello che le parti avevano concluso, vista la sua stabilità ed irretrattabilità, esso potrà essere reso inefficace solo con un intervento successivo dell'operatore ed il redattore dello *smart contract* sarà ritenuto responsabile e dovrà risarcire i danni subiti dalle parti [46]. In sede di ripetizione dello *smart contract* non è da sottovalutare la funzione "*if ... then ...", t*ipica di questa fattispecie, la quale prevede che, al verificarsi di determinati presupposti (*if* …) previsti dal programmatore e che sono accertabili attraverso gli *imput* provenienti dai c.d. "oracoli" [47], lo *smart contract* si avvia e dà luogo all'esecuzione del contratto (… *then*) [48]. La funzione *"if ...then ..."* può qualificarsi giuridicamente come condizione (art. 1353 ss. cod. civ.) o termine qualora le parti nell'accordo negoziale abbiano previsto un evento futuro e incerto o una data cui subordinare l'efficacia del contratto. Viceversa, nell'ipotesi in cui il contratto sia già pienamente efficace, la funzione "*if ... then ...*" funge soltanto da presupposto per l'adempimento dell'altrui prestazione. Le parti cioè, possono istruire il *software* perché esegua la prestazione solo previa conferma, data tramite un "*oracolo*", dell'altrui adempimento [49]. Sia nell'una che nell'altra circostanza, comunque, l'esecuzione automatica della struttura *if ... then ...* è la caratteristica idonea a rendere lo *smart contract* preferibile rispetto agli strumenti tradizionali in quanto darebbe alle parti la certezza che la

---

corrispondente. In questo caso il contratto non potrebbe dirsi eseguito in quanto non viene attuato alcun trasferimento e secondo la norma non sarebbe suscettibile di tutela, proprio perché ancora non perfezionato (M. NICOTRA, *L'Italia prova a normare gli smart contract, ecco come: pro e contro*, in *https://www.agendadigitale.eu*).

[45] DI V. GRAVIO, *Dichiarazione riproduttiva*, in *Dig. it. disc. priv*., sez. civ., Torino, 1989, V. 366; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto impr*., 2003, 667.

[46] S. CAPACCIOLI, *Smart contracts: traiettoria di un'utopia divenuta attuabile*, Modena, 2016, 42.

[47] Con il termine "oracolo" si intende far riferimento ad un "sensore esterno" cui è attribuito il compito di certificare l'avverarsi delle condizioni poste alla base del regolamento contrattuale, andando a costituire l'input di attivazione delle prestazioni automatizzate previste secondo i criteri in questa sede analizzati. L'oracolo può essere basato su un *software*, su un *hardware* o su intermediario umano. Gli oracoli *software* estraggono le informazioni necessarie on line o in altre blockchain e le inseriscono nel contratto intelligente. Negli oracoli *software* la questione principale è data dalla fonte da cui l'informazione è tratta che può essere una fonte sicura e affidabile (ad esempio nel caso di Wikipedia) o incerta. In quest'ultimo caso l'oracolo rende errato il dato prelevato. Gli oracoli *hardware* offrono un modo sicuro e non manomissibile per raccogliere i dati dai sensori degli oggetti collegati (si pensi ai sensori collegati ad una automobile che sono capaci di rilevarne la velocità di marcia). Per potere segnalare in modo sicuro una lettura da un sensore, gli oracoli hardware richiedono una attestazione crittografica della lettura del sensore, al fine di autenticare l'origine della misurazione, nonché una installazione anti-manomissione del dispositivo lettore che offra la misura di sicurezza di rendere inutilizzabile l'oracolo in caso di tentativo di manomissione. Gli oracoli umani sono necessari per la convalida di richieste complesse. Ad esempio, un operatore umano è in grado di discernere il grado e l'entità di un danno fisico, a seguito di una visita medica, e di indicarlo nella relativa voce all'interno di un contratto di assicurazione (E. BATTELLI, *Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario*, in *Giust. civ.,* 2020, 4, 681). A parte queste che sono le tipologie più note di oracoli, ne esistono delle altre. Si pensi agli oracoli basati sul consenso (ad esempio *Augur* o *Gnosis*) che si caratterizzano per il fatto che ai fini della risoluzione di un problema o della decisione di un evento ci si basa "sulla saggezza della folla" cioè sul parere di più oracoli contemporaneamente. Non sono, da ultimo, da trascurare la possibilità di una rete di oracoli distribuiti basati su token, gli oracoli inbound e gli oracoli outbound (M.T. GIORDANO, *Il problema degli oracoli*, in AA.VV., *Blockchain e smart contract*, cit., 260).

[48] P. CUCCURU, *Beyond bitcoin: an early overview on smart contracts,* in *International Journal of Law and Information Technology*, XXV, 2017, 179 ss.

[49] "Ciò che le parti intendono perseguire ricorrendo allo *smart contract* è la certezza dell'adempimento reciproco, un obiettivo a cui il nostro ordinamento preordina alcuni strumenti attivabili per volontà negoziale (ad esempio prevedere una garanzia escutibile anche a prima richiesta) o in autotutela come nel caso dell'eccezione di inadempimento *ex* articolo 1460 cod. civ." (S. CERRATO, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract, cit.,* 293).



prestazione dedotta in contratto si eseguirà nel modo prescritto nel *software*, "senza richiedere l'intervento di un terzo, quale è il giudice, il cui intervento diverrebbe superfluo" [50].

Il testo del contratto tradotto in linguaggio informatico, da ultimo, dovrà essere sottoscritto dalle parti e dovranno essere sottoscritte, se presenti, le eventuali clausole vessatorie [51]. Il meccanismo di sottoscrizione più diffuso è quello della crittografia asimmetrica o a doppia chiave che consente di potete imputare univocamente una transazione ad un soggetto [52]. È da sottolineare, però, che la mancata identificazione informatica delle parti di uno *smart contract* con solo fini esecutivi non rende invalido l'atto, che resta subordinato "alle dinamiche negoziali del mondo reale. Dunque, potranno al più porsi dubbi circa l'identità del soggetto attivo o passivo dell'intervenuto adempimento e le conseguenti eventuali azioni di indebito, per esempio nel caso in cui il creditore lamenti di non aver ricevuto la prestazione e il debitore affermi che essa è stata regolarmente eseguita dallo *smart contract*, salvo poi acquisire consapevolezza del fatto che essa sia stata rivolta a beneficio di un terzo erroneamente identificato come il creditore all'interno dello *smart contract*" [53].

4. – Non vi sono ostacoli a considerare lo *smart contract* come veicolo atto a dar luogo alla redazione di un contratto [54]. Nel nostro ordinamento, infatti, vige il principio della libertà della forma del contratto, ragion per cui la manifestazione del programma negoziale può avvenire con dichiarazione orale, con comportamento concludente, con dichiarazione per iscritto o, appunto, per via informatica [55]. Con riferimento alla particolare modalità di manifestazione del consenso negli *smart contracts*, e in genere nei contratti telematici o cibernetici, pur nella loro differente struttura, il legislatore nazionale dapprima con l. n. 59 del 15 marzo 1997 [56] e con il d.P.R. n. 513 del 10 novembre 1997 [57], poi trasfuso nel d.P.R. n. 445 del 28 dicembre 2000 [58],

---

[50] B. CAPPIELLO, *Dallo "smart contract" computer code allo smart (legal) contract. I nuovi strumenti (para) giuridici alla luce della normativa nazionale e del diritto internazionale privato europeo: prospettive de jure condendo*, in *Dir. comm. int.,* 2020, 477.

[51] Per la sottoscrizione delle clausole vessatorie i tecnici suggeriscono due possibilità. La prima si fonda sull'inserire nello *smart contract* di una condizione sospensiva consistente nella sottoscrizione – che avverrebbe nel mondo reale – delle clausole vessatorie, il cui avveramento sarebbe comunicato tramite oracolo allo *smart contract*. La seconda, che avrebbe il pregio di risolvere l'intera questione in rete, ipotizza di scindere l'unitario *smart contract* in due, che la parte dovrebbe sottoscrivere in sequenza: il primo di essi contenente soltanto le clausole vessatorie che richiedono la doppia sottoscrizione e il secondo, che si attiverebbe solo una volta sottoscritto il primo, contenente tutte le clausole del regolamento contrattuale (F. BENATTI, *Un nuevo paradigma contractual: el caso de los smart contracts*, in AA.VV., *Derecho y nuevas tecnologías. El impacto de una nueva era*, Lima, 2019, 275 ss.). Non è, invece, per nulla conforme alla doppia sottoscrizione l'approvazione delle clausole vessatorie con il c.d. "point and click" (Giudice di pace di Milano, sentenza del 28 gennaio 2019, in *Banca dati pluris*; Tribunale di Catanzaro, sentenza del 30 aprile 2012, in *Contratti,* 2013, 41).

[52] Il sistema di crittografia asimmetrica o a doppia chiave, come si deduce dal nome, attribuisce ad ogni attore coinvolto nella comunicazione una coppia di chiavi: la chiave pubblica, che deve essere distribuita e la chiave privata, appunto personale e segreta. Si evita così qualunque problema connesso alla necessità di uno scambio in modo sicuro dell'unica chiave utile alla cifratura/decifratura presente invece nella crittografia simmetrica. Il meccanismo si basa sul fatto che, se con una delle due chiavi si cifra (o codifica) un messaggio, allora quest'ultimo sarà decifrato solo con l'altra.

[53] S. CERRATO, *Appunti su smart contract e diritto dei contratti*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 2020, 3, 370 ss.

[54] Sul sito *https://www. cryptominando.it/* 2018 può trovarsi tutto il procedimento per creare uno *smart contract*. In dottrina si veda R. BATTAGLINI, P. NICORELLI, *Smart legal contract. Dall'idea al codice*, Milano, 2021.

[55] F. CARNELUTTI, voce *Documento* (Teoria moderna), in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1964, IV, 86, evidenziava l'irrilevanza della materia, affermando che "qualunque materia, atta a formare una cosa rappresentativa, può entrare nel documento: tela, cera, metallo, pietra e via dicendo".

[56] L. n. 59 del 15 marzo 1997 (Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa), in *G.U.* n. 63 del 17 marzo1997.

[57] D.P.R. n. 513 del 10 novembre 1997 (Regolamento recante criteri e modalità per la formazione, l'archiviazione e la trasmissio-



e poi con il CAD [59], ha affermato il principio della piena validità dei contratti stipulati per via informatica o telematica, prevedendo che "gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge". Attraverso uno *smart contract*, dunque, le parti possono esprimere una dichiarazione intesa a realizzare un contenuto giuridicamente vincolante, imputabile direttamente ai soggetti ai quali i codici digitali sono legati e che si attua secondo quanto programmato [60]. Può ipotizzarsi che alla stesura di uno *smart contract* si pervenga a seguito di trattative condotte tra le parti (art. 1337 cod. civ.) ovvero dopo che sia stato stilato un contratto preliminare (art. 1351 cod. civ.) che preluda alla redazione di un definitivo sotto forma di *smart contract*. Nulla osta alla configurabilità di una opzione di *smart contract* (art. 1331 cod. civ.), ovvero alla possibilità di una proposta strutturata sotto forma di proposta irrevocabile (art. 1329 cod. civ.). Poiché il secondo comma dell'art. 8 ter del D.L. 135/2018 precisa che lo *smart contract* deve "vincolare automaticamente due o più parti" risultano esclusi dalla normativa "tutti quegli applicativi su DLT che non hanno effetto su almeno due parti quali gli *smart contract* di natura meramente procedurale, di emissione di token [61] o di attestazione di informazioni o eventi" [62]. Peraltro, poiché la norma aggiunge che il vincolo automatico creato dallo *smart contract* sulle parti deve essere basato su "effetti predefiniti dalle stesse", vanno altresì esclusi dall'applicazione della norma in commento gli *smart contract* sviluppati da una sola parte o che implichino un meccanismo di semplice accettazione per adesione dell'altra parte (ad esempio gli *smart contract* che prevedano una offerta al pubblico o un contratto aperto) [63].

Poiché lo *smart contract* va redatto con un linguaggio informatico, comprensibile agli algoritmi operanti nel protocollo [64], non è strutturato per messaggi complessi e può contenere solo l'indicazione delle parti, la determinazione o determinabilità dell'oggetto e la causa (art. 1325 cod. civ.). Lo *smart contract*, dunque, ha uno scheletro minimo sufficiente che non ammette formule ambigue o dal significato oscuro [65]. È improponibile che esso possa prevedere, come avviene in un contratto tradizionale, dichiarazioni di scienza, defini-

---

ne di documenti con strumenti informatici e telematici, a norma dell'articolo 15, comma 2, della legge 15 marzo 1997, n. 59), in *G.U.* n.60 del 13 marzo 1998.

[58] d.P.R. n. 445 del 28 dicembre 2000 (Disposizioni legislative in materia di documentazione amministrativa), in *G.U.* n. 42 del 20 febbraio 2001.

[59] Il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) è un testo unico che riunisce e organizza le norme riguardanti l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese. Istituito con il d.lgs. n. 82 del 7 marzo 2005, è stato successivamente modificato e integrato prima con il d.lgs. n. 179 del 22 agosto 2016 e poi con il d.lgs. n. 217 del 13 dicembre 2017 per promuovere e rendere effettivi i diritti di cittadinanza digitale.

[60] M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale*, cit., 170.

[61] Un *token* è un insieme di informazioni digitali all'interno di una blockchain che conferiscono un diritto a un determinato soggetto. La *tokenizzazione* è la conversione dei diritti di un bene in un token digitale registrato su una blockchain.

[62] R. BATTAGLINI, *La normativa italiana sugli smart contract*, in AA.VV., *Blockchain e smart contract,* Milano, 2019, 379.

[63] M. NICOTRA, *L'Italia prova a normare gli smart contract, ecco come: pro e contro*, cit., *Contra* G. GUIDA, *Bolckchain e smart contract: benefici e limiti*, in *https://www.altalex.com* e A. CONTALDO, F. CAMPARA, *Blokchain criptovalute, smart contract, industria 4.0*, Pisa 2019, 59 secondo cui lo *smart contract* è in grado di stabilire, parimenti all'offerta al pubblico dove una parte è vincolata alle proprie dichiarazioni in qualità di proposta a contrarre, degli obblighi solo nei confronti di una parte la quale, da un lato, si occuperà della formalizzazione dei medesimi all'interno di uno *smart contract* e, dall'altro, darà esecuzione alle prestazioni al verificarsi di certe condizioni.

[64] E. MIK, *Smart contract: terminology, technical limitations and real world complexity*, in *Law, innovation and technology,* 2017, 9.

[65] M. RASKIN, *The law and legality of smart contract*, in *Georgetown law technology review* 2017, 325 afferma che "ambiguity is anathema to computer language".



zioni, clausole d'uso, premesse, allegati etc.; né che allo *smart contract* venga allegata scrittura *inter partes* integrativa, formulata in linguaggio naturale che disciplini determinate variabili e rinvii eventuali controversie avanti il giudice naturale o una corte arbitrale (c.d. *smart contract ibrido*) [66].

Il linguaggio crittografico deve essere espresso in maniera chiara e le parti devono essere in grado di intendere il contenuto del testo. L'intellegibilità è elemento caratterizzante e fondamentale ai fini della validità dello *smart contract*. Il che, però, non significa che esso possa regolare solo i rapporti B2B o B2b, in cui le parti contraenti (o almeno una di esse) dispongano del potere contrattuale ed economico e – soprattutto – della capacità tecnica e professionale necessari a elaborare tali contratti in formato crittografico [67]. Nulla toglie, infatti, che lo *smart contract*, operante su tecnologia DLT [68], possa essere utilizzato anche da privati. L'importante è che essi diano prova di comprendere il significato dello *smart contract*, il che può avvenire "sia per espressa loro ammissione effettuata in linguaggio naturale, sia per deduzione in considerazione delle loro comprovate competenze tecniche". In entrambi i casi si tratta di accertare se le parti sono "in grado di

[66] Si tratta, infatti, di un'integrazione che priva lo *smart contract* del suo carattere automatico e incorruttibile. Lo *smart contract* rimarrebbe per questo solo l'elemento di prova di un accordo originario tra le parti, poi disciplinato in modo tradizionale, ossia attraverso la predisposizione della citata scrittura integrativa. Tale eventualità incrementa la tutela delle parti ma "snatura" lo strumento giuridico, considerato che rende la sua auto esecutività "relativa" e non esclusiva, essendo esposta alla volontà della parte presunta lesa di iniziare un procedimento giudiziario. Da quanto precede, si può concludere che uno *smart contract ibrido* può essere qualificabile come contratto in senso tradizionale solo se non poggia sull'esclusiva esecuzione informatica (F. CARBONE, *Cos'è Chainlink (LINK), e futuro degli smart contract ibridi*, in *https://www.fxempire.it/e*).

[67] In particolar modo si pensi a settori quali quello bancario, finanziario ed assicurativo tra i primi ad aver recepito le opportunità che le nuove tecnologie (E. BATTELLI, *Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario*, in *Giust. civ.,* 2020, 681). Nel settore bancario gli *smart contract* rappresentano lo strumento informatico capace di realizzare i c.d. *instant payment* cioè i trasferimenti di denaro immediati che sfruttano la disintermediazione della catena di blocchi su cui sono codificati (A. CALONI, *Deposito di criptoattività presso una piattaforma exchange: disciplina e attività riservate*, in *Giur. comm.,* 2020, 5, 1073; E. BATTELLI, E. INCUTTIM., *Gli smart contract nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contr, impr.,* 2019, 925; S.L. FURNARI, *Validità e caratteristiche degli smart contracts e possibili usi nel settore bancario finanziario*, in AA.VV., *I diversi settori del Fintech*, Padova, 2019, 106; R. GARAVAGLIA, *Finalità, funzionamento e tipologia di utilizzi delle Blockchain*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia,* 2019, 177); in quello finanziario esso si adatta al trasferimento delle c.d *stock options* che attribuiscono la facoltà di acquistare azioni o titoli rappresentativi del capitale di rischio della società, entro un determinato periodo di tempo e ad un dato prezzo (M.T. PARACAMPO, *La consulenza finanziaria automatizzata*, in AA.VV., *Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2017, 127; AA.VV., *Valore della consulenza finanziaria e robo advice nella percezione degli investitori. Evidenze da un'analisi qualitativa*, in *Quaderni Fintech Consob*, Milano, 2019, 6; R. LENER, *La «digitalizzazione» della consulenza finanziaria. Appunti sul c.d. robo-advice*, in *Quaderni di Minerva Bancaria*, 2018, 2). Nel settore assicurativo è prospettabile l'utilizzo di uno *smart contract* posto alla base di una determinata copertura assicurativa contro i danni causati dalla circolazione del proprio veicolo che si attiverebbe automaticamente al realizzarsi del sinistro stradale attraverso i sensori inseriti al suo interno. Ovvero un'altra ipotesi applicativa molto interessante è quella adoperata da alcune compagnie di assicurazione in relazione a contratti assicurativi che coprono il costo dei biglietti aerei a causa di ritardi o cancellazione del volo. In queste ipotesi, lo *smart contract*, una volta verificatosi l'evento (ritardo o cancellazione del volo), opera in automatico il rimborso previsto in sede contrattuale connettendo il conto corrente del consumatore-assicurato con quello dell'impresa (E. BATTELLI, *Big data e algoritmi predittivi nel settore assicurativo: vantaggi e nuovi rischi*, in *Corr. giur.,* 2019, 1517; G. D'IPPOLITO, E. INCUTTIM*., I processi decisionali interamente automatizzati nel settore assicurativo*, in *Media laws,* 2019, 2, 745).

[68] Va osservato che la formulazione del secondo comma dell'art. 8-*ter* l. n. 12/2019 risente di un errore di sovrapposizione tra le tecnologie basate su registro distribuito (DLT) di cui al primo comma dello stesso articolo e blockchain con il risultato che il legislatore considera *smart contract* solo quello operante su DLT. Da ciò, ovviamente, la esclusione di tecnologie diverse. Tale esclusione contravviene al principio di "neutralità tecnologica" in base al quale il legislatore non deve interferire nello sviluppo di una specifica tecnologia per favorirla rispetto ad altre. Tale principio, affermato a livello internazionale dalla Commissione delle Nazioni Unite per il Commercio internazionale (UNCITRAL) è stato ribadito in sede comunitaria (E. CERVONE, *Strumenti di pagamento innovativi, interoperabilità e neutralità tecnologica: quali regole e quale governance per un mercato sicuro, efficiente ed innovativo*, in *Riv. trim. dir. econ.,* 2016, 61).



avere accesso e di comprendere il significato del codice di programmazione con cui è prerdisposto lo *smart contract* e le conseguenze della sua esecuzione, attribuendo quindi ad esso la fonte primaria delle loro obbligazioni" [69]. Nel caso in cui il linguaggio informatico non sia compreso pienamente, parte della dottrina ritiene plausibile che le parti possano accompagnare lo *smart contract* con una versione del contratto espressa con un linguaggio naturale [70].

5. – Qualora lo *smart contract* sia fonte del vincolo negoziale (abbia cioè "funzione costitutiva"), esso non può essere utilizzato per stipulare un contratto che richieda la forma solenne (atto pubblico o scrittura privata autenticata). Piuttosto ai sensi del comma 2 dell'art. 8-*ter* del d.l. n. 235/2018, esso soddisfa "il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto". Ciò significa che la sottoscrizione digitale dello *smart contract* sulla blockchain, ove avvenga secondo i dettami fissati nelle linee guida predisposte dal Ministro per l'innovazione tecnologica (MITD) [71], dota lo *smart contract* del requisito della "forma scritta" (arttt. 20 e 21 del Codice dell'Amministrazione Digitale) [72]. In particolare lo *smart contract* può soddisfare il requisito della forma scritta ed ha l'efficacia prevista nell'art. 2702 cod. civ. quando vi sia apposta "una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'art. 7" (art. 20 CAD). Le parti della transazione devono, dunque, essere identificate [73]. Ma, a differenza di quando accade per l'identificazione dei soggetti in moduli o documenti cartacei cui deve provvedere la pubblica autorità [74], per i documenti informatici l'effetto di cui all'art. 2702 cod. civ. si consegue attraverso l'apposizione di una firma elettronica avanzata [75] o qualificata [76] o attraverso l'identificazione

[69] RAMPONE, *Smart contract: né smart né contract*, cit., 10.

[70] A. STAZI, *Automazione contrattuale e contratti "intelligenti". Gli smart contract nel diritto comparato*, Torino, 2019, 147.

[71] Il Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale (MITD) ha emanato le suddette Linee guida per l'implementazione di SPID/CIE, PAGOPA e app IO che sono entrate in vigore il 28 febbraio 2021, in *https://innovazione.gov.it*.

[72] Il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) è un testo unico che riunisce e organizza le norme riguardanti l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese. Istituito con il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, è stato successivamente modificato e integrato prima con il d.lgs. 22 agosto 2016 n. 179 e poi con il d.lgs. 13 dicembre 2017 n. 217 per promuovere e rendere effettivi i diritti di cittadinanza digitale.

[73] Per la risoluzione del problema attinente l'identificazione *on line* era già stata determinante l'emanazione del Regolamento (UE) n. 910 del 23 luglio 2014 (in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva CE n. 93 del 1999), in *G.U.U.E.* L 257/73 de 28 agosto 2014. Il regolamento è comunemente denominato "EIDAS", dove "e" sta per "electronic", "ID" per "identification", "A" per "authentication" e "S" per "signature". Oggetto del regolamento, infatti, oltre all'identificazione on line sono anche le firme elettroniche e i cosiddetti servizi fiduciari o trust service. Il regolamento distingue fra identificazione elettronica e autenticazione elettronica. L'identificazione elettronica (electronic identification) è il procedimento di utilizzo dei dati personali identificativi in forma elettronica al fine di rappresentare in modo univoco una persona fisica o giuridica, o la persona fisica che rappresenta una persona giuridica (articolo 3, n. 1, Regolamento EIDAS); mentre l'autenticazione (authentication) è definita come il processo elettronico che consente di confermare l'identificazione elettronica di una persona fisica o giuridica, o l'origine e l'integrità dei dati in forma elettronica (Articolo 3, n. 5, Regolamento e-IDAS). Sul punto per tutti F. DELFINI, *Identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno, commento al regolamento UE 910/2014*, Torino, 2017.

[74] Si vedano in tal senso l'art. 51 della l. n. 89 del 16 febbraio 1913 (Codice della legge notarile); gli artt. 18, 21, 30, 31 e 45 del d.P.R. n. 445 del 28 dicembre 2000 (Disposizioni legislative in materia di documentazione amministrativa); e l'articolo 163 c.p.c.

[75] La firma elettronica avanzata (FEA) è un particolare tipo di firma elettronica con il quale si possono firmare tutti gli atti ad esclusione dei contratti relativi a beni immobili (per i quali è richiesta l'apposizione della firma digitale).



con firma digitale secondo i criteri fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale (con SPID, CIE etc.). In particolare ai sensi dell'art. 21 CAD "le scritture private di cui all'articolo 1350, primo comma, numeri da 1 a 12, del codice civile, se fatte con documento informatico, sono sottoscritte, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con firma digitale. Gli atti di cui all'articolo 1350, numero 13 del codice civile redatti su documento informatico o formati attraverso procedimenti informatici sono sottoscritti, a pena di nullità, con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale ovvero sono formati con le ulteriori modalità di cui all'articolo 20, comma 1-*bis*, primo periodo". In tutti i casi in cui la sottoscrizione non avvenga secondo i dettami normativi previsti "l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità" (art. 20 CAD).

La sottoscrizione del documento, compiuta dalle parti (o da loro rappresentanti) [77], certifica il consenso prestato dalle stesse imputando loro le decisioni assunte [78], fornisce validità giuridica alle transazioni concluse in ambiente virtuale rendendole immutabili [79], e, infine, garantisce la sicurezza di tutti i consociati [80]. È pur vero, però, che esiste sempre un margine di incertezza dettato dal fatto che colui il quale utilizza la firma in un dato momento non sia anche il titolare della stessa ma che se ne sia appropriato illecitamente [81]. Sul punto

---

[76] La firma elettronica qualificata (FEQ) – o digitale – è il risultato di una procedura informatica, detta validazione, che garantisce l'autenticità, l'integrità e il non ripudio dei documenti informatici.

[77] È ammissibile la sottoscrizione dello *smart contract* per procura fermo restando, però, che il conferimento ad un terzo del potere di spendere il proprio nome resterà saldamente ancorato al mondo reale non essendo configurabile una procura in formato *smart*. Il procuratore, sulla base dei poteri conferitigli, potrà negoziare e sottoscrivere lo *smart contract*. Occorrerà, però, che il rappresentato ponga in essere alcune attività ulteriori che devono essere verificate di volta in volta (ad esempio messa a disposizione delle criptovalute per eseguire la transazione).

[78] Pur volendo prendere atto dell'autonoma capacità elaborativa della blockchain o dei registri distribuiti non si può giungere infatti ad una soggettivazione del codice informatico che rappresenta solo lo strumento di manifestazione di una volontà in altro modo formatasi (R. BORRUSO, *Computer e diritto*, Milano, 1998, 350).

[79] Il contenuto dei blocchi sulla catena impedisce che lo *smart contract* possa essere modificato o sciolto. L'istituto del mutuo dissenso di cui all'articolo 1372 cod. civ. non è nella fattispecie *de qua* assolutamente prospettabile. Le parti per neutralizzare gli effetti giuridici patrimoniali prodotti dallo *smart contract* possono predisporre un nuovo *smart contract* di contenuto uguale e contrario ovvero possono prevedere un *kill code* attivabile indifferentemente da una qualunque delle parti. Non diversa è la soluzione per l'esercizio del diritto di recesso unilaterale (art. 1373 cod. civ.), seppure la Risoluzione del Parlamento Europeo del 20 ottobre 2020 inviti espressamente gli Stati membri "a prevedere misure atte ad assicurare che i contratti intelligenti siano dotati di meccanismi in grado di arrestarne o di invertirne l'esecuzione". Dunque l'obbligo per gli Stati esiste ma è un obbligo distonico con il meccanismo ed il funzionamento dello *smart contract*. Astrattamente, si potrebbe prevedere di dotare lo *smart contract* di un oracolo esterno che accerti la volontà di recedere del consumatore e che, di seguito, invii l'input di retrocessione. Si tratterebbe, però, di un rimedio non gratuito e non in linea con le esigenze di certezza dell'esecuzione cui rispondono gli *smart contract*.

[80] La certezza circa le parti di un qualsiasi rapporto giuridico rientra tra i principi sicuramente di ordine pubblico interno ma anche internazionale ove i contratti si concludano tra soggetti residenti in stati diversi. Sul rapporto tra ordine pubblico interno ed internazionale, a solo titolo esemplificativo, si vedano: G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2017, 256-273; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'unione europea*, Milano, 2012; N. BOSCHIERO, *Ordine pubblico "internazionale" e norme di applicazione necessaria*, in AA.VV., *Atti notarili, diritto comunitario e internazionale*, Torino, 2011, I, 137; L. FUMAGALLI, *L'ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato comunitario*, in AA.VV., *Il diritto del commercio internazionale*, Padova, 2004, 635 ss.; F. MOSCONI, *Il limite dell'ordine pubblico nella Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Jus* 1990.

[81] Una certezza in tal senso si può avere solo con l'utilizzo di firme grafometriche o biometriche, magari combinate con le altre firme elettroniche o certificazioni. La firma grafometrica o biometrica è una firma elettronica particolare. Al firmatario viene richiesto di apporre una firma per mezzo di una penna elettronica su una sorta di tablet (o pad di firma); la piattaforma è progettata appositamente per individuare le caratteristiche dinamiche della firma. I dati raccolti dal dispositivo sono molteplici, e comprendono la pressione esercitata, il tratto e la velocità di firma. Tali informazioni vanno a "fondersi" in modo permanente con il documento sottoscritto, permettendo agli stessi dati di non poter essere modificati. Tali elementi, una volta acquisiti da banche, assicurazioni, società



una sentenza del Tribunale di Roma, depositata il 23 gennaio 2017, mette proprio in evidenza l'aspetto debole della firma digitale che certamente non assicura che sia stato proprio il titolare ad utilizzare e ad autorizzare la transazione o sottoscrivere un atto [82]. Il Tribunale ha ritenuto che in relazione al tipo di documento (informatico) e di firma (digitale) l'uso del dispositivo si presume riconducibile al titolare salvo che questi, ai sensi del disposto di cui all'art. 21, comma 2, del Codice sull'amministrazione digitale (CAD), non fornisca la prova contraria. Si realizza, pertanto, un'inversione dell'onere della prova in quanto compete a chi opera il disconoscimento della sottoscrizione smentire di averla effettuata provando di non aver apposto la firma digitale [83]. Con la conseguenza implicita che, provando di non avere inserito la propria firma (codice identificativo), il soggetto dimostra di non avere espresso alcun consenso e, quindi, di non essersi voluto vincolare.

6. – Nella tecnologia blockchain la crittografia e l'utilizzo di firme elettroniche sono tecniche di pseudonimizzazione [84]. Esse, cioè consentono di individuare l'indirizzo informatico delle parti ma non la loro identità. I dati personali, ai sensi dell'art. 4 del Regolamento CE n. 679 del 2016 (GDPR) [85], possono essere attribuiti ad un soggetto specifico solo con l'utilizzo di informazioni aggiuntive che, però, devono essere conser-

---

di servizi, studi professionali, possono essere utilizzati per identificare il firmatario. È stata l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, mediante un provvedimento datato 31 gennaio 2014, a seguito di una Verifica preliminare richiesta da IT Telecom s.r.l. e Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza, ha rilevato che "il trattamento dei dati biometrici che le società istanti intendono effettuare, in base alla documentazione prodotta e alle dichiarazioni rese, risulta lecito. Occorre infatti sottolineare, sul piano generale, che l´identificazione certa e rigorosa dell´utenza, già richiesta alle banche in un´ottica di sana e prudente gestione del rischio, rappresenta, sovente, anche un obbligo posto in capo a tutti gli istituti di credito da specifiche normative di settore la cui violazione, peraltro, può costituire fonte di eventuale responsabilità civile".

[82] Tribunale di Roma, sentenza n. 1127 del 23 gennaio 2017, in *Ilprocessotelematico.it* 2017. Il tribunale capitolino, nella specie, ha dichiarato la nullità di un contratto di compravendita di quote di società a responsabilità limitata sottoscritto con una firma digitale abusivamente utilizzata, cioè senza il consenso del titolare della smart card contenente il dispositivo che consente di apporre tale firma. Nella specie, il titolare della firma digitale ha dato prova che, nel giorno e nell'ora in cui l'atto di cessione risultava firmato digitalmente – e al quale era stata apposta la marca temporale – si trovava in luogo incompatibile con quello nel quale risultava sottoscritto il contratto.

[83] Con le cosiddette "firme" elettroniche o digitali si è passati da un modello basato sull'autorialità ad un modello basato sulla responsabilità e affidamento, in ordine all'utilizzo e alla diligente custodia. Si può, infatti, ritenere che colui che operi con strumenti informatici debba far fronte alle conseguenze che essi provochino e agli affidamenti che possano ingenerare (G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 2018, 2, 441).

[84] Dalle tecniche di pseudonomizzazione vanno distinte quelle di anonimizzazione che si riferiscono a trasformazioni più radicali e definitive dei dati, tali per cui essi non si riferiscano ad una persona fisica identificata o identificabile o a dati resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione degli interessati. A tal riguardo il considerando n. 26 del GDPR dispone che "è auspicabile applicare i principi di protezione dei dati a tutte le informazioni relative a una persona fisica identificata o identificabile. I dati personali sottoposti a pseudonimizzazione, i quali potrebbero essere attribuiti a una persona fisica mediante l'utilizzo di ulteriori informazioni, dovrebbero essere considerati informazioni su una persona fisica identificabile. 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. 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. I principi di protezione dei dati non dovrebbero pertanto applicarsi a informazioni anonime, vale a dire informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato. Il presente regolamento non si applica pertanto al trattamento di tali informazioni anonime, anche per finalità statistiche o di ricerca".

[85] Regolamento CE, Parlamento Europeo n. 679 del 27 aprile 2016 (relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE), in *G.U.U.E.* L 119/1 del 4 maggio 2016.



vate separatamente e sono assoggettate a misure tecniche e organizzative volte a garantire che tali dati non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile [86]. Con la conseguenza che, ragionando *a contrario*, attraverso l'utilizzo delle suddette informazioni aggiuntive, le persone fisiche possono essere facilmente identificate.

Il GDPR all'art. 5, paragrafo 1, lettera c), stabilisce che i dati trattati devono essere "adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati (c.d. minimizzazione dei dati)". Essi, inoltre, devono essere conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati (art. 5, paragrafo 1, lettera e) [87]. Il GDPR, ai fini della disciplina in questione, individua, accanto al soggetto titolare del trattamento ossia "la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali" (art. 4, numero 7); anche il responsabile del trattamento individuabile "nella persona fisica o giuridica, nell'autorità pubblica, nel servizio o in altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento" (art. 4, numero 8). Avuto riguardo ai sistemi di blockchain, gestiti per definizione da più partecipanti, la individuazione di questi ruoli può presentare alcune difficoltà a seconda che si utilizzi il sistema *permissioned* o *permissionless*. Nei sistemi autorizzati *permissioned*, comprendenti un numero limitato di utenti, se questi non partecipano alla definizione delle regole assumono il ruolo di meri *data processor;* viceversa*,* ove gli utenti abbiano deciso le regole di convalida dei dati, si configura in capo a ciascuno di essi la figura di contitolari dei dati. I contitolari dei dati "determinano in modo trasparente, mediante un accordo interno, le rispettive responsabilità in merito all'osservanza degli obblighi derivanti dal regolamento, con particolare riguardo all'esercizio dei diritti dell'interessato, e le rispettive funzioni di comunicazione delle informazioni di cui agli artt. 13 e 14, a meno che, e nella misura in cui, le rispettive responsabilità siano determinate dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui i titolari del trattamento sono soggetti" (art. 26, paragrafo 1, del GDPR). I titolari del trattamento così individuati obbligati in base al principio di "responsabilizzazione" a garantire la tutela della persona e dei suoi dati secondo quanto predisposto dal paragrafo 1 dell'art. 5 del GDPR, devono essere anche in grado di comprovarlo (art. 5, paragrafo 2). Essi, perciò, devono mettere in atto tutte le misure tecniche e organizzative adeguate, eventualmente anche quelle ricomprese nell'art. 32 del GDPR [88] "per garantire che il tratta-

[86] Sul punto: N. BOLDRINI *Blockchain e GDPR: le sfide (e le opportunità) per la protezione dei dati*, in *https://www.blockchain4innovatio.it*.; G. CORVI, *Smart contract, la sfida del GDPR*, in *Insurance review,* 2019, 24 ss.; A.M. GAMBINO, C. BONPREZZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, in *Dir. inf. e inform.,* 2019, 619, 619.

[87] L'art. 5 lettera e) statuisce, inoltre, che "i dati personali possono essere conservati per periodi più lunghi a condizione che siano trattati esclusivamente a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, fatta salva l'attuazione di misure tecniche e organizzative adeguate richieste dal presente regolamento a tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato (limitazione della conservazione)".

[88] L'art. 32 del GDPR prevede che "1. Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche del rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento mettono in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio, che comprendono, tra le altre, se del caso: a) la pseudonimizzazione e la cifratura dei dati personali; b) la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento; c) la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l'accesso dei dati personali in caso di incidente fisico o tecnico; d) una procedura per testare, verificare e valutare regolarmente l'efficacia delle misure tecniche e organizzative al fine di garantire la sicurezza del trattamento. 2. Nel valutare l'adeguato livello di sicurezza, si tiene conto in special modo dei rischi presentati dal trattamento che derivano in particolare dalla distruzione, dalla perdita, dalla modifica, dalla divulgazione non autorizzata o dall'accesso, in modo accidentale o illegale, a dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati. 3. L'adesione a un codice di condotta approvato di cui all'articolo 40 o a un meccanismo di certificazione approvato di cui all'articolo 42 può essere utilizzata come elemento per dimostrare la conformità ai requisiti di cui al paragrafo 1 del presente articolo. 4. Il titolare del tratta-



mento è effettuato conformemente al regolamento" (art. 24 GDPR). Qualora i titolari del trattamento non operino in conformità a quanto previsto rispondono del danno cagionato ai sensi degli art. 82, paragrafo 2, GDPR. I responsabili del trattamento, invece, rispondono per il danno causato solo se non hanno adempiuto gli obblighi del regolamento specificatamente diretti ai responsabili del trattamento o hanno agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento (art. 82, paragrafo 2, GDPR).

Negli *smart contract* che utilizzano la tecnologia blockchain *permissionless* la individuazione dei titolari e, in subordine, dei responsabili del trattamento è decisamente più complessa poiché i soggetti non sono identificabili a priori e chi tratta i dati lo fa senza alcun permesso in quanto gli stessi sono irrimediabilmente pubblici. Una blockchain *permissionless* è accessibile a tutti, *open source* e trasparente; in essa manca qualsiasi meccanismo correttivo di discriminazione sui nodi della rete [89], "non vi è alcuna limitazione sui diritti di lettura e scrittura in mancanza di fiducia tra le parti, che permane solo nella piattaforma e nella crittografia, in modo che siano abilitate validazioni c.d. *trustless"* (senza fiducia) [90]. Così mentre una prima più complessa soluzione individua tutti i nodi come contitolari (se determinano le finalità e i mezzi del trattamento) o responsabili (se agiscono per conto altrui) o, ancora, titolari per sé e responsabili per gli altri [91]; altra, invece, indica quale titolare del trattamento lo sviluppatore del *software*. Ma anche quest'ultima soluzione può apparire problematica perché in concreto lo sviluppatore del software può, in taluni casi, limitarsi a fornire soluzioni senza determinare finalità e mezzi del trattamento e quindi non diventarne il titolare, mentre, in altri casi, può esserne semplicemente il responsabile [92]. Comunque, la individuazione del titolare del procedimento, può non giovare perché, in considerazione dell'immodificabilità, inalterabilità e persistenza dei dati che connotano la blockchain, alcuni diritti che l'interessato può far valere ai sensi del Regolamento 679/2016, sono inattuabili. Si pensi, in particolare, al diritto di rettifica e di integrazione dei dati (art. 16) ed al diritto alla cancellazione ed all'oblio (art. 17) [93]. Inoltre, i caratteri di decentralizzazione, disintermediazione e distribuzione propri della blockchain mal si conciliano con il diritto alla limitazione di trattamento (art. 18) ed il diritto di opposizione al trattamento (art. 21) che erano stati formulati e concepiti dal legislatore per trattamenti centralizzati di dati [94]. La blockchain, infatti, per il

---

mento e il responsabile del trattamento fanno sì che chiunque agisca sotto la loro autorità e abbia accesso a dati personali non tratti tali dati se non è istruito in tal senso dal titolare del trattamento, salvo che lo richieda il diritto dell'Unione o degli Stati membri".

[89] In informatica e telecomunicazioni un nodo è un qualsiasi dispositivo hardware del sistema in grado di comunicare con gli altri dispositivi che fanno parte della rete; può quindi essere un computer, una stampante, un fax, un modem ecc. In ogni caso il nodo deve essere dotato di una scheda di rete. I nodi sono collegati tra loro da un pannello di connessione (in inglese *Hub*), chiamato anche *concentratore*, che ha la funzione di semplificare la connessione fisica tra i vari nodi e di instradare i segnali che vengono inviati da un nodo all'altro.

[90] M.T. Giordano, *La blockchain ed il trattamento dei dati personali*, in AA.VV., *Blockchain e smart contract,* cit., 107.

[91] W. Maxwell, J. Salmon, *A guide to blockchain and data protection*, Bruxelles, 2017, 11; M. Fink, *Blockchains and Data Protection in the European Union*, in *European data protection law review,* 2018, 4, 17. Criticamente F. Faini, *Blockchain e diritto: la "catena del valore" tra documenti informatici, smart contracts e data protection*, in *Resp. civ. prev.,* 2020, 1, 297, secondo cui "tale interpretazione determina una conseguente difficoltosa individuazione pratica degli stessi e una correlata problematica distribuzione di responsabilità, che rischia di compromettere l'efficacia della tutela offerta dalla disciplina in materia di *data protection*; peraltro in tal caso risulta difficile individuare la determinazione "congiunta" delle finalità e dei mezzi del trattamento posta come condizione normativa necessaria a qualificare i soggetti come contitolari dall'art. 26 del Regolamento (UE) 2016/679. Anche nelle varianti interpretative che li indicano quali responsabili, questi lo sarebbero de facto, mancando il previsto atto di designazione da parte del titolare".

[92] M. Giuliano, *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto nel terzo millennio*, in *Dir. inf. e inform.,* 2018, 989 ss.

[93] Sul punto A. Di Landro, *Big Data. Rischi e tutele nel trattamento dei dati personali*, Napoli, 2020.

[94] Sarzana S. Di F. Ippolito-M. Nicotra, *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e Iot*, Torino, 2018, 68.



tramite di un qualsiasi *block explorer*, consente a chiunque l'accesso ai dati conservati nelle transazioni e nei blocchi senza alcun limite temporale.

Con l'intento di risolvere a monte il problema della individuazione dei soggetti titolari e/o responsabili del trattamento dei dati, la CNIL (*Commission nationale de l'informatique et des libertès*)[95] in un documento esplicativo emesso nel novembre del 2018 e intitolato "*Blockchain and the GDPR: solutions for a responsible use of the blockchain in the context of personal data*" ha ritenuto di potere applicare nella maggioranza dei casi l'esenzione di cui all'art. 2, comma 2, lettera c) del GDPR per i trattamenti c.d. personali o domestici. L'applicazione di questa esenzione consente di non far ricadere i trattamenti svolti dai privati sotto l'egida del GDPR e, pertanto, di non dovere considerare i nodi (non gestiti da utenti non professionali) quali responsabili del trattamento.

7. – Una volta che il testo del contratto sia stato tradotto in dati (anche da un redattore terzo estraneo al rapporto) e che sia stato firmato dalle parti secondo le modalità indicate, lo *smart contract* viene inserito in un blocco (identificato da un codice *hash*[96]) contenente altre transazioni il quale, non appena viene *minato* (quando cioè viene risolto l'enigma matematico associato al codice del blocco, con conseguente controllo e validazione di ogni transazione) è aggiunto in maniera permanente e immodificabile alla blockchain, accompagnato da una marca temporale che identifica in modo univoco la data e l'ora della transazione[97]. Questa fase corrisponde a quella della esecuzione dello *smart contract.* Nel registro linguistico proprio dell'informatica il termine *execution* significa, infatti, "*performance of an instruction or program*" ossia avvio del programma che implica anche la lettura delle istruzioni caricate, l'accesso a particolari ambienti web con credenziali di autenticazione e la validazione del software sulla blockchain.

Dal momento della esecuzione (in senso informatico) del contratto, esso diventa vincolante per le parti (art. 8-*ter* del d.l. n. 135/2018)[98]. Mentre nella ricostruzione tradizionale il contratto si conclude quando il proponente viene a conoscenza dell'accettazione di controparte (art. 1326 cod. civ.) e da questo momento diventa per esse vincolante (art. 1372 cod. civ.), lo *smart contract*, invece, vincola le parti solo all'atto della sua esecuzione. Le parti, consentendo in modo non equivoco alla esecuzione (in senso informatico) dello *smart contract*, lo rendono per esse vincolante[99]. Da questo momento lo *smart contract*, dal punto di vista funzionale, è irretrattabile (in quanto una volta importato e validato sulla blockchain non può essere rimos-

[95] La CNIL è un'autorità amministrativa indipendente francese creata nel 1978 e incaricata di assicurare l'applicazione della legge sulla tutela dei dati personali nei casi in cui si effettuino raccolte, archiviazioni ed elaborazioni di dati personali.

[96] In informatica, l'*hash* è una funzione (o un algoritmo matematico) che svolge un compito ben preciso: in pratica, trasforma una qualsiasi stringa di lunghezza arbitraria in una stringa di lunghezza predefinita. Ad esempio, la locuzione "firma digitale", in Adler32 risulta così: *288e0573*. L'*output* restituito da una funzione di *hash* si chiama *digest*. Al giorno d'oggi, esistono diverse funzioni crittografiche di *hash*. Si distinguono tra loro per il livello di sicurezza che garantiscono e per il tipo di *output* (o *digest*) che restituiscono. L'Adler32 è, appunto, una di esse. Tra le funzioni crittografiche di *hash* più diffuse e utilizzate, ci sono MD5 e SHA-1.

[97] La blockchain, oltre che immutabile, è altresì un registro trasparente. Ogni transazione è tracciata, sempre rintracciabile e liberamente consultabile da chiunque, anche se la mancanza di un obbligo per le parti di identificarsi mediante il proprio vero nome potrà garantire un anonimato di fatto o, come viene definito, uno pseudonimato, nel senso che è possibile individuare l'indirizzo informatico delle parti ma non la loro identità (G. CORVI, *Smart contract. La sfida del GDPR*, in *Insurance review,* 2019, 24 ss.).

[98] L'art. 8-*ter* del d.l. n. 135 del 14 dicembre 2018, cit., convertito in l. n. 12 dell'11 febbraio 2019, in *G.U.* n.36 del 12 febbraio 2019 (Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione).

[99] MANENTE, *L. 12/2019 – smart contract e tecnologie basate su registri distribuiti– prime note del Consiglio Nazionale del Notariato – Area informatica*, in *Studio 1-2019 DI,* 2019, secondo cui "l'accordo sugli effetti è un momento antecedente da non confondere con l'esecuzione (in senso tecnico) dello *smart contract*".



so), immodificabile (poiché non vi è modo di intervenire per eliminare o modificare il contenuto di uno *smart contract*) e inarrestabile (poiché non può essere bloccata la sua esecuzione ed il conseguente adempimento delle operazioni economiche secondo le istruzioni fornite *ab initio*) [100]. Il contratto che risulta esattamente eseguito (in senso informatico) produce effetti tra le parti (o se prestabilito a favore di terzi) [101]. In virtù del meccanismo *"... if ... then ...",* così come già rilevato nel caso dello *smart contract* esecutivo, le parti possono subordinare l'efficacia del negozio ad una condizione o ad un termine, ovvero possono utilizzare l'algoritmo per cautelarsi anticipatamente dal rischio di inadempimento contrattualizzando l'*exceptio inadimpleti contractus*.

Solo dopo avere prodotto i suoi effetti lo *smart contract* si disattiva, ma non sparisce del tutto restando nel blocco in cui era stato originariamente inserito. Per ovviare a ciò, l'unica possibilità che i sistemi più avanzati (ad esempio Ethereum) forniscono è la introduzione nella blockchain della c.d. funzione *kill* o di autodistruzione che punta a rimuovere i programmi non più impiegati, con la finalità di efficientare le *performance* della *blockchain.* Tale funzione è attivabile solo dal nodo che ha creato lo *smart contract* o attraverso l'inoltro di una transazione e immettendo nella *blockchain* il corrispondente codice elettronicamente firmato dalle parti, ovvero attraverso la predisposizione di un accordo *a latere* in cui i contraenti abbiano previsto i casi di attivazione della medesima [102].

8. – Dall'analisi empirica condotta sembra possa trarsi una prima conclusione. Lo *smart contract* può essere sia lo strumento attraverso il quale le parti veicolano una volontà già formatasi (*smart contract* con funzione strumentale o con funzione esecutiva), sia l'unico mezzo tramite il quale i contraenti oggettivizzano la sequela di effetti e prestazioni che si siano vicendevolmente promessi (*smart contract* con funzione costitutiva). Nell'ambito del procedimento di stipulazione del contratto tramite *smart contract*, indipendentemente dalla funzione che esso riveste, ci troviamo di fronte ad un fenomeno che prevede due o più parti che agiscano secondo comuni intenzioni; tali intenzioni (volontà) si incontrano dando luogo ad un assetto di interessi e di prestazioni; tale assetto, mediante l'adempimento dei rispettivi obblighi, genera degli effetti che ineriscono (costituendolo, modificandolo o estinguendolo) un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321 cod. civ.). Lo svolgimento fisiologico del rapporto contrattuale che si sviluppi tramite *smart contract*, a differenza di quanto accade per i contratti tradizionali, difficilmente può essere ostacolato da problematiche intrinseche allo stesso (vizi e/o altre cause di invalidità) o da fattori esterni che influiscano negativamente sull'andamento di quanto le parti avevano previsto. A differenza dei contratti tradizionali che possono essere colpiti da nullità qualora manchi uno degli elementi essenziali, o ricorra l'illiceità della causa, la illiceità dei motivi o manchi-

[100] S. CERRATO, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, in AA.VV., *Blockchain e smart contract,* Milano, 2019, 301, secondo cui ci "troviamo al cospetto di un *tertium genus* di formazione del contratto che si aggiungerebbe al meccanismo della consensualità (contratto che si conclude con l'incontro dei consensi) e della realità (contratto che si conclude con la traditio della cosa); il contratto che si conclude per effetto della validazione diffusa da parte dei nodi della blockchain".

[101] Lo *smart contract* può veicolare un contratto a favore di terzo (art. 1411 ss. cod. civ.). In tal caso stipulante e promittente possono inserire opportune linee di codice che indirizzino le prestazioni da attuare verso l'ulteriore destinatario, il quale può aderire alla stipulazione sottoscrivendo a sua volta il contratto in formato smart. Non è compatibile con il protocollo dello *smart contract* la designazione successiva del contraente (artt. 1401 ss. cod. civ.), a meno di non congegnare il meccanismo di elezione del terzo come input proveniente da un oracolo agente sotto il controllo dello stipulante. Il nominato deve, per poter validamente subentrare nel rapporto contrattuale, accettare contestualmente la nomina apponendo la propria sottoscrizione in via informatica.

[102] A. CONTALDO, F. CAMPARA, *Blokchain criptovalute, smart contract, industria 4.0. Registri digitali, accordi giuridici e nuove tecnologie*, Pisa, 2019, 9.



no, con riferimento all'oggetto, i requisiti di possibilità, liceità, determinatezza o determinabilità (art. 1418 cod. civ.), lo *smart contract* non può essere affetto da tali cause di invalidità.

In un contratto redatto tramite *smart contract* è, infatti, inimmaginabile che possa mancare l'accordo. La volontà delle parti opera in un momento iniziale in cui i contraenti decidono di ricorrere allo strumento tecnologico per lo svolgimento dell'attività contrattuale; nel momento in cui i soggetti si avvalgono dello strumento tecnologico per integrare la propria volontà nella formazione del regolamento di interessi definitivo; ed, infine, la volontà emerge con riguardo agli effetti, giacché il contraente intende utilizzare le tecnologie non solo per giungere al perfezionamento di un contratto senza il suo diretto controllo, ma anche per goderne degli effetti giuridici" [103] . Una volta che lo *smart contract* venga attivato, esso esce dalla sfera di controllo delle parti e la gestione del rapporto contrattuale avviene in maniera automatica [104].

Parimenti è impensabile che in uno *smart contract* possano mancare la causa e l'oggetto [105], necessariamente enunciati dalle parti: se dovessero mancare lo *smart contract* non si "autoeseguirebbe". L'eventuale illiceità della causa o dei motivi e l'illiceità dell'oggetto possono essere, invece, rilevate mediante l'azione di un oracolo che permetta allo *smart contract* di ottenere informazioni dal mondo esterno e che garantisca che le informazioni siano giuste e veritiere. Un caso limite è rappresentato dallo *smart contract* contrario a norme imperative. Si presume, infatti, che in tale circostanza l'autore si guarderà bene dal programmare il suo *smart contract* in modo tale che esso cessi di avere efficacia, se non altro perché la sua intenzione, con molta probabilità, era quella di conseguire, a mezzo del contratto, un risultato contrario a norme di legge.

Anche la forma è elemento essenziale dello *smart contract*. Nella specie, quella dello *smart contract* è da considerarsi forma scritta rappresentativa della volontà delle parti, conservabile su un supporto durevole ed intellegibile dalla comunità virtuale che lo utilizza. Il linguaggio informatico è costituito da lemmi informatici codificati: ad un comando o elemento corrisponde un significato ed un effetto [106].

9. – Anche con riguardo alle cause di annullabilità occorre precisare che, su un contratto *self-executing* qual è lo *smart contract*, esse non sembrano in buona parte ipotizzabili [107]. Certamente non lo sono né l'occultamento della minore età, difficile da ipotizzare quando dialogano tra loro due *smart contract* [108], né

[103] F. BRAVO, *Contratto cibernetico*, in *Dir. informatica,* 2, 2011, 169 ss.

[104] N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di smart contract*, in AA.VV., *Blockchain e smart contract*, cit., 321, secondo il quale ci si trova in un contesto in cui vi è la massima predeterminazione possibile del dettato contrattuale e di detto dettato è fatta esecuzione in maniera automatica e irretrattabile … è essenziale che il meccanismo dello *smart contract* non preveda altro se non un perfetto combaciare di proposta e di accettazione, tradotto in linguaggio di codice informatico".

[105] Né può prospettarsi l'ipotesi di uno *smart contract* con oggetto impossibile o indeterminato. L'oggetto deve essere possibile se non altro perché, in caso contrario, il contratto non avrebbe risultati nel mondo reale al quale fosse collegato. La sopravvenuta possibilità dell'oggetto, essendo una vicenda esterna allo *smart contract*, dovrà essere portata a conoscenza del sistema operativo. "Lo *smart contract* che voglia godere di tale communicazione e, a seguito ed in forrza di essa, divenire operativo e superare il blocco, dovrà essere aperto a tale comunicazione ed essere in grado di comprenderla e recepirla". L'oggetto deve essere, altresì, determinato e devono esserlo le prestazioni necessarie a conseguirlo o ad esso correlate. Il fatto che lo *smart contract* sia un contratto deterministico implica, infatti, la circostanza che "la fase del conseguimento delle azioni attese (e dei loro risultati) venga spostata nell'ambito della eventualità e della interpretazione suppletiva a cui solo successivamente segua l'azione vera e propria" (N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di smart contract*, in AA.VV., *Blockchain e smart contract*, cit., 322 e 323).

[106] Con riferimento al problema della forma del contratto informatico si veda *supra "Smart contract con funzione costitutiva del contratto. Formazione ed intellegibilità del vincolo".*

[107] S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.,* 2018, 1787.

[108] Non esiste ad esempio un'età legale per acquistare criptovaluta Bitcoin. (addirittura molti siti insegnano ai minorenni come



la violenza ed il dolo, inconciliabili con l'automatismo proprio di questa tipologia contrattuale e semmai riferibili al contratto preliminare con il quale le parti hanno scelto di adottare la forma cibernetica per le loro transazioni [109]. Violenza e dolo potrebbero, se del caso, essere esercitati sul programmatore che si occupa della installazione del *software*. Se sul programmatore è usata violenza, non essendovi da parte del contraente la possibilità di operare una consapevole scelta sull'opportunità di evitare il male minacciato poiché la minaccia non è rivolta alla sua persona (art. 1435 cod. civ.), non appare applicabile alla suddetta ipotesi la normativa sull'annullabilità del contratto. Se, invece, sul programmatore vengono esercitati raggiri, bisogna distinguere a seconda dell'identità del soggetto che li ha posti in essere. Se si tratta della controparte che ha raggirato il programmatore al servizio dell'altro contraente, questi, ove i raggiri fossero stati decisivi per la conclusione del contratto, potrebbe chiederne l'annullamento ai sensi dell'art. 1439, comma 1, cod. civ. Se, invece, l'autore del dolo è un terzo potrà applicarsi il secondo comma dell'art. 1439 cod. civ., in cui è sancita l'annullabilità del contratto, solo se i raggiri posti in essere dal terzo siano conosciuti dal contraente che ne ha tratto vantaggio [110].

A differenza della violenza e del dolo, l'errore può inficiare la validità dello *smart contract* ma, ai sensi dell'art. 1428 cod. civ., devono ricorrere i requisiti della essenzialità e della riconoscibilità. È essenziale l'errore determinante del volere, ossia in assenza del quale il contraente non avrebbe concluso il negozio; è riconoscibile, invece, quando una persona di normale diligenza, tenendo conto delle circostanze, riuscirebbe a rilevarlo. Tralasciando l'essenzialità, la cui verifica non crea particolari problemi in relazione a questo tipo di contratti, l'aspetto della riconoscibilità induce ad alcune riflessioni. In considerazione, infatti, del disposto di cui all'art. 1431 cod. civ. secondo cui l'errore si considera riconoscibile quando, "in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto, ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo", è necessario operare un netto distinguo a seconda che il contraente destinatario del messaggio veicolato attraverso uno *smart contract* operi o meno nell'esercizio di un'attività professionale. Se il contraente che riceve il messaggio sia un professionista, al fine di analizzare il requisito della riconoscibilità, è a lui richiesto uno sforzo maggiore di quello preteso da una persona "comune". E ciò in considerazione del fatto che il contraente professionale può comprendere con più facilità i procedimenti logici che il programma svolge e studiarne gli algoritmi. Secondo quanto previsto dall'art. 64-*bis* della l. 22 aprile 1941 n. 633 sul diritto d'autore, l'utente, infatti, può "*osservare, studiare o sottoporre a prova il funzionamento del programma, allo scopo di determinare le idee ed i princìpi su cui è basato ogni elemento del programma stesso, qualora egli compia tali atti durante operazioni di caricamento, visualizzazione, esecuzione, trasmissione o memorizzazione del programma che egli ha il diritto di eseguire*", senza violare alcun diritto di proprietà intellettuale. L'utente professionale, dunque, che pone in essere tali operazioni può agevolmente rilevare gli eventuali vizi presenti nello *smart contract* e richiederne l'annullamento. La legge prescrive che, però, la parte caduta in errore non può chiedere l'annullamento del contratto se, prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offra "di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere" (art. 1432 cod. civ.). Uno *smart contract* aperto ad una proposta di modifica unilaterale consentirà di salvaguardare l'attività contrattuale svolta e le intenzioni delle parti.

Se l'utente è, invece, soggetto che non conosce il linguaggio informatico o i procedimenti logici che in-

---

acquistare bitcoin si veda per esempio *https://www.investimentimagazine.it/*). Solo alcuni scambi di criptovaluta impongono un'età minima di diciotto anni.

[109] M. IECHER, *I vizi del consenso nel contratto cibernetico*, in *https://www.jei.it/approfondimenti-giuridici*.

[110] R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto,* Milano, 1985, 132.



ducono il computer a generare la dichiarazione e non è capace di compiere le eventuali operazioni di *reverse engineering* [111], sarà pressoché impossibile per lui accorgersi di eventuali errori nell'elaborazione o nella trasmissione dello *smart contract*. L'utente non professionale, perciò, non potrà far nulla se l'errore non risulta riconoscibile dal testo trasmesso o da altre forme di *output* [112]. Se l'errore non è riconoscibile, il rischio di eventuali divergenze tra la volontà originaria e quanto espresso dall'elaboratore potrebbe attribuirsi al *dominus* del computer, in ossequio al principio dell'affidamento in buona fede per salvaguardare gli scambi e secondo il brocardo "*cuius comoda, cuius incomoda*" [113], quale prezzo da dover pagare per i benefici che derivano dall'utilizzo del computer, sia in termini di risparmio di tempo che di incremento del volume di affari. Anche in questa materia, dunque, riveste un ruolo importante la teoria dell'affidamento per salvaguardare la circolazione dei beni, e va sottolineato come esista negli *smart contract* un rischio più elevato per i contraenti non professionisti che, comunque, è consapevolmente accettato nel momento della scelta di affidare la conclusione di una transazione ad un elaboratore.

Discorso a parte va fatto, infine, per l'errore di calcolo (art. 1430 cod. civ.). Con riguardo agli *smart contract*, quando si parla di "errori di calcolo" può farsi riferimento oltre che agli errori aritmetici che vengono facilmente rilevati dal sistema e rettificati automaticamente, anche alle operazioni effettuate dall'elaboratore sulla base delle istruzioni impartite al programma [114]. Anche in questo caso, ove le suddette sviste nel codice non siano alla base di algoritmi fondamentali, può procedersi a semplice rettifica del contratto. Naturalmente più semplice è il contratto cui la macchina deve attendere, minori sono le combinazioni di istruzioni che devono essere fornite e, conseguentemente, minori sono le possibilità di errori.

10. – In presenza di gravi errori di progettazione (*bugs*) [115] del programma o se la blockchain non sia perfettamente funzionante tanto da generare errori di programmazione, lo *smart contract* potrebbe portare i con-

[111] Il reverse engineering viene anche denominato "back engineering", ovvero "progettazione all'incontrario". Effettuato generalmente in due fasi, il reverse engineering consiste nell'identificazione dei componenti del sistema e delle loro relazioni, quindi delle loro rappresentazioni a un livello di astrazione più elevato e più comprensibile dall'uomo (specifiche, documentazione, piani, diagrammi). Ciò non comporta la modifica o la creazione di un nuovo sistema basato su questo reverse engineering. È un processo di analisi, non di alterazione o replica. Il risultato di questa analisi può essere particolarmente vantaggioso o completamente inutilizzabile, a seconda della persona che esegue il reverse engineering e della sua conoscenza dell'oggetto in studio. Questi risultati saranno tanto più vantaggiosi grazie all'utilizzo di strumenti dedicati e il futuro del reverse engineering si baserà sull'evidenza dell'efficacia di questi metodi e strumenti in un dato contesto.

[112] Mentre gli input sono i dati che il programma riceve in ingresso, gli output, invece, sono i dati che il programma trasmette verso un soggetto terzo. Anche i dati salvati su disco rigido sono output dato che vengono inviati al gestore delle periferiche che provvede a memorizzarli nella memoria magnetica.

[113] R. Borruso, G. Ciacci, *Diritto civile e informatica,* Napoli, 2004, 226.

[114] M. Pennasilico, *La conclusione dei contratti on line tra continuità e innovazione*, in *Diritto dell'informatica,* 2005, 6, 805 ss.

[115] Nel gergo informatico la parola *bug* (letteralmente "insetto") identifica un errore in un programma software; meno comunemente, il termine *bug* può indicare un difetto di progettazione in un componente hardware che ne causa un comportamento imprevisto o comunque diverso da quello specificato dal produttore. L'uso del termine *bug* secondo alcuni risale ad un curioso aneddoto risalente al 1945 quando il tenente Hopper ed il suo gruppo, cercando la causa del malfunzionamento di un computer "*Mark II*", si accorsero che una falena si era incastrata tra i circuiti. Dopo aver rimosso l'insetto, il tenente incollò la falena rimossa sul registro del computer e annotò: "*1545. Relay #70 Panel F (moth) in relay. First actual case of bug being found*". Questo registro è conservato presso lo Smithsonian National Museum of American History. In realtà, si ritiene che già Thomas Edison utilizzò il termine. Ne è prova una lettera scritta il 13 novembre 1878 ad un suo amico in cui egli si riferisce a piccoli errori e difficoltà chiamandoli bugs ("*It has been just so in all of my inventions. The first step is an intuition, and comes with a burst, then difficulties arise—this thing gives out and* [it is] *then that Bugs—as such little faults and difficulties are called—show themselves and months of intense watching, study and labor are requisite before commercial success or failure is certainly reached*").



traenti (o anche uno di essi) a confrontarsi con risultati molto dissimili da quelle che erano le loro (sue) iniziali previsioni. Che la blockchain, pur sottoposta a pesanti sessioni di *testing*, possa essere malfunzionante nonostante ne siano sottolineati i caratteri di sicurezza ed inalterabilità dei dati [116], è un fatto pressoché condiviso. Lo dimostra la circostanza che, ove l'utente decida di effettuare il *download* del programma che consente di utilizzare la piattaforma, egli debba preliminarmente accettare alcune clausole di integrale esonero da responsabilità del gestore. Spesso, poi, la sottoscrizione di tali clausole è accompagnata dalla scelta compiuta dall'utente del *rimedio* [117] da adottare in caso di malfunzionamento del sistema (*hard* e *soft fork*) [118]. Sottoscrizione delle clausole e scelta dei rimedi da parte degli utenti dimostrano, evidentemente, che l'utilizzo della piattaforma può implicare potenziali rischi informatici a carico dell'utente.

Il creatore-gestore della blockchain, pur non essendo obbligato a controllare le operazioni compiute sulla piattaforma [119], deve, garantire la massima sicurezza del servizio tecnologico messo a disposizione degli utenti sì da impedire che esso produca effetti pregiudizievoli [120]. In mancanza di una apposita disciplina [121], è ragionevole ritenere che qualora l'utente subisca un danno (ad esempio furto di criptomoneta [122] o di altri beni), i gestori di blockchain ne siano responsabili [123]. Poiché il funzionamento decentralizzato della blockchain implica che il gestore non abbia il controllo delle operazioni compiute (il che già esclude una responsabilità fondata sulla colpa), è ragionevole ritenere che un eventuale danno subito dagli utenti per il malfunzionamento della piatta-

[116] F. PILKINGTON, *Blockchain Technology: Principles & Applications*, in AA.VV., *Research Handbook on Digital Transformations*, Cheltenham, 2016, 15.

[117] Sul concetto di rimedio si veda Y. ADAR, P. SIRENA, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 359 ss.

[118] La scelta compiuta dagli utenti si risolve nell'alternativa tra *hard* e *soft fork* della piattaforma blockchain. Gli *hard fork* sono aggiornamenti software non retrocompatibili . Tipicamente, si verificano quando i nodi aggiungono nuove regole in conflitto con le regole dei vecchi nodi. I nuovi nodi possono comunicare solo con altri che usano la nuova versione. Di conseguenza, la blockchain si divide, creando due network separati: uno con le vecchie regole e uno con le nuove regole. Un *soft fork* è, invece, un aggiornamento *retrocompatibile*, ovvero i nodi aggiornati possono comunque comunicare con quelli non aggiornati. Ciò che vediamo tipicamente in un *soft fork* è l'aggiunta di una nuova regola che non si scontra con le regole più vecchie.

[119] In ciò il gestore di blockchain si distingue dal *internet provider* che, ai sensi degli articoli 16 e 17 del Decreto legislativo n. 70 del 9 aprile 2003 (Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico, in *G.U.* n. 87 del 14 aprile 2003), se a conoscenza di elementi illeciti presenti sulla piattaforma, deve rimuoverli.

[120] V. WALCH, *The bitcoin blockchain as financial market infrastructure: a consideration of operational risk*, in *Journal of legislation and public policy,* 2015, 837.

[121] Non vi è al momento una disciplina specifica che individui i profili di responsabilità dei gestori di piattaforme di blockchain. Sebbene la Commissione Europea abbia presentato la Proposta di direttiva sulla responsabilità dei fornitori di servizi del 20 dicembre 1990, essa, però, non ha avuto seguito nella legislazione successiva. In merito a tale proposta, si vedano: C. CASTRONOVO, *La responsabilità del prestatore di servizi nella proposta di direttiva comunitaria*, in *Foro it.,* 1994, V, 273; G. WAGNER, *Robot liability, in https://www.rewi.hu-berlin.de*, 2019, 36.

[122] La criptomoneta è una rappresentazione digitale di valore, decentralizzata, basata sul peer-to-peer, su una Blockchain condivisa il cui trasferimento si fonda sulla crittografia e le cui regole di emissione sono basate su un algoritmo open source. La criptomoneta è, pertanto, un protocollo di comunicazione contenente in sé molto più che una moneta così come noi la intendiamo normalmente avendo insita al suo interno informazioni specificatamente programmate per un determinato uso: ad esempio la criptomoneta Ethereum è stata programmata per essere utilizzata nei c.d. *smart contract* mentre la cripto Monero, invece, per eseguire transazioni non tracciabili (F. BARTOLINI, *Requisiti della criptovaluta, ex art. 2464, comma 2, cod. civ., ai fini del conferimento nel capitale sociale di una s.r.l.*, in *Ilsocietario.it,* 2018.

[123] Se si enfatizza l'idea che "the rules on tort are mainly based on the rationale that the liable person is the one who has created a risk which materialises in some manner of damage", può di conseguenza inferirsi il riconoscimento della responsabilità dei gestori-creatori di una piattaforma blockchain, i quali sovente rivendicano la sicurezza da essa offerta, quantunque poi il relativo malfunzionamento non di rado si concretizzi in un danno economico per gli utenti (F. PATTI,*The European Road to Autonomous Vehicles*, in *Fordham International Law Journal*, 43, 2019, 150).



forma gravi su chi poteva evitarlo [124]. In capo al gestore-creatore della piattaforma può, dunque, ipotizzarsi "una responsabilità di natura oggettiva" [125] che lo obbliga a risarcire i danni patiti dagli utenti. Il relativo peso economico del risarcimento è trasferito da chi lo ha subito al gestore che lo deve risarcire [126]. Anche i dati provenienti dell'analisi economica avvalorano la conclusione secondo cui solo il creatore-gestore della piattaforma blockchain può sostenere il danno patito dagli utenti ed i costi derivanti [127]. In ragione del fatto che gli *smart contract* conclusi con la blockchain sono destinati a diventare in futuro sempre più numerosi con un determinante incremento del rischio in capo al gestore della piattaforma, il Parlamento europeo nella Risoluzione del 16 febbraio 2017 [128] ha invitato la Commissione a riflettere sull'opportunità di introdurre un meccanismo assicurativo obbligatorio per i sistemi autonomi e, dunque, anche per le tecnologie fondate sui registri distribuiti [129]. La Commissione ha iniziato a lavorare su taluni profili evidenziati esitando il 25 aprile 2018 un primo documento di lavoro che mette in relazione le esistenti regole di responsabilità da prodotto difettoso con le tecnologie digitali esistenti. A questo primo atto è seguita il 7 maggio 2018 la Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio ed al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione della Direttiva del Consiglio relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danni da prodotti difettosi (Direttiva 85/374/CEE), quale strumento di valutazione diretto a verificare l'efficacia della Direttiva stessa [130]. In realtà è la già sussistente via della responsabilità oggettiva del produttore-gestore a essere ritenuta preferibile, in considerazione della agevolata posizione del soggetto danneggiato che deve dimostrare l'esistenza del danno e del difetto, unitamente al nesso causale tra difetto e danno [131]. Da questo punto di vista il richiamo all'assicurazione obbligatoria viene ritenuto "utile per consentire di affrontare, almeno temporaneamente, gli aspetti connessi alla responsabilità dal punto di vista economico" [132]. Con riferimento ai danni prodotti da un malfunzionamento della blockchain, in particolare, l'assicurazione obbligatoria avrebbe risvolti positivi sia per il gestore che può trasformare il rischio del servizio offerto in un costo prevedibile della sua attività [133], sia per gli utenti, i quali non incorrerebbero nella possibile mancata realizzazione dei propri interessi sottesi al credito risarcitorio. Ciò determinerebbe, quale ulteriore ef-

---

[124] C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, IV, 439.

[125] C. LEANZA, *Intelligenza artificiale e diritto: ipotesi di responsabilità civile nel terzo millennio*, in *Resp. civ. prev.,* 2021, 3, 1011; N. BUONANNO, *La responsabilità civile nell'era delle nuove tecnologie: l'influenza della blockchain*, in *Resp. civ. prev.,* 2020, 1618.

[126] Il problema, in tale ambito, non deve essere tanto quello della individuazione del responsabile materiale del danno, bensì quello della identificazione delle condizioni di rilevanza del danno e dei criteri per l'addebito dei conseguenti obblighi (S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità oggettiva*, Milano, 1967, 73; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 16).

[127] R. DEMOGUE, *Fault, risk, and apportionment of loss in responsibility*, in *Illinois Law Review.* 1918, 308.

[128] Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, in *G.U.* – C 252/239 del 18 luglio 2018.

[129] DE P. FILIPPI-A. WRIGHT, *Blockchain and the Law*, Harvard, 2019, 174.

[130] Nella Relazione, la Commissione ritiene la Direttiva "idonea a contribuire ad un ragionevole equilibrio tra la tutela dei danneggiati e la garanzia di una concorrenza leale sul mercato unico" (paragrafo 5.1), fondata sul concetto di responsabilità oggettiva "in virtù del quale i produttori sono responsabili dei prodotti difettosi indipendentemente dal fatto che il difetto sia o meno dovuto a colpa del produttore" (paragrafo 1). La Commissione, peraltro, si era impegnata a pubblicare a breve scadenza "orientamenti sulla Direttiva e una relazione sui quadri normativi in materia di responsabilità e sicurezza in relazione ALL'IA, all'internet delle cose e alla robotica, che ne indichi le implicazioni più ampie e le potenziali lacune e fornisca i relativi orientamenti. Se del caso la Commissione aggiornerà determinati aspetti della Direttiva, come i concetti di difetto, danno, prodotto e produttore. In principio generale di responsabilità oggettiva rimarrà tuttavia inalterato" (paragrafo 6).

[131] Così E. PALMERINI, *Robotica e diritto, suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea,* in *Resp. civ. prev.,* 2016, 1839.

[132] E. PALMERINI, *Robotica e diritto, suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea,* cit., 1842.

[133] DI D. SABATO, *Gli smart contract: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contratto e impresa,* 2017, 399.



fetto riflesso, un beneficio collettivo in termini di fiducia degli utenti nei confronti di questa tipologia di mercato e del suo corretto funzionamento.

11. – L'irreversibilità delle transazioni effettuate mediante *smart contract* e l'automaticità dell'adempimento che si realizza a prescindere da un comportamento delle parti, non osta alla possibilità di prevedere, nei contratti a prestazioni corrispettive, la risoluzione per inadempimento [134]. La fattispecie si presta alla collaborazione di una *library* (contenitore) di "variabili" che corrispondono a particolari "clausole contrattuali". In questo caso la *library* può individuare i casi di inadempimento scritti su misura dello *smart contract*. Se la fattispecie di inadempimento risulta tra quelle comprese nella *library* e non ricade tra quelle pre-considerate di scarsa importanza (art. 1455 cod. civ.), essa è utilizzabile per attivare le conseguenze derivanti dall'inadempimento. Infatti, con l'algoritmo ... *if* ... *then* ... (*se* le variabili sono contenute nella library … *allora* …) è possibile prevedere, così come disposto dall'art. 1453 cod. civ., l'alternativa tra la scelta dell'adempimento e della risoluzione, o il blocco della possibilità di chiedere l'adempimento una volta che sia stata chiesta la risoluzione del contratto, o l'impossibilità di adempiere dopo la domanda di risoluzione. Anche il risarcimento del danno potrà essere integrato con tali mezzi: si pensi alla stipulazione di una clausola penale (art. 1382 cod. civ.) ed alla possibilità di ridurla se l'obbligazione principale sia stata in parte eseguita (art. 1384 cod. civ.), o alla individuazione di somme messe a disposizione (in riserva di eventuali danni) che possano essere liberate una volta che il sistema abbia accertato il diritto della parte ad ottenerle [135].

Come nei contratti basati sullo scambio istantaneo, l'utilizzo dello *smart contract* presenta numerosi vantaggi in termini di calcolabilità degli esiti della relazione negoziale, innanzitutto con riguardo alla riduzione, o comunque alla gestione, dell'inadempimento della controparte, altrettanto può dirsi nei contratti di durata [136] in cui assumono frequentemente rilevanza le c.d. sopravvenienze, cioè eventi imprevisti ed imprevedibili dalle parti al momento della stipulazione del contratto che incidono sull'equilibrio del sinallagma delle prestazioni. Occorre allora chiedersi se ed in che modo, attraverso gli *smart contract*, sia possibile garantire l'esecuzione della prestazione anche in presenza di accadimenti in origine non considerati dalle parti (quali ad esempio l'impossibilità sopravvenuta della prestazione e l'eccessiva onerosità della stessa) [137]. Se il contratto è stato concluso mediante *smart contract* è prefigurabile la risoluzione del vincolo negoziale per impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 ss. cod. civ.). Ciò può avvenire, ad esempio, se il bene cui la prestazione si riferisce sia stato tradotto nello *smart contract* in un *token*. Se il bene perisce nella sua

[134] L. PAROLA-P. MERATI-G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *Contratti,* 2018, 6, 687.

[135] Ciò permetterebbe alle parti di esperire rimedi di carattere restitutorio, adempiendo cioè ad una prestazione da eseguire in forma specifica o per equivalente, ove ciò sia possibile. Nel caso di prestazioni infungibili, la parte adempiente dovrebbe poter accedere alla chiave privata della controparte oppure alla password del computer in cui è conservata.

[136] Sul tema, a solo titolo esemplificativo, si vedano: E. GABRIELLI, *I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice civile argentino*, in *Giust. civ.,* 2018, 2, 267; G. OPPO, *Scritti giuridici. Obbligazioni e contratti*, Padova, 1992, 203; ID., *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.,* 1943, I, 144; G. OSTI, *Contratto*, in *Nss. D.I.*, Torino, 1959, IV, 496 ss.; ID., *Clausola rebus sic stantibus*, in *Nss. D.I.,* Torino, 1959, III; ID., *Appunti per una teoria della "sopravvenienza" (La così detta clausola "rebus sic stantibus" nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. dir. civ.* 1913, 471 ss.; ID., *La così detta clausola "rebus sic stantibus" nel suo sviluppo storico*, in *Giust. civ.,* 1912, 1; L. DEVOTO, *L'obbligazione ad esecuzione continuata,* Padova, 1943; G. STOLFI, *Appunti sui contratti di durata*, in *Studi in onore di B. Scorza*, Roma, 1940.

[137] G. NUZZO, *Gli smart contract tra esigenze di calcolabilità e gestione delle sopravvenienze*, in *https://www.economia.unimore.it*.



totalità, ne dà notizia al *token* che, a sua volta, trasmette questa informazione allo *smart contract*. Tale circostanza che, *ex lege*, libera la parte dall'obbligo di eseguire la prestazione, può dar luogo in uno *smart contract* ad un meccanismo di restituzione della eventuale controprestazione che sia stata (in tutto o in parte) ricevuta (art. 1463 cod. civ.). Se, invece, la prestazione è solo parzialmente impossibile, le informazioni trasmesse dal *token* allo *smart contract* abilitano il sistema ad una corrispondente riduzione (in numeri o proporzione) della controprestazione (art. 1464 cod. civ.) [138].

È, altresì, immaginabile che la risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive veicolato dallo *smart contract* possa operare anche nel caso in cui la prestazione sia diventata eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili (art. 1467 cod. civ.). Peraltro, pare innegabile che, a fronte di una domanda automatica di risoluzione del contratto, possa offrirsi, intra *smart contract*, la modifica delle condizioni di contratto in forza di una eccessiva onerosità conseguente ad un evento imprevedibile. Lo *smart contract*, infatti, può desumere questa informazione da un oracolo che, a sua volta, abbia assunto la notizia del verificarsi di detto evento ed abbia ricalcolato, in base a indici preinseriti, il valore della prestazione. La riduzione della prestazione o la modifica "nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità" può essere richiesta anche se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti abbia assunto obbligazioni (art. 1468 cod. civ.).

12. – Azionabili con le stesse modalità sono le ipotesi di risoluzione di diritto. L'intimazione scritta che preveda un termine per l'adempimento (art. 1454 cod. civ.) può essere fatta partire dallo *smart contract* al verificarsi di un inadempimento "tracciato" di controparte. La decorrenza del termine rende automatica la risoluzione di diritto del contratto con la conseguenza che nessuna prestazione contrattuale è più effettuabile e, nei limiti di quanto prestabilito, lo *smart contract* può procedere alla riduzione in pristino ed al risarcimento del danno.

Altrettanto adattabile alla fattispecie degli *smart contract* è sia la predisposizione di una clausola risolutiva espressa (art. 1456 cod. civ.) che consenta la risoluzione di diritto del contratto non appena il sistema accerti che le modalità stabilite per l'adempimento di una determinata obbligazione non siano rispettate; sia l'apposizione di un termine essenziale (art. 1457 cod. civ.) alla scadenza del quale lo *smart contract* può consentire alla richiesta anche tardiva di esecuzione (art. 1457, comma 1) o alla risoluzione del contratto in seguito al perdurare dell'inadempimento (art. 1457, comma 2).

La risoluzione del contratto ha effetto retroattivo tra le parti, "salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite" (art. 1458 cod. civ.). La risoluzione non pregiudica la posizione dei terzi, anzi vi è "la possibilità che lo *smart contract* riceva l'informazione dell'avvenuta trascrizione di risoluzione e ne tenga conto, appunto, per quei diritti dei terzi che, poiché derivati dallo *smart contract*, questo possa continuare a controllare, dando ad essi terzi notizia diretta dell'avvenuta trascrizione e, in uno scenario di evoluzione del sistema, condizionarne direttamente l'esecuzione una volta che la domanda di risoluzione sia stata decisa" [139].

---

[138] Non può essere ovviamente prefigurata dallo *smart contract* la fattispecie per cui si può recedere dal contratto qualora controparte "non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale" (art. 1464 cod. civ.). In questo caso, infatti, bisognerebbe immaginare la figura di un terzo che guidi lo *smart contract* nell'individuazione di ciò che sia o meno "apprezzabile".

[139] GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di smart contract*, in AA.VV., *Blockchain e smart contract*, cit., 337.



13. – Un altro rimedio ad una situazione patologica è l'azione di rescissione, ammessa dal nostro legislatore qualora il contratto sia stato concluso in stato di pericolo (art. 1447 cod. civ.) o con sproporzione tra le prestazioni che sia dipesa dallo stato di bisogno di una delle parti contraenti (art. 1448 cod. civ.) [140]. Avuto riguardo alla natura dello *smart contract*, certamente non è prospettabile la prima fattispecie di rescissione perché il dialogo tra computer con la conseguente apposizione di firma o codici identificativi a sancirne la validità non può essere subordinato al riconoscimento di uno *status* soggettivo di pericolo. Né sembra ipotizzabile che nel codice dello *smart contract* le parti possano indicare ogni variabile immaginabile di situazione di pericolo con una *library* infinita di opzioni.

Compatibile è, invece, per certi versi, l'ipotesi di rescissione del contratto concluso in stato di bisogno. Le funzioni dello *smart contract*, infatti, ben potrebbero essere attivate per riconoscere la lesione *ultra dimidium* che essendo elemento misurabile, una volta calcolato, potrebbe attivare una funzione che rescinda il contratto. Il sistema, al quale è inviata la domanda di rescissione, può evitarla proponendo una modifica del contratto tale da ricondurlo ad equità (art. 1450 cod. civ.). Ma poiché indici valoriali, quali l'equità (ma anche la buona fede, la correttezza, la colpa etc.), non sono calcolabili dallo *smart contract*, le parti possono ovviare a questo impasse, predeterminando il giusto prezzo che deve essere corrisposto a fronte di una determinata prestazione. Superato il termine di un anno dalla conclusione del contratto, la funzione rescissione si disattiva, ferma comunque la possibilità di riattivarla nel caso in cui ci si trovi dinnanzi ad una fattispecie di reato, nel qual caso il termine di prescrizione sarà diverso [141] (art. 1449 cod. civ.).

14. – Seppure i sostenitori della blockchain ritengano gli *smart contract* infallibili e, perciò, insuscettibili di far sorgere controversie tra le parti nel momento della loro esecuzione [142] o, comunque, in grado di autoregolarsi e di assicurare alle parti giustizia sostanziale, questa affermazione non sembra del tutto convincente. È più realistico pensare che tra le parti possano sorgere conflitti che debbano trovare opportuna risoluzione nel mondo reale ad opera delle giurisdizioni competenti [143]. Ai fini della individuazione della legge applicabile è preliminare ricordare che raramente gli *smart contract* si sviluppano a seguito dell'impiego di nodi localizzati in un solo Stato (o che, comunque, siano coordinati da una entità territorialmente ben individuata) [144], ma che, più spesso, essi sono gestiti in modo decentrato dai membri della rete. La tecnologia blockchain è nata, infatti, per funzionare indipendentemente da centri di imputazione o di interesse (o dai luoghi dei singoli computer [145]) e consente di sottoscrivere contratti transnazionali che, proprio in quanto registrati su un registro distribuito, sono delocalizzati ed operano al di fuori di un preciso quadro normativo [146]. I soggetti (per-

[140] D. Lorusso, N. Gentile, *Blockchain e annullamento contrattuale. Spunti di discussione,* in *https://www.blblex.it/blog.*

[141] Anche in questo caso teoricamente lo *smart contract* potrà essere programmato, e quindi il termine di prescrizione modificato, una volta che il sistema abbia individuato il reato.

[142] F. Moslein, *Conflicts of laws and codes: defining the boundaries of digital jurisdiction*, in *https://ssrn.com/abstract;* V. Zamfir, *Against Szabo's law. For a new crypto legal system*, in *https://medium.com*.

[143] Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 14, secondo cui in ogni fenomeno giuridico sarebbe rintracciabile *in nuce* un conflitto e, di conseguenza, il diritto esiste in quanto vi è un conflitto.

[144] M. Finck, *Blockchain Regulation and Governance in Europe*, Cambridge, 2018, 19.

[145] N. Irti, *Norme e luoghi. Problemi di geo diritto*, Roma-Bari, 2006, 65, secondo cui "la globalizzazione nella rete telematica raggiunge il suo grado più elevato" e … "nello spazio telematico non sono certo individuabili i luoghi dei singoli computer", piuttosto la rete telematica è "un non luogo, poiché i luoghi appartengono a terra, mare, aria".

[146] Più volte è dovuta intervenire la Corte di Giustizia pronunciandosi sulle condotte antigiuridiche tenute da alcune big-tech nello spazio giuridico europeo e rese possibili dallo sfruttamento di c.d. vuoti normativi (Corte di giustizia, 24 settembre 2019, in causa C-



sone fisiche o giuridiche) che intendono valersi della blockchain in ambito nazionale devono verificare e rispettare le norme del proprio paese di origine, ma ove la contrattazione avvenga con membri della rete allocati in stati diversi, la situazione, salvo accordo tra le parti, rende impossibile l'individuazione di un ordinamento nazionale cui fare riferimento. Di là dalla prospettazione di una *lex cryptographica* [147] o di una *lex informatica* [148] agognata dagli sviluppatori e dai membri della rete, è ragionevole chiedersi se, in questi casi, possa soccorrere la disciplina uniforme europea ed in particolare il Regolamento Bruxelles I *bis* [149] ed il Regolamento Roma I [150], con riferimento alle questioni di giurisdizione e di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali in materia civile e commerciale. Certamente i Regolamenti richiamati, nella loro versione attuale, non sembrano adattabili alla contrattazione che si sviluppi a mezzo di *smart contract* perché concepiti per risolvere il conflitto di leggi nel mondo fisico. Sarebbero, pertanto, necessarie talune modifiche *ad hoc* in considerazione della peculiare natura della tecnologia utilizzata. In particolare, di là dalle modifiche che dovrebbero coinvolgere i fori speciali [151], con riguardo al foro generale di cui all'art. 4 del regolamento Bruxelles I *bis* [152], sarebbe necessario l'introduzione di un ulteriore titolo di giurisdizione generale, sussidiario al

---

507/17, *Google LLC c. Commision nationale de l'informatique et des libertés (CNIL);* Corte di giustizia, 24 settembre 2019, in causa C-136/17, *GC et al c. Commision nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*; Corte di giustizia, 28 gennaio 2019, in causa C-567/19, *Coty Germanu G,bH c. Amazon Services Europe Sàrl*; Corte di giustizia, 20 dicembre 2017, in causa C-343/15, *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain*; Corte di giustizia, 28 luglio 2016, in causa C-191/15,*Verein für Konsumenteninformation c. Amazon EU Sarl*. Tutte le sentenze sono rintracciabili in *https://curia.europa.eu/juris/*).

[147] Alcuni autori, proponendo un interessante parallelismo con la *lex mercatoria*, hanno suggerito la creazione di una *lex cryptographica* che debba disciplinare l'utilizzo e lo scambio di informazioni digitali in modo da promuovere la stabilità e la prevedibilità delle regole del mondo virtuale. Il meccanismo di regolamentazione basato su numeri ed algoritmi dovrebbe essere incorporato direttamente nel tessuto del sistema tecnologico e si caratterizzerebbe, oltre che per la capacità di dettare dei vincoli e fornire degli incentivi per i membri della comunità, anche per il fatto di operare in modo autonomo, indipendentemente da qualsiasi governo o da altra autorità centralizzata (T. ORSOLA, *The lex mercatoria in theory and practice*, Oxford, 2017; A. WRIGHT, P. DE FILIPPI, *Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographa*, in *https://ssrn.com/abstract*; L. LESSIG, *The laws of cyberspace*, United States, 1998).

[148] R. REIDENBERG, *Lex informatica. The formulation of information policy rules through technology*, in *Texas law review,* 2020, 553. Si tratterebbe, secondo l'autore di un insieme di regole interne alla rete, sviluppate attraverso soluzioni tecnologiche, disancorate dalle norme statuali e, quindi, di facile attuazione mediante il controllo dello strumento tecnico.

[149] Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.U.E.* L351/1 del 20 dicembre 2012.

[150] Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *G.U.U.E.* L177/6 del 4 luglio 2008.

[151] Anche con riguardo ai fori speciali, la dottrina ha proposto ulteriori modifiche. In particolare, con riferimento al foro di cui al contratto di compravendita (art. 7.1 b) il legislatore dovrebbe prevedere che, in ipotesi di compravendita di *token*, il luogo di consegna debba coincidere con il luogo ove vi è stata l'apprensione fisica del bene (rappresentato dal *token*) ovvero ove l'acquirente è stato messo nella possibilità di liberamente disporre del bene immateriale. Tale criterio avrebbe l'ulteriore conseguenza di privare di effetti reali il trasferimento del *token* "posticipando" l'evento-esecuzione della prestazione caratteristica del rapporto (ossia la consegna del bene) al momento in cui l'acquirente può effettivamente utilizzarlo.L'intervento del legislatore dovrebbe altresì riguardare le obbligazioni extracontrattuali (art. 7.2). Qualora l'illecito extra contrattuale sia stato prodotto su *blockchain*, la parte danneggiata dovrebbe poter scegliere di instaurare la controversia avanti il giudice del luogo ove risiede. La giurisdizione rimarrebbe così strettamente correlata, favorendola, alla parte più debole del rapporto, indipendentemente dal luogo dove la condotta è stata tenuta o il danno si è verificato o può avvenire. Questi ultimi sarebbero infatti pressoché impossibili da reperire.Correlativamente, il ricorso a una previsione *de jure condendo* si impone anche qualora si debba ricorrere ai c.d. fori speciali di protezione (cfr. artt. 10, 17 et 19 Reg. Bruxelles I *bis*). In proposito, si ritiene quanto mai opportuno che il legislatore europeo intervenga sulla disciplina sostanziale di ciascuna tipologia contrattuale (assicurazioni, consumatori, lavoratori) prevedendo che, quando negoziate in uno *smart legal contract*, pongano come condizione necessaria di validità la individuazione del luogo di domicilio delle parti coinvolte, chiarendo peraltro quella che agisce in qualità di, rispettivamente, assicurato, consumatore e lavoratore.

[152] L'art. 4 1. Stabilisce che "a norma del presente regolamento, le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato



domicilio del convenuto spesso difficile (se non impossibile) da reperire. Nello specifico potrebbe autorizzarsi l'attore ad instaurare il procedimento avanti al giudice del foro ove si trova l'indirizzo fisico in cui il convenuto ha dato il proprio consenso alla "costruzione" dello *smart contract*. Ciò, indipendentemente da come l'ordinamento giuridico del Paese ove si trova tale indirizzo lo qualificherebbe (domicilio, residenza, dimora). Tecnicamente, si tratta, peraltro, di una individuazione facile purché gli sviluppatori della blockchain inseriscano il comando che rende possibile la registrazione della provenienza "fisica" dell'ordine [153].

Anche il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali necessiterebbe di alcune modifiche con riferimento al criterio principale di collegamento. In particolare, con riferimento all'art. 3.1 [154], il legislatore potrebbe legittimare la *optio legis*, circa la scelta fatta dalle parti sulla legge applicabile, quando esercitata nel rispetto di una determinata procedura. La scelta di legge andrebbe effettuata nel contratto da eseguire nel mondo virtuale oppure in un accordo separato dallo *smart contract* e concluso fra le parti. Le parti potrebbero persino concordare una specifica funzione dello *smart contract* che, se eseguita, sussuma il rapporto *inter partes* all'interno di un determinato quadro normativo (ad esempio con la dicitura "questo contratto è stato interpretato in conformità e regolato dalla legge (…)" [155]. La scelta, a norma dell'art. 3.1 del Regolamento Roma I può avvenire anche in modo implicito ove essa risulti chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso. Si pensi, ad esempio, alla circostanza in cui nello *smart contract* ci si riferisse ad un particolare sistema giuridico, ciò farebbe presumere che le parti avrebbero scelto la legge di tale sistema giuridico per regolare il rapporto contrattuale.

In considerazione di quanto rilevato è ragionevole ipotizzare che se, nella pratica, le parti dello *smart contract* non hanno determinato la legge del contratto e non sia applicabile la disciplina di diritto uniforme, le controversie insorte possono essere risolte da un arbitro ai sensi dell'art. 806 c.p.c. Le parti possono stipulare un compromesso quando già la lite è insorta tra loro (art. 807 c.p.c.), oppure possono convenire una clausola arbitrale (art. 808 c.p.c.) inserendola nello *smart contract* o in altro documento (cartaceo o informatico) che, però, faccia espresso riferimento alle controversie sorte da quel rapporto negoziale. Le parti possono, peraltro, optare per un arbitrato da celebrarsi *on chain* (su catena) [156]. Il lodo viene registrato nel mondo virtuale

---

membro sono convenute, a prescindere dalla loro cittadinanza, davanti alle autorità giurisdizionali di tale Stato membro. Alle persone che non possiedono la cittadinanza dello Stato membro nel quale esse sono domiciliate si applicano le norme sulla competenza vigenti per i cittadini di tale Stato membro".

[153] Sul punto si veda B. CAPPIELLO, Dallo "*smart contract*" *computer code* allo *smart (legal) contract*. *I nuovi strumenti (para) giuridici alla luce della normativa nazionale e del diritto internazionale privato europeo: prospettive de jure condendo*, in *Dir. comm. int.,* 2020, 2, 477.

[154] L'articolo 3.1 in tema di libertà di scelta statuisce che "Il contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti. La scelta è espressa o risulta chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso".

[155] B. CAPPIELLO, Dallo "*smart contract*" *computer code* allo *smart (legal) contract*. *I nuovi strumenti (para) giuridici alla luce della normativa nazionale e del diritto internazionale privato europeo: prospettive de jure condendo*, cit., 480. Per quanto concerne i criteri di collegamento speciali, l'autore suggerisce che il primo cui apportare una modifica sia quello di cui "all'art. 4.1 ossia quello della residenza abituale. Posta la difficoltà di reperire tale luogo, il legislatore potrebbe aggiungere un criterio alternativo da applicare in ipotesi di *smart legal contract*. Si potrebbe dunque rinviare alla legge del luogo ove la parte che esegue la prestazione caratteristica ha prestato il proprio consenso. Non si ravvisa invece la possibilità né di impiegare né di modificare il criterio residuale del collegamento più stretto di cui all'art. 4.4; come visto, si tratta invero di un luogo pressoché impossibile da individuare quando si impiega tecnologia a registro distribuito. In tutti i citati casi, però, nelle more di un intervento normativo e nell'impossibilità di applicare la disciplina europea uniforme attualmente in vigore, la controversia sarà risolta ricorrendo al diritto internazionale processuale nazionale".

[156] In tal senso si pensi alla proposta di *Jur* (in *https://jur.io*). Si tratta sostanzialmente di una tradizionale procedura arbitrale sulla



ed "eseguito sulla stessa blockchain, tramite l'esecuzione di un codice che preveda il trasferimento delle somme riconosciute come dovute dal lodo arbitrale dal conto riconducibile alla parte condannata a quello riconducibile alla parte vincitrice" [157].

15. – Alla luce di quanto detto può affermarsi che lo *smart contract* è, al contempo, il mezzo attraverso il quale l'accordo si manifesta e lo "strumento grazie al quale esso può concludersi [158]. Lo *smart contract*, in quanto programma informatico che non ha una propria capacità decisionale ma attua semplicemente una volontà altrui (programmata e vincolante) non può essere assimilato ad un soggetto giuridico né è prefigurabile la sua riconduzione alla fattispecie rappresentativa [159].

Alla luce di tali premesse e, considerato che il d.lgs. n. 70 del 9 aprile 2003 [160] prevede che "le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica" (art. 13, comma 1), sul piano della disciplina, non può negarsi la compatibilità tra contratti telematici e contratti non virtuali [161]. L'estensione delle norme sulla conclusione dei contratti anche ai contratti telematici, senza che si preveda allo stato un'adeguata disciplina di dettaglio, consente di ritenere che la contrattazione telematica richiede un flessibile adattamento delle norme di diritto interno ai nuovi procedimenti di formazione e conclusione dei contratti [162]. In questa direzione appare plausibile il tentativo di recupero delle tradizionali categorie civilistiche per governare le questioni che gli *smart contract* pongono e per prevenire i conflitti che possano eventualmente sorgere a seguito del loro utilizzo [163]. In previsione dei nuovi sviluppi della tecnologia, ove le fonti applicabili dovessero risultare carenti, il procedimento di inclusione dei nuovi strumenti potrebbe richiedere l'intervento del legislatore. Infatti, seppure il modello del registro distribuito e gli *smart contract* nascano come

---

blockchain progettata per controversie complesse e di medio/alto valore, nella quale gli *Admins* (ovvero Istituzioni arbitrali o studi legali) possono creare i c.d. "*Arbitration Hubs*", equivalenti alle camere arbitrali. L'*Admin* prima di tutto deve predisporre un regolamento arbitrale conforme alle norme internazionale (come ad esempio la Convenzione di New York) e individuare gli arbitri. Infine, l'*Admin* determina il valore massimo delle controversie che l'*Arbitration Hub* può trattare. Quando le parti convengono di fare decidere la controversia alla camera arbitrale X (*Arbitration Hub*) viene individuato un arbitro che gestirà un procedimento online basato sulla tecnologia *blockchain* nella quale, ad esempio, vengono salvate le prove (per evitare che vengano modificate); alla fine del procedimento l'arbitro dovrà redigere una bozza di lodo che verrà sottoposta a un sistema di *peer-review*, ovvero la bozza prima di diventare definitiva viene inviata a tre arbitri di un altro *Arbitration Hub*: se supera questo sistema di revisione allora il lodo diventa definitivo, altrimenti viene nominato un nuovo arbitro. L'arbitro guadagna e/o perde "punti di reputazione" in base a questo sistema di *peer-review* (R. BATTAGLINI, *La tecnologia blockchain e le nuove forme della Dispute Resolution*, intervento al Convegno sul tema "La risoluzione dei conflitti nell'era digitale: L'arbitrato e la rivoluzione tecnologica", Milano, 21 novembre 2019).

[157] C. PONCIBÒ, *Smart contract: profili di legge applicabile e scelta del foro*, in AA.VV., *Blockchain e smart contract,* cit., 370.

[158] M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti online tra continuità e innovazione*, in *Diritto dell'informatica,* 2004, 6, 805.

[159] In dottrina sulla c.d. rappresentanza elettronica G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?,* in *Contratto e impresa,* 2002, 485; ID., *Gli agenti software e la disciplina giuridica degli strumenti cognitivi*, in *Dir. inf. e informatica* 2003, 77. *Contra* DI G. ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati intelligenti?,* in *Riv. dir. civ*., 2021, 843, secondo cui l'individuazione in capo allo *smart contract* di un potere rappresentativo non produrrebbe alcuna semplificazione del sistema giuridico anzi determinerebbe ancora maggiori incertezze rispetto ad alcune questioni classiche in tema di rappresentanza (vizi del consenso e stati soggettivi rilevanti, mezzi idonei ad assicurare pubblicità alla procura, falsa rappresentanza e rappresentanza senza poteri, etc.).

[160] D.lgs. n. 70 del 9 aprile 2003, n. 70 (Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico), cit.

[161] R. TORINO, *I contratti finanziari conclusi tramite internet*, in AA.VV., *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2004, I, 479.

[162] M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti online tra continuità e innovazione*, cit., 805.

[163] G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista trim. dir. proc. civ.,* 2018, 2, 441.



reazione al potere delle autorità centrali, come "manifesto di una nuova cripto anarchia" [164], gli ordinamenti nazionali devono porsi come presidio avanzato di governo della rivoluzione tecnologica [165]. A livello strategico, in Italia nel dicembre 2018 è stato nominato dal Ministero dello Sviluppo Economico un gruppo di esperti provenienti da diversi contesti di riferimento (imprese, associazioni di categoria, università, ricerca, Pubblica Amministrazione, società civile, organizzazioni sindacali, terzo settore e associazioni dei consumatori) con l'obiettivo di individuare proprio iniziative, *use cases* abilitanti e buone prassi esistenti, elaborare strumenti per creare e favorire condizioni economiche, politiche e regolatorie, individuare gli strumenti tecnici e normativi volti a diffondere l'applicazione degli *smart contracts* e fornire indirizzi strategici e modelli di *governance*. E l'inizio di un percorso che verosimilmente potrà (o dovrà) condurre, innanzitutto, alla elaborazione di specifiche previsioni volte a ridurre il divario digitale fra chi è perfettamente inserito tecnologicamente e chi è escluso dalla catena e dal flusso di dati [166]. La potenza elaborativa delle macchine se, infatti, per un verso favorisce l'iniziativa economica privata (art. 41 della Costituzione), per altro crea forti dicotomie sociali derivanti, più che dall'accesso alla rete, dall'uso che viene fatto della stessa [167]. È quindi importante stimolare un percorso di trasformazione finalizzata alla educazione ed alla cultura digitale senza le quali, nella società dell'informazione, nell'era dei robot, degli algoritmi e dei *big data* non potrà risultare rispettato il principio di uguaglianza tra i contraenti e della tutela dei contraenti deboli [168].

Non meno importante, è la predisposizione di un diritto il quale, seppure flessibile in considerazione dei nuovi contenuti e della mutata terminologia giuridica [169], possa aprire ulteriori spazi per l'utilizzo degli *smart contract* in campi diversi dal dominio del *finance. De iure condendo*, infatti, potrebbe considerarsi l'ipotesi di sfruttare le nuove tecnologie, una volta che si siano sufficientemente stabilizzate, per costituire garanzie (*smart guarantees*) o per redigere testamenti (*smart will*). La rilevanza giuridica e lo sviluppo dello *smart contract* sono certamente destinati a rivoluzionare il diritto del terzo millennio.

---

[164] S. CAPACCIOLI, *Smart contracts: traiettoria di un'utopia divenuta attuabile*, Modena, 2016, 26.

[165] S. CERRATO, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, in AA.VV., *Blockchain e smart contract,* cit., 312.

[166] Il fenomeno noto con il nome di "*digital divide*" (divario digitale) è il divario esistente tra chi ha accesso effettivo alle tecnologie dell'informazione (in particolare personal computer e Internet) e chi ne è escluso, in modo parziale o totale. I motivi di esclusione comprendono diverse variabili: condizioni economiche, livello d'istruzione, qualità delle infrastrutture, differenze di età o di sesso, appartenenza a diversi gruppi etnici, provenienza geografica. Oltre a indicare il divario nell'accesso reale alle tecnologie, la definizione include anche disparità nell'acquisizione di risorse o capacità necessarie a partecipare alla società dell'informazione: nei paesi avanzati, e specie nella popolazione giovane, infatti, il divario di mero accesso alla rete è ormai quasi del tutto colmato e si apre invece un divario digitale di secondo livello basato sulle modalità di fruizione. Il termine *digital divide* può essere utilizzato sia per riferirsi ad un divario esistente tra diverse persone, o gruppi sociali in una stessa area, che al divario esistente tra diverse regioni di uno stesso stato, o tra stati (o regioni del mondo) a livello globale.

[167] L. ATTIAS, M. MELCHIONDA M. PIACITELLI, A. RUGGIERO, *Mind the gap!,* in *Rivista elettronica di diritto, economia, management,* 2017, 3, 94.

[168] L. ATTIAS, G. SCORZA, *La consapevolezza digitale al servizio dell'etica*, in *Diritto inf. e dell'informatica,* 2019, 6, 1191.

[169] AMATO, A. MANGIAMELI, *Tecno-regolazione e diritto. Brevi note su limiti e differenze*, in *Dir. inf. e dell'informatica,* 2017, 2, 147.

JUS CIVILE



GIULIANA AMORE

Professoressa associata di Diritto privato – Università degli Studi di Catania

DIGITALIZZAZIONE, PROTEZIONE DEI DATI E TERZO SETTORE

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. ETS e trattamento dei dati personali. – 3. Il Registro dei trattamenti e la nomina del d.p.o.: obbligo o facoltà per gli ETS? – 4.* Data breach, policies *e misure adeguate. – 5. Registro Unico Nazionale del Terzo Settore e GDPR.*

1. – Com'è noto, il d.lgs. n. 117/2017, contenente il c.d. Codice del Terzo settore, ha operato una vera e propria opera di «istituzionalizzazione» [1], ancora in corso di attuazione [2] e finalizzata a riorganizzare il settore degli enti senza scopo di lucro [3], favorendone la gestione e migliorandone la trasparenza: un settore normativamente definito mediante un intreccio o combinazione di tre criteri e, precisamente, il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, lo svolgimento di attività riconosciute dal legislatore di interesse generale e, infine, una *governance* in grado di impedire la prevalenza di interessi prettamente privati su

[1] Così, M. RISPOLI FARINA, *Il codice del Terzo settore tra novità e contraddizioni*, in D. DI SABATO, O. NOCERINO (a cura di), *Il Terzo settore profili critici della riforma*, Napoli, 2019, 3; già, G. PONZANELLI, *Quali regole giuridiche per il terzo settore?*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 1996, 314, osserva come la crescita del *non profit* «conferm(i) il ruolo assolutamente trascurabile delle regole giuridiche sulla nascita e nella diffusione di nuovi fenomeni sociali». Sulla relazione fra le norme giuridiche ed il dinamismo naturale degli enti del Terzo settore, cfr. L. GORI, F. ZANDONAI, *I confini del Terzo settore: una mappa costantemente da riscrivere*, in *Impr. soc.*, 2018, 11 ss.

[2] Recentemente, è stato emanato il d. m. attuativo n. 106/2020.

[3] In tal senso, F. BOSETTI, *Il registro unico nazionale del terzo settore*, in M. GORGONI, *Il codice del terzo settore, Comm. al d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117*, Pisa, 2021, 361, secondo il quale «il d.lgs. n. 117/2017, istituendo il Registro unico nazionale del Terzo settore, ha inteso dar corpo ai numerosi auspici che da tempo si formulavano, ispirati ad un'esigenza di riordino e di semplificazione di un sistema pubblicitario frammentario» oltreché disorganico: auspici che rappresentavano, in realtà, solo una parte della più ampia necessità di una riforma dell'intera disciplina del Terzo settore. Com'è noto, ai sensi dell'art. 4 CTS, sono enti del terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore. L. GORI, *Terzo settore e costituzione*, Torino, 2022, 1, sottolinea la difficoltà di coniare una definizione di «Terzo settore». Nella letteratura internazionale ha avuto successo la qualificazione del Terzo settore come "*a loose and baggy monster*", ad indicare l'estrema complessità di definire i confini di un complesso di enti, attività e relazioni che si colloca in una zona intermedia fra lo Stato ed il mercato. L'espressione è di J. KENDALL, M. KNAPP, *A Loose and Baggy Monster. Boundaries, Definition and Typologies*, London, 1995, 66 ss. Cfr. anche A. ETZIONI, *The Third Sector and Domestic Missions*, in *Public Administration Review*, 1973, 314 ss., che parla al riguardo di «una terza alternativa, in effetti un terzo settore, è cresciuta tra il settore statale e quello del mercato», tra pubblico e privato.



quelli di più ampio respiro. Trattasi di una riforma intervenuta, peraltro, in un momento caratterizzato e segnato da una trasformazione importante, quella della *digitalizzazione*.

Sotto tale profilo, è la stessa riforma del terzo settore a richiedere agli enti *non profit* di inserirsi nel percorso di trasformazione digitale [4]: trasformazione finalizzata a colmare la carenza di una non immediata ed esponenzialmente incompleta disponibilità dei dati e ispirata a quella cultura dell'*accountability* [5] già da tempo invocata. L'obiettivo di trasparenza e di informazione mediante strumenti digitali nella gestione degli enti del terzo settore, infatti, permea in più punti la nuova normativa: basti pensare all'art. 14 che impone – ai Centri di servizio per il volontariato (Csv) e agli enti che abbiano ricavi, rendite, proventi o entrate superiori a centomila euro l'anno – l'obbligo di pubblicare *online* i bilanci sociali; o all'art. 41 che richiede alle reti associative l'utilizzo di strumenti (anche) informatici idonei a garantire conoscibilità e trasparenza in favore del pubblico e dei propri associati [6].

La "digitalizzazione", poi, investe anche la raccolta fondi e le donazioni: e se il CTS disciplina tale aspetto all'art. 7, indicando ancora una volta il principio di «trasparenza e correttezza nei rapporti con i sostenitori e il pubblico», crescono modalità nuove, spesso veicolate proprio dal *web*, come il *digital fundraising* o *crowdfunding* (raccolta fondi digitale).

Ma l'ambito nel quale il tema della trasparenza "digitale" presenta implicazioni sistematiche maggiormente rilevanti sul piano civilistico appare senz'altro quello della gestione informatica dei dati personali e dei temi connessi alla *privacy*: tutte le organizzazioni *non profit*, infatti, sono tenute ad ottemperare agli obblighi *privacy* scaturenti dal Reg. UE n. 679/2016 (c.d. GDPR, *General Data Protection Regulation*) [7] in quanto "titolari del trattamento", se svolgono anche una sola delle operazioni che concretano un trattamento di dati personali, decidendo la finalità e le modalità del trattamento stesso. Ed invero, ai sensi dell'art. 4 GDPR, l'ente del Terzo settore sarà "titolare di trattamento" ogniqualvolta effettui qualunque operazione applicata a dati personali come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, o anche solo la comunicazione, diffusione, messa a disposizione o interconnessione di dati con qualunque mezzo, incluso quello digitale: da qui, l'esigenza di verificare presupposti, limiti e condizioni di operatività delle norme del GDPR per gli enti del terzo settore, tenuti, in generale, ad eseguire una minuziosa mappatura dei dati personali trattati e dei soggetti interessati al fine di effettuare una valutazione dei rischi e verificare la corretta adozione di tutte le misure richieste dalla normativa in materia, per non incorrere nelle pesanti sanzioni di cui al Reg. EU n. 679/2016.

Da ultimo, le riflessioni sulla relazione tra digitalizzazione, protezione dei dati e terzo settore non possono concludersi senza volgere lo sguardo al Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS), non solo in quanto registro (per l'appunto) telematico [8], ma anche perché esso – finalizzato ad assicurare principalmente

---

[4] Gli strumenti informatici creano, infatti, un'infrastruttura di comunicazione e condivisione dei dati che permette ai volontari e agli operatori del TS di organizzarsi in modo efficiente, collaborare fra di loro e condividere i dati, pur non disponendo di un'infrastruttura informatica propria.

[5] Sul concetto di *accountability*, v. *infra* nt. n. 51.

[6] E più crescono le responsabilità, più aumentano gli obblighi di trasparenza: ai Csv, ad esempio si richiede di rispettare il principio di pubblicità e trasparenza nell'erogazione dei propri servizi, anche mediante modalità informatiche che ne assicurino la maggiore e migliore diffusione. Non ultimo il tema della pubblicazione dei contributi pubblici, il cui obbligo di pubblicazione sui propri siti è stato indicato dalla Legge sulla concorrenza n. 124/2017.

[7] Sulla protezione dei dati personali, cfr. *ex multis*, di recente, R. D'ORAZIO, G. D. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della* privacy *e* data protection, Milano, 2021.

[8] Il RUNTS, istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali in attuazione degli artt. 45 ss. del Codice del Terzo Settore, è il luogo digitale e telematico in cui reperire le seguenti informazioni sull'Ente del Terzo Settore (ETS): la denominazione,



la piena trasparenza degli ETS, da un lato e l'acquisto della qualifica di ETS, dall'altro – solleva un duplice ordine di questioni relative, rispettivamente, all'operatività o meno del GDPR per il trattamento dei dati degli enti raccolti nel RUNTS e alla configurabilità dell'iscrizione nel Registro come pubblicità costitutiva sia della qualifica di ETS sia dell'acquisto della personalità giuridica. Sotto il primo profilo, occorrerà muovere dal concetto di "persona" (fisica o anche giuridica) come presupposto soggettivo di applicazione della disciplina per la tutela dei dati personali; sotto il secondo profilo, se da un lato il CTS non ha abrogato né le disposizioni del libro primo del codice civile in materia di enti *non profit*, né quelle contenute nel d.P.R. n. 361/2000 sul registro delle persone giuridiche, dall'altro, a tali enti è riconosciuta non solo la facoltà di continuare ad operare nella veste di associazione, fondazione o comitato soggetto alle norme del codice civile e del d.P.R. n. 361/2000, ma altresì, *ex* art. 22 CTS, la possibilità di iscriversi al RUNTS attraverso un procedimento "agevolato", per ottenere sia la qualifica di ETS, sia – in deroga alle disposizioni del d.P.R. n. 361/2000 – la personalità giuridica: il che induce fondatamente ad indagare sulla scelta del CTS di mantenere in vita il doppio binario per il riconoscimento della personalità giuridica agli ETS (iscrizione nel Registro delle persone giuridiche, da una parte e iscrizione al RUNTS, dall'altra), ricercandone la *ratio* ed il possibile coordinamento.

2. – Se l'art. 6 del GDPR delinea le basi giuridiche del trattamento, l'art. 9 integra e specifica tali basi nel caso in cui il trattamento abbia ad oggetto categorie "particolari" di dati personali, prevedendo specifiche prescrizioni, come quelle dettate – al terzo comma – per organismi di tipo associativo, fondazioni, o altro ente senza scopo di lucro che tratti dati c.d. "particolari", o "sensibili" [9] secondo la vecchia etichetta: si pensi ai dati che rivelano le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, o in generale quelli relativi alla salute [10].

---

la forma giuridica, la sede legale e le eventuali sedi secondarie, la data di costituzione, l'oggetto dell'attività di interesse generale, il codice fiscale o la partita iva, il possesso della personalità giuridica e il patrimonio minimo, le generalità dei rappresentanti legali, le generalità dei soggetti che ricoprono cariche sociali e tutte le modifiche agli atti fondamentali dell'ente. Inoltre, nel RUNTS saranno riportati i rendiconti o i bilanci d'esercizio e il bilancio sociale. Il RUNTS è composto da sette sezioni, una per ogni tipologia di ETS: organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale, enti filantropici, imprese sociali, reti associative, società di mutuo soccorso. Gli aspiranti enti che vogliono iscriversi a una delle sezioni del RUNTS devono essere in possesso di un corredo digitale minimo che comprende l'identità digitale del legale rappresentante (Spid o Cie), la firma digitale e un indirizzo Pec. Sottolinea il particolare impatto dell'adozione del RUNTS, con le implicazioni che tagliano trasversalmente una molteplicità di profili (costituzione, controlli, preservazione dell'autonomia e *accountability* degli ETS; attuazione dell'art. 118 Cost.), M. GORGONI (a cura di), *Codice del terzo settore. Commento al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117* (Seconda edizione aggiornata con il DM 15 settembre 2020), Pisa, 2021; cfr., anche, A. MAZZULLO, *Il nuovo codice del terzo settore. Profili civilistici e tributari*, Torino, 2017; L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022, 161 ss.; A. FICI, *Profili e principi generali della riforma del Terzo settore*, in AA.VV., *Dalla parte del Terzo settore*, Roma-Bari, 2019, 18 ss.; C. GRANELLI, *Impresa e terzo settore: un rapporto controverso*, in *juscivile*, 2018, 5.

[9] Il GDPR contiene, all'art. 9, una definizione di "categorie particolari di dati personali", che comprendono: i dati che rivelano "l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale"; i dati biometrici e genetici atti ad identificare in modo univoco una persona fisica; dati sanitari (e cioè i dati relativi alla salute) o quelli relativi alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona.

[10] Pensiamo, ad esempio, alle associazioni che operano per un fine di assistenza sociale o socio-sanitaria, che trattano dati relativi alla salute. Le ODV e gli ETS in generale possono facilmente disporre di dati "particolari" (sensibili): quelli dei beneficiari dell'attività sociale, quando operano proprio nei settori che il legislatore considera più delicati, come ad esempio l'ambito sanitario e della salute (ad es. chi lavora con malati, soggetti portatori di *handicap* o tossicodipendenti, ma anche con anziani portatori di patologie), l'ambito religioso o caratterizzato ideologicamente in senso politico, ma anche filosofico (ad es. un'associazione espressamente e "istituzionalmente" pacifista o antiproibizionista), l'ambito dell'appartenenza etnica (es. associazioni che lavorano con i nomadi o migranti).



Più precisamente, l'art. 9 GDPR presenta una «struttura bifasica» [11], ponendo, da un lato, il divieto generale di trattare categorie "particolari" e individuando al tempo stesso, dall'altro, una serie di eccezioni a tale divieto: una delle deroghe al divieto generale di trattamento dei dati "particolari" è costituita proprio dall'ipotesi in cui il trattamento sia finalizzato al perseguimento di scopi determinati e legittimi, individuati nell'atto costitutivo, nello statuto o nel contratto collettivo della fondazione, dell'associazione o di altro organismo *non profit*. Alla luce dell'astratta meritevolezza delle finalità perseguite e delle funzioni svolte dagli enti del terzo settore, il legislatore ha quindi operato *ex ante* una valutazione di legittimità del trattamento dei dati "particolari" là dove associazioni, fondazioni e in generale enti del terzo settore perseguano, (anche) mediante il trattamento stesso, le loro finalità istituzionali, civiche, solidaristiche e di utilità sociale. In altri termini, trattasi di uno di quei casi in cui al consenso dell'interessato si sostituiscono, quali basi giuridiche per il trattamento delle categorie particolari di dati, esigenze diverse ritenute prevalenti rispetto alla posizione dell'interessato e, nella specie, rappresentate dallo svolgimento di attività da parte di enti senza finalità lucrativa per il perseguimento di scopi politici, filosofici, religiosi, culturali, socioassistenziali, umanistici.

Gli organismi del terzo settore (associazioni non riconosciute, partiti, organizzazioni assistenziali e di volontariato, fondazioni) potranno quindi trattare i dati per così dire "sensibili", anche senza il consenso dell'interessato, a condizione però che, dal punto di vista soggettivo, il trattamento riguardi unicamente i membri, gli *ex* membri o le persone con regolari contatti con gli organismi del terzo settore e i dati personali non vengano comunicati all'esterno: in sostanza, l'ente potrà trattare i dati "particolari" senza il consenso dell'interessato allorché il trattamento abbia carattere meramente interno.

Dal punto di vista oggettivo, poi, perché tale trattamento sia lecito, dovrà perseguire scopi determinati e legittimi indicati nello statuto, nell'atto costitutivo o nei contratti collettivi [12]: ciò, in ossequio al principio c.d. di finalità, sancito dall'art. 5, lett. b) del Regolamento UE come uno dei fondamenti del trattamento e alla cui stregua la raccolta dei dati e il loro successivo utilizzo devono avere precise e determinate finalità, che vanno comunicate all'interessato e rispettate. Per gli ETS le finalità del trattamento dei dati tendenzialmente coincidono o sono comprese negli scopi istituzionali indicati nello statuto [13].

V'è di più. In quanto titolari di trattamento, gli ETS dovranno predisporre, per tutte le categorie di interessati – e quindi per i soggetti di cui vengono trattati i dati (associati, dipendenti, relativi familiari, donatori, fornitori, beneficiari, volontari, ecc.) – le relative informative, redatte secondo le indicazioni del Regolamento. Lo scopo è quello di informare, appunto, gli interessati sul tipo di dati oggetto di trattamento, sulle modalità e sui tempi di conservazione o sui destinatari, ecc. [14]. In particolare, l'art. 12 GDPR – rubricato come

---

[11] Così, R. TUCCILLO, *Art. 9 GDPR*, in A. BARBA, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone*, vol. II, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario codice civile*, Milano, 2019, 153.

[12] Le finalità perseguibili potranno e dovranno naturalmente avere natura religiosa, culturale, politica, sindacale, sportiva, di istruzione, formazione, tutela dell'ambiente, beneficenza, assistenza sociale o socio-sanitaria, ecc… Sul punto, cfr. ancora R. TUCCILLO, *op. cit.*, 169. È stata l'Autorità Garante della Privacy a chiarire e a circoscrivere, con provvedimenti nn. 3/2016 e 146/2019 l'ambito di applicazione della disposizione *de qua*, sia dal punto di vista soggettivo sia oggettivo.

[13] Anche se lo statuto è spesso generico e le finalità del trattamento, come vedremo (v., *infra*, in questo §), vanno specificate nell'informativa. Quindi, ad esempio, quando l'associazione raccoglie i dati comuni dei suoi associati per inserirli nel libro soci, per inviare a casa la corrispondenza o il giornalino dell'associazione e comunque per averne la reperibilità, o raccoglie i dati dei beneficiari dell'attività per garantire il servizio, non potrà senza l'autorizzazione e/o l'informazione specifica ai soci/beneficiari usare tali dati per scopi diversi da quelli istituzionali: così, non potrà comunicare il nome e l'indirizzo o altre informazioni a terzi per *marketing*, iniziative commerciali o comunque per scopi che non riguardano l'ente.

[14] Il GDPR (art. 12, comma 1) prevede che l'informativa sia concisa, trasparente, comprensibile, facilmente accessibile e di linguaggio semplice e chiaro e sia fornita "per iscritto o con altri mezzi" e anche "se del caso, con mezzi elettronici" e anche oralmente, "se richiesto dall'interessato". L'informativa deve contenere: l'identità e i dati di contatto del titolare del trattamento e, ove applicabi-



«trasparenza e modalità» – detta le regole generali operanti per l'obbligo di informazione agli interessati alla luce del principio di trasparenza espressamente sancito e relativo tanto alla fase prodromica del trattamento, quanto a quella successiva in cui i dati vengano effettivamente trattati. Gli ETS, in forza dell'art. 12 GDPR, saranno così tenuti a fornire informazioni concise, trasparenti, intellegibili e facilmente accessibili, in forma scritta o ancora una volta con mezzi elettronici, purché adeguati alle circostanze e alle modalità di interazione – tra ente titolare del trattamento e interessato – o alle modalità di raccolta delle informazioni medesime.

Con specifico riferimento ai mezzi elettronici, nel caso di utilizzo da parte dell'ente di un sito *internet*, il Gruppo di lavoro Articolo 29 [15] ha raccomandato l'uso di informazioni stratificate che consentano di consultare le sezioni specifiche dell'informativa sulla *privacy*, contestualmente ed in aggiunta ad un unico documento completo in formato digitale al quale gli interessati possano accedere altrettanto facilmente, qualora intendano consultare le informazioni di cui sono destinatari nella loro interezza. Uno degli strumenti di maggiore novità in tema di informazione e di trasparenza è rappresentato proprio dalla possibilità per i titolari di trattamento, e quindi anche per gli ETS, di fornire le informazioni *ex* artt. 13 e 14 GDPR in combinazione con icone standardizzate, presentate elettronicamente e in grado di aumentare la trasparenza, offrendo un quadro facilmente accessibile, intellegibile e chiaro del trattamento previsto.

Per quanto riguarda, poi, i soggetti (ad es. volontari, segretari, personale amministrativo, persone che si occupino del *data entry* nell'anagrafica dei volontari e così via.) che, internamente all'ente, hanno accesso ai dati personali, l'ente (titolare del trattamento) dovrà *ex* art. 29 GDPR istruirli *ad hoc* sulle modalità del trattamento [16]. Il GDPR, diversamente dalla disciplina contenuta nel Codice *Privacy*, non prevede espressamente la figura dell'"incaricato", ma neppure la esclude, là dove fa riferimento, proprio nell'art. 29, a «persone autorizzate al trattamento sotto l'autorità diretta del titolare o del responsabile»: chiunque, all'interno o all'esterno dell'organizzazione, svolga questa attività dovrà essere sempre adeguatamente informato e istrui-

---

le, del suo rappresentante; i dati di contatto del responsabile della protezione dei dati (Data Protection Officer o DPO), ove nominato; le finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali nonché la base giuridica del trattamento; qualora il trattamento si basi sull'articolo 6, paragrafo 1, lettera f) (esistenza di un "legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi" che non leda i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato), i legittimi interessi perseguiti dal titolare del trattamento o da terzi; gli eventuali destinatari o le eventuali categorie di destinatari dei dati personali; ove applicabile, l'intenzione del titolare del trattamento di trasferire dati personali a un paese terzo o a un'organizzazione internazionale e l'esistenza o l'assenza di una decisione di adeguatezza della Commissione o, nel caso dei trasferimenti di cui all'articolo 46 o 47, o all'articolo 49, secondo comma, il riferimento alle garanzie appropriate o opportune e i mezzi per ottenere una copia di tali dati o il luogo dove sono stati resi disponibili. Inoltre, la stessa informativa deve contenere: il periodo di conservazione dei dati personali oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo; l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento l'accesso ai dati personali e la rettifica o la cancellazione degli stessi o la limitazione del trattamento che lo riguardano o di opporsi al loro trattamento, oltre al diritto alla portabilità dei dati; qualora il trattamento sia basato sul consenso prestato dall'interessato (ai sensi dell'6, comma 1, lett. a e art. 9, comma 2, lett. a del GDPR), l'esistenza del diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza però pregiudicare la liceità del trattamento effettuato sulla base del consenso prestato prima della revoca; il diritto di proporre reclamo al Garante della Protezione dei Dati Personali; se la comunicazione di dati personali è un obbligo legale o contrattuale oppure un requisito necessario per la conclusione di un contratto, e se l'interessato ha l'obbligo di fornire i dati personali nonché le possibili conseguenze della mancata comunicazione di tali dati; l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, commi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato.

[15] Com'è noto, il Gruppo di lavoro "Articolo 29" (Art. 29 WP), poi sostituito dallo *European Data Protection Board* (EDPB), era il gruppo di lavoro europeo indipendente che, fino al 25 maggio del 2018 (entrata in vigore del GDPR) aveva lo scopo di occuparsi di questioni interpretative relative alla protezione della vita privata e dei dati personali.

[16] Art. 29 GDPR: «il responsabile del trattamento, o chiunque agisca sotto la sua autorità o sotto quella del titolare del trattamento, che abbia accesso a dati personali non può trattare tali dati se non è istruito in tal senso dal titolare del trattamento, salvo che lo richieda il diritto dell'Unione o degli Stati membri».



to su come trattare i dati. Trattasi di un adempimento di carattere generale, relativo alla formazione dei soggetti per così dire "incaricati" (secondo la vecchia terminologia) ed anche questo chiaramente ispirato ad un altro dei principi fondamentali sanciti dall'art. 5 Reg. UE n. 679/2016 e, in particolare, quelli di «integrità e riservatezza» (lett. f) che per l'appunto impone (nella specie, all'ente) di trattare i dati in modo da garantire anche indirettamente, e cioè attraverso soggetti diversi dall'ente, la medesima sicurezza dei dati e impedire violazioni nel trattamento degli stessi. La sicurezza dei dati non può infatti prescindere da un'accurata istruzione dei soggetti che materialmente trattano i dati personali [17].

Tutti i soggetti per così dire "esterni" all'ente, ossia che trattino o possano trattare dati personali per conto dell'ente stesso (come consulenti, professionisti, altre organizzazioni, soggetti che si occupano della gestione e manutenzione di *software* ecc.) dovranno non soltanto essere istruiti dall'ente del terzo settore, in quanto titolare del trattamento, ma altresì stipulare con quest'ultimo un vero e proprio contratto *ex* art. 28 del Regolamento, che disciplina le modalità con cui devono essere trattati i dati [18]: un contratto scritto, per lo più in forma digitale, dal contenuto predeterminato dalla norma stessa e per effetto del quale il soggetto "esterno" (consulente, professionista, altra organizzazione, soggetto che si occupa della gestione e manutenzione di *software* ecc.) agirà per conto dell'ente del terzo settore titolare del trattamento [19].

Proprio in questi termini, sembra legittimo risolvere l'*impasse* interpretativo scaturente dal combinato disposto degli artt. 28 e 29 GDPR alla cui stregua, rispettivamente, «qualora un trattamento debba essere effettuato per conto del titolare del trattamento, quest'ultimo ricorre unicamente a responsabili del trattamento» con i quali ha l'obbligo di stipulare «un contratto […] *sulla* durata del trattamento, natura e finalità, tipo di dati trattati e categorie di interessati […]» (art. 28) e «il responsabile del trattamento, o chiunque agisca sotto la sua autorità o sotto quella del titolare del trattamento, che abbia accesso a dati personali non può trattare tali dati se non istruito in tal senso dal titolare del trattamento» (art. 29). In sostanza, se è vero che il contratto *ex* art. 29 GDPR va stipulato (non con chiunque, ma) soltanto con chi effettui il trattamento per conto dell'ente titolare del trattamento, è altrettanto vero che chiunque abbia accesso ai dati personali, a prescindere dal contratto *ex* art. 29 GDPR, dovrà comunque essere adeguatamente edotto ed istruito dal titolare del trattamento per poter trattare i dati.

---

[17] Sull'argomento, cfr. M. Massimi, *Art. 29 GDPR*, in A. Barba, S. Pagliantini (a cura di), *op. cit*., 574.

[18] Art. 28 GDPR, comma 3: «I trattamenti da parte di un responsabile del trattamento sono disciplinati da un contratto o da altro atto giuridico a norma del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che vincoli il responsabile del trattamento al titolare del trattamento e che stipuli la materia disciplinata e la durata del trattamento, la natura e la finalità del trattamento, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, gli obblighi e i diritti del titolare del trattamento. Il contratto o altro atto giuridico prevede, in particolare, che il responsabile del trattamento […]». E. Maio, *Art. 28 GDPR*, in A. Barba, S. Pagliantini (a cura di), *Delle persone*, cit., 566 s. sottolinea come la norma sia strutturata sul modello tedesco (§ 11 BDSG), probabilmente per la puntualità della normativa tedesca rispetto alle altre, garanzia di una maggiore efficienza nella protezione dei dati personali dell'interessato e di una limitata discrezionalità dei soggetti coinvolti nel trattamento dei dati.

[19] Si pensi, a titolo esemplificativo, ad un birrificio con molti dipendenti. Firma un contratto con una società addetta all'elaborazione delle buste paga per pagare gli stipendi. Il birrificio indica a tale società quando deve essere pagato lo stipendio, quando un dipendente lascia l'azienda o ottiene un aumento di stipendio, e fornisce tutti gli altri dati per le buste paga e i pagamenti. La società fornisce il sistema informatico e conserva i dati dei dipendenti. Il birrificio è il titolare del trattamento e la società addetta all'elaborazione delle buste paga è il responsabile del trattamento. Nonostante, infatti, i cambiamenti introdotti dal Nuovo Regolamento UE 2016/679 (GDPR, Regolamento Generale sulla protezione dei dati), le basi normative introdotte dal Codice della *Privacy* (d.lgs. n. 196/2003) rimangono invariate. La terminologia del nuovo Regolamento, da questo punto di vista, si allinea alla normativa nazionale. Le figure coinvolte nel trattamento dei dati sono sempre le stesse: si parla di titolare, responsabile (sostanzialmente corrispondente all'incaricato del trattamento), sia a livello comunitario che a livello nazionale. Il Regolamento definisce, infatti, caratteristiche soggettive e responsabilità del titolare e del responsabile del trattamento negli stessi termini di cui alla direttiva 95/46/CE (e, quindi, al Codice italiano). La disciplina europea ha tuttavia introdotto alcune novità significative, volte a rafforzare la tutela del diritto alla *Privacy* e, di conseguenza, i diritti degli interessati.



Tutto ciò, sempre e ancora una volta, nel rispetto dei principi generali del Regolamento sanciti dall'art. 5 del GDPR. In particolare, in forza del c.d. principio di "limitazione delle finalità", le ODV, gli ETS, o in generale, le «persone (*da loro*) autorizzate al trattamento dei dati personali sotto l'autorità diretta del titolare o del responsabile» (*ex* art. 4, n. 10, GDPR) dovranno raccogliere, trattare ed utilizzare i dati compatibilmente ed esclusivamente per finalità determinate, esplicite e legittime: finalità che, di norma e come già sottolineato, coincideranno con quelle dell'ente stesso indicate nello statuto o nell'atto costitutivo. In tale contesto, il profilo di maggiore criticità attiene alla compatibilità o meno del trattamento effettuato (nella specie) da un ETS con le c.d. finalità ulteriori. Se è vero che gli ETS possono, *ex* art. 6 del codice del terzo settore, esercitare attività secondarie e strumentali rispetto a quelle di interesse generale tipizzate nell'art. 5 CTS, purché esplicitamente individuate nello statuto o nell'atto costitutivo, sembra legittimo fondare anche la valutazione di compatibilità [20] del trattamento per fini ulteriori proprio sul rapporto di strumentalità delle finalità ulteriori rispetto a quelle iniziali. Ed invero l'art. 5, lett. b, GDPR ritiene compatibile con le finalità iniziali «un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici» [21].

---

[20] Per stabilire la compatibilità della nuova finalità occorre tenere conto, tra l'altro, di ogni nesso tra le finalità per cui i dati personali sono stati raccolti e le finalità dell'ulteriore trattamento previsto; del contesto in cui i dati personali sono stati raccolti, in particolare relativamente alla relazione tra l'interessato e il titolare del trattamento; della natura dei dati personali, specialmente se siano trattate categorie particolari di dati personali ai sensi dell'articolo 9, oppure se siano trattati dati relativi a condanne penali e a reati ai sensi dell'articolo 10; delle possibili conseguenze dell'ulteriore trattamento previsto per gli interessati; dell'esistenza di garanzie adeguate, che possono comprendere la cifratura o la pseudonimizzazione: in tal senso, cfr. D. ACHILLE, *Art. 5*, in A. BARBA, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone*, cit., 109. È possibile rinvenire alcune importanti linee guida in merito al compimento della valutazione di compatibilità delle finalità nell'*Opinion* 3/2013 dell'Art. 29 *Data Protection Working Party* – sebbene si tratti di un'*opinion* scritta sotto la vigenza della Direttiva 95/46/CE, è comunque utile ripercorrere i termini del "*compatibility assessment*", coniugandolo con le attuali previsioni del GDPR. In particolare, in tale parere, viene affermato che il (determinante) test di compatibilità debba preferibilmente fondarsi su una valutazione sostanziale (piuttosto che formale, per natura eccessivamente rigida, benché, a prima vista, maggiormente obiettiva e neutrale), la quale, capace di andare oltre agli aspetti meramente formalistici, si basa sulla valutazione dei seguenti (utili e noti) criteri, divenendo, così, un metodo flessibile, pragmatico e maggiormente efficace: il rapporto tra la finalità per la quale i dati sono stati raccolti e la finalità ulteriore di trattamento, sicché l'attenzione deve concentrarsi sul rapporto sostanziale tra le due finalità (originaria ed ulteriore) di trattamento, onde così comprendere se sussiste una situazione in cui l'ulteriore trattamento fosse già (più o meno) implicito nella finalità iniziale ovvero assunto come una fase logica successiva del trattamento in base a tale finalità; in secondo luogo, il contesto in cui i dati sono stati raccolti, e la (ragionevole) aspettativa del soggetto interessato in merito al loro ulteriore utilizzo e al fine di valutare la ragionevole aspettativa del soggetto interessato, è necessario tenere in considerazione la natura del rapporto tra l'interessato e il relativo titolare del trattamento, lo *status* di quest'ultimo nonché la base giuridica su cui si è fondata la finalità di trattamento originaria, onde così comprendere il grado di sorpresa dell'interessato e l'eventuale squilibrio, ai danni dello stesso, nel relativo rapporto; la natura dei dati e l'impatto dell'ulteriore trattamento sul soggetto interessato. Tale terzo fattore esprime un comune approccio, giacché la normativa in parola è stata progettata ed è volta a proteggere le persone fisiche contro l'impatto di un uso improprio ovvero eccessivo dei dati personali: in merito, viene, dunque, ricordato che più sensibili sono le informazioni personali coinvolte, più ristretto è, di conseguenza, l'ambito di un utilizzo compatibile. Infine, rilevano le garanzie applicate dal titolare del trattamento al fine di determinare un trattamento corretto e prevenire un qualsiasi indebito impatto sul soggetto interessato: in merito, il WP 29 ha precisato che la sussistenza di adeguate misure aggiuntive possono essere idonee, in linea di principio, a compensare l'ulteriore finalità di trattamento ovvero il fatto che essa non sia stata chiaramente specificata all'inizio, così come *ex lege* richiesto.

[21] Tale tipo di trattamento, comunque, deve essere realizzato in base ad apposite garanzie, come previste dall'art. 89 GDPR, al fine di tutelare i diritti degli interessati. Le garanzie, ovviamente, sono date dalle misure di sicurezza (tra le quali si può includere la pseudonimizzazione) e il rispetto della minimizzazione dei dati. Il novellato Codice *Privacy* (art. 110-*bis*), poi, stabilisce che l'Autorità di controllo può autorizzare il trattamento ulteriore dei dati per fini di ricerca scientifica o per finalità statistiche da parte di soggetti che svolgano principalmente tali attività, qualora l'informazione agli interessati risultasse impossibile o implicasse uno sforzo sproporzionato, però a condizione che vengano adottate misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi degli interessati, ivi incluse forme preventive di minimizzazione e di anonimizzazione dei dati. Peraltro, il WP 29 ha sottolineato che, in via potenziale, possono sussistere tre differenti scenari: la compatibilità è *prima facie* ovvia e, quindi, un ulteriore trattamento può



Nonostante l'ente titolare del trattamento sia dunque chiamato a prevedere *ex* ante e in modo specifico le finalità cui attenersi nello svolgimento delle operazioni di trattamento, non è escluso lo svolgimento di trattamenti ulteriori per scopi diversi: ciò può avvenire nella misura in cui le finalità ulteriori siano "compatibili" rispetto alle finalità per le quali i dati sono stati inizialmente raccolti [22].

Al riguardo, la formulazione dell'art. 5, lett. b, GDPR risulta "ambigua", dal momento che non è sufficientemente chiaro quali siano le finalità del trattamento "compatibili" rispetto a quelle della raccolta. L'unica certezza chiaramente espressa dal legislatore europeo è, per l'appunto, che «un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è […] considerato incompatibile con le finalità iniziali» [23]: così, ad esempio, non costituirà trattamento ulteriore quello effettuato a fini di ricerca di dati raccolti per l'attività clinica da parte di un ente di ricovero e cura a carattere scientifico in ragione del carattere strumentale dell'attività di assistenza sanitaria svolta da tale ente rispetto alla ricerca. In caso contrario, e cioè nell'ipotesi di incompatibilità del trattamento ulteriore con le finalità originarie per le quali il trattamento è stato autorizzato, l'ente dovrà agire in virtù di un'autonoma base giuridica ai sensi dell'art. 6 GDPR [24].

Altrettanto dubbia è la natura meramente esemplificativa o tassativa del riferimento alle suddette finalità ulteriori specificamente menzionate dal legislatore europeo come "compatibili". La soluzione di tale quesito non sembra poter prescindere da una lettura dell'art. 5, lett. b, GDPR in combinato disposto con il successivo art. 6, comma 4 e con il considerando n. 50 [25]: sicché l'ente del terzo settore potrà trattare i dati personali per

---

essere ritenuto compatibile, in quanto i dati sono trattati per raggiungere, in un modo consueto, le finalità specificate al momento della raccolta; oppure la compatibilità non è ovvia e, dunque, necessita di un ulteriore analisi per verificare la sussistenza di una connessione tra lo scopo specificato ed il modo in cui i dati vengono successivamente elaborati. In altri termini, gli scopi sarebbero correlati, ma non completamente corrispondenti. Infine, l'incompatibilità è ovvia e i dati vengono elaborati in un modo o per scopi aggiuntivi che una persona ragionevole riterrebbe inaspettati, inappropriati o altrimenti discutibili: il trattamento non soddisfa, senz'altro, le aspettative dell'interessato. L'allegato 4, poi, contiene ulteriori esempi pratici – da casi semplici e diretti a casi più complessi – che illustrano come può essere effettuata una valutazione di compatibilità sostanziale. I vari esempi includono, tra gli altri, l'elaborazione di dati nell'ambito del *marketing*, le telecamere a circuito chiuso, il trasferimento dei risultati della visita medica pre-assunzione, l'uso di algoritmi per prevedere la gravidanza delle clienti dalle abitudini di acquisto, l'uso di posizioni di telefoni cellulari per informare sulle misure di moderazione del traffico, sull'uso dei registri dei nominativi dei passeggeri, sul trattamento dei dati di misurazione intelligente a fini fiscali o per rilevare un uso fraudolento o sull'applicazione della direttiva sulla conservazione dei dati.

[22] Nel pieno rispetto del ben noto principio di *accountability*, l'ente titolare del trattamento sarà poi chiamato a comprovare di aver agito conformemente al principio di finalità, sulla base di un'attenta valutazione in merito alla compatibilità degli scopi ulteriori del trattamento, così come richiesto ai sensi del combinato disposto degli artt. 5, lett. b e 6, comma 4, GDPR. Più precisamente, il GDPR prevede espressamente che sia possibile ampliare le finalità iniziali del trattamento e che la valutazione in merito alla loro "non incompatibilità", ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, comma 4, sia rimessa al titolare e a lui soltanto, rientrando nella sua *accountability* l'esser in grado di dimostrare che il trattamento sia in ogni caso avvenuto nel pieno rispetto della normativa applicabile in materia di protezione dei dati personali.

[23] Norma, questa, che va letta in combinato disposto con l'attuale formulazione dell'art. 110-*bis* del d.lgs. n. 196/2003, come da ultimo emendato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, alla cui stregua l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali può autorizzare il trattamento ulteriore dei dati per fini di ricerca scientifica o per finalità statistiche da parte di soggetti che svolgano principalmente tali attività, allorché informare gli interessati risultasse impossibile o implicasse uno sforzo sproporzionato e a condizione che vengano adottate misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi degli interessati, ivi incluse forme preventive di minimizzazione e di anonimizzazione dei dati.

[24] Sull'argomento, cfr. F. RESTA, *Art.5*, in RICCIO, SCORZA, BELLISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy*, Vicenza, 2018, 51 ss. e, in particolare, 58.

[25] Considerando n. 50) del GDPR: «Il trattamento dei dati personali per finalità diverse da quelle per le quali i dati personali sono stati inizialmente raccolti dovrebbe essere consentito solo se compatibile con le finalità per le quali i dati personali sono stati inizialmente raccolti. In tal caso non è richiesta alcuna base giuridica separata oltre a quella che ha consentito la raccolta dei dati personali […] L'ulteriore trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse, o di ricerca scientifica o storica o a fini statistici dovrebbe essere considerato un trattamento lecito e compatibile. La base giuridica fornita dal diritto dell'Unione o degli Stati membri per il



finalità ulteriori, non limitate a quelle di archiviazione nel pubblico interesse, o di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, ma ritenute in generale *compatibili* con quelle originarie, alla luce del contesto in cui i dati personali sono stati raccolti e in particolare delle ragionevoli aspettative dell'interessato, della natura dei dati personali, delle conseguenze dell'ulteriore trattamento previsto per gli interessati e, infine, dell'esistenza di garanzie adeguate sia nel trattamento originario sia nell'ulteriore trattamento previsto [26].

Alla luce, poi, del principio di "minimizzazione e proporzionalità", anch'esso sancito dall'art. 5 GDPR, le ODV e in generale gli ETS non potranno acquisire informazioni e dati ultronei rispetto a quelli necessari per il raggiungimento dello scopo del trattamento: essi devono cioè assicurarsi che i dati raccolti siano adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto a quanto necessario per il perseguimento delle finalità per cui sono raccolti. Ci si intende riferire, in particolare, all'ipotesi assai frequente nella prassi di un'associazione che sottoponga agli utenti o a coloro che entrano in contatto con l'ente moduli nei quali conferire un numero o tipologie di dati eccessivi rispetto alle finalità (es. nelle richieste di iscrizione alla *newsletter*, o nella domanda di partecipazione ad un evento o a un seminario sono da considerarsi certamente ultronei la residenza, la data di nascita e il codice fiscale, o due recapiti telefonici, ecc.). In tali casi, occorrerà di volta in volta valutare quali siano i dati strettamente indispensabili per fornire il servizio richiesto e sarà certamente possibile, nello stesso modulo (o *format* di iscrizione ad un corso), proporre all'interessato di conferire i dati ulteriori e di fornire il consenso al trattamento per i diversi servizi cui voglia accedere [27].

Considerazioni pressoché analoghe valgono per il principio della c.d. "limitazione della conservazione", alla cui stregua gli ETS, in quanto titolari di trattamento, dovranno conservare i dati per un periodo di tempo non superiore a quello necessario per il raggiungimento delle finalità per cui sono stati raccolti, a meno che la conservazione non avvenga, ancora una volta, per fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici. In siffatto contesto, appare opportuno interrogarsi sulla possibilità per gli ETS di conservare, e conseguentemente trattare, i dati personali dei propri associati anche dopo che essi abbiano lasciato l'ente. Il GDPR, all'art. 9 comma 2 lett. d), come già rilevato, consente l'utilizzo dei dati (anche sensibili) degli *ex* soci senza specifico consenso, se tale utilizzo è svolto nell'ambito dell'attività dell'associazione e con adeguate garanzie (di protezione dei dati), con divieto però di comunicazione all'esterno (per tale comunicazione ci vuole il consenso specifico dell'*ex* socio) [28]: sicché il trattamento dei

---

trattamento dei dati personali può anche costituire una base giuridica per l'ulteriore trattamento. Per accertare se la finalità di un ulteriore trattamento sia compatibile con la finalità per la quale i dati personali sono stati inizialmente raccolti, il titolare del trattamento dovrebbe, dopo aver soddisfatto tutti i requisiti di liceità del trattamento originario, tener conto tra l'altro di ogni nesso tra tali finalità e le finalità dell'ulteriore trattamento previsto, del contesto in cui i dati personali sono stati raccolti, in particolare le ragionevoli aspettative dell'interessato in base alla sua relazione con il titolare del trattamento con riguardo al loro ulteriore utilizzo; della natura dei dati personali; delle conseguenza dell'ulteriore trattamento previsto per gli interessati; e dell'esistenza di garanzie adeguate sia nel trattamento originario sia nell'ulteriore trattamento previsto […]».

[26] L'ETS potrà inoltre trattare i dati per finalità ulteriori anche *incompatibili* rispetto a quelle originarie, purché l'interessato abbia prestato il proprio consenso ovvero il trattamento si basi su un atto legislativo dell'Unione o degli Stati membri, che costituisca una misura necessaria e proporzionata per la salvaguardia, in particolare, degli importanti obiettivi di interesse pubblico generale di cui all'art. 23, comma 1, GDPR.

[27] Ad esempio, chi partecipa ad un corso organizzato da un'associazione acconsentirà facilmente a che il suo indirizzo *mail* sia inserito nella *newsletter* che lo avverta di nuovi eventi formativi.

[28] Peraltro, in applicazione del principio di proporzionalità e minimizzazione dei dati, i dati "trattenuti" dall'associazione dopo l'uscita del socio dovranno però essere strettamente inerenti alle specifiche attività "residue" (es. invio della *newsletter*, convocazione per gli anniversari, ecc.), e quindi potranno, per esempio, ridursi al nominativo e all'indirizzo *mail*. Quanto, poi, alla protezione dei dati in senso stretto, essa è assicurata all'interessato (c.d. *data subject*) attraverso l'esercizio dei diritti indicati dagli articoli da 15 a 22 del GDPR: là dove "soggetti interessati" sono anche gli stessi associati/volontari, e non solo i soggetti esterni all'ETS. In base a tali articoli l'interessato può infatti chiedere al Titolare, cioè all'ente *non profit* di avere conferma che l'ente utilizzi i suoi dati e di



dati degli *ex* soci, ammesso dal Regolamento, ha carattere meramente interno. In particolare, l'Autorità Garante della Privacy [29] ha non solo precisato che, prima di iniziare o proseguire il trattamento, i sistemi informativi e i programmi informatici utilizzati dagli enti devono essere configurati in guisa da ridurre al minimo l'utilizzazione di dati personali identificativi e da escluderne il trattamento ogniqualvolta le finalità perseguite nei singoli casi possano essere realizzate mediante dati anonimi o opportune modalità che permettano di identificare l´interessato solo in caso di necessità; ma ha altresì circoscritto l'ambito di applicazione della disposizione sia dal punto di vista soggettivo, sia oggettivo.

Sotto il primo profilo, il provvedimento chiarisce che il trattamento potrà essere operato da associazioni, organizzazioni assistenziali e di volontariato, fondazioni, comitati, consorzi e organismi senza scopo di lucro: in sostanza, gli enti del terzo settore. Sotto il secondo profilo, il trattamento dovrà perseguire scopi determinati e legittimi di natura religiosa, culturale, politica, sportiva, di formazione e istruzione, tutela e valorizzazione dell'ambiente e del patrimonio culturale, di salvaguardia dei diritti civili, di beneficenza e assistenza sociale o sociosanitaria: in altri termini, tutte quelle attività c.d. di «interesse generale» per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale indicate nel codice del terzo settore, all'art. 5.

Ma il principio di limitazione della conservazione dei dati e l'interrogativo posto, ossia la possibilità o meno per gli ETS di conservare, e conseguentemente trattare, i dati personali dei propri associati anche dopo che essi abbiano – per qualunque ragione o evento – lasciato l'ente, a ben vedere, involge (anche) per gli ETS la più ampia e *vexata quaestio* della gestione del patrimonio digitale per il tempo in cui una persona, nella specie il membro dell'ente, avrà cessato di vivere: questione complessa stante soprattutto l'inadeguatezza degli istituti tradizionali che, seppur adattati alle peculiari caratteristiche del mondo digitale, restano ancorati ad un sistema pensato e sviluppatosi per una realtà ed un contesto socio-economico profondamente diversi e che necessita, quindi, di essere rimeditato alla luce dell'incessante evoluzione digitale, che caratterizza e condiziona ormai la nostra epoca in ogni aspetto, anche quello oltre la morte fisica dell'individuo. Limitandoci in questa sede agli aspetti più strettamente inerenti alla relazione tra digitalizzazione e terzo settore, va osservato come la rilevanza giuridica della questione del trattamento postumo dei dati da parte dell'ETS [30] sia principalmente riconducibile alla circostanza che i dati rappresentano una por-

---

sapere quali siano questi dati; di conoscere l'origine dei dati (cioè come e da chi l'ETS li ha acquisiti), le finalità del trattamento, i soggetti a cui i dati vengono comunicati e il periodo di conservazione dei dati; di rettificare (correggere o integrare) i dati inesatti o incompleti (es. cambio di indirizzo o dello stato civile, aggiornamento del curriculum, ecc.); di cancellare i dati (cd. diritto "all'oblio") quando il trattamento non è più necessario per il raggiungimento delle finalità per cui sono stati raccolti, o in caso di revoca del consenso, o in caso di trattamento illecito o negli altri casi previsti dall'art. 17 GDPR; ottenere una "limitazione del trattamento" nei casi previsti dall'art. 18 GDPR; di poter trasferire i dati ad un altro titolare (diritto "alla portabilità dei dati"); di opporsi al trattamento dei suoi dati, anche se svolto correttamente dall'associazione, se sussistono "motivi particolari" (cioè particolari e valide ragioni: ad esempio se ha presentato domanda di recesso dall'associazione, o se il trattamento, anche se lecito, risulta lesivo della sua dignità o riservatezza); di opporsi al trattamento dei dati svolto per il "*marketing* diretto" (invio di materiale pubblicitario o vendita diretta o compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale); di non essere sottoposto ad una decisione basata su un "trattamento automatizzato" di dati (inclusa la cd. profilazione).

[29] Autorizzazione generale n. 3/2016, modificata dal provvedimento n. 146 del 5 giugno 2019, emessa dopo l'entrata in vigore del GDPR ed operante anche con riferimento alle norme in esso contenute: testualmente, «la presente autorizzazione ha efficacia dal 1° gennaio 2017 fino al 24 maggio 2018, tenuto conto che a decorrere dal 25 maggio 2018 sarà applicabile il Regolamento (UE) 2016/679 (relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE) entrato in vigore il 24 maggio 2016, salve le modifiche che il Garante ritenga di dover apportare in conseguenza di eventuali novità normative rilevanti in materia e ferme restando le determinazioni eventualmente adottate dall´Autorità in applicazione del citato Regolamento».

[30] Cfr., sull'argomento, I. MASPES, *Successione digitale, trasmissione dell'*account *e condizioni generali di contratto predisposte*



zione consistente della ricchezza nelle moderne economie [31]. Muovendo cioè dalla considerazione che i dati personali di un "interessato" (*data subject*) sopravvivono oltre la sua vita, per un periodo anche illimitato di tempo, grazie (o a causa) delle attuali tecnologie dell'informazione e della comunicazione, risulta innegabile l'esigenza di un riconoscimento di diritti e poteri di controllo su tali informazioni [32] anche nella fase *post mortem* dell'interessato, quale "prosecuzione" del diritto alla protezione dei dati personali [33]: il quesito allora che si pone attiene non all'*an*, ma al "chi" e in base a quali norme e principi spetterebbe la protezione dei dati nella fase c.d. "post mortale" [34]. Più precisamente, se è vero che con il principio di limitazione della conservazione, sancito dall'art. 5 lett. e), il GDPR consente sia una conservazione prolungata nel tempo dei dati qualora questi, se idonei ad identificare il soggetto interessato, siano trattati per fini di archiviazione nel pubblico interesse, statistici, di ricerca scientifica o storica, sia una protrazione del trattamento dei dati raccolti – là dove sia realizzata e garantita l'impossibilità per chiunque di procedere all'identificazione dell'interessato [35] –, è altrettanto vero che tale principio si scontra innegabilmente con il diritto all'oblio o alla cancellazione dei propri dati che l'interessato può esercitare *ex* art. 17 GDPR [36]. In altri termini, posto che l'ETS possa continuare a trattare i dati dell'*ex* membro defunto, appare doveroso chiedersi se e a chi vada riconosciuta

---

dagli internet services providers, in *I Contratti*, 2020, 5, 583 ss.; G. RESTA, *La "morte" digitale*, in *Dir. inf*., 2014, 907 ss., che sottolinea come la maggior parte dei dati personali digitali sia nella disponibilità dei *providers* e la loro (in)trasmissibilità è normalmente regolata nelle condizioni del contratto di servizio. Si tratta di clausole di contratti *standard* unilateralmente predisposte, spesso di origine americana e tendenzialmente volte ad escludere la trasferibilità dell'*account* e dei suoi contenuti. Più recentemente, ID., *La successione nei rapporti digitali e la tutela postmortale dei dati personali*, in *Contr. e impr*., 2019, 86 ss. V., anche, ZENO ZENCOVICH, *La "datasfera". Regole giuridiche per il mondo digitale parallelo*, in AA.VV., *I "profili" del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale*, a cura di L. SCAFFARDI, Torino, 2018, 99; C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inf*., 2018, 65 ss.; A. VESTO, *Successione digitale e circolazione dei beni* online. *Note in tema di eredità digitale*, Napoli, 2020; A. MAGNANI, *Il patrimonio digitale e la sua devoluzione ereditaria*, in *Vita not*., 2019, 1208 ss.; M. TESCARO, *La tutela postmortale della personalità morale e specialmente dell'identità personale*, in *juscivile*, 2014, 10, 316 ss.

[31] Con riferimento all'ordinamento giuridico italiano, si segnala un primo rilevante intervento legislativo effettuato con il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, recante "Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)". Tale legge contiene una previsione specifica circa il trattamento dei dati personali riguardanti le persone decedute. All'art. 2-*terdecies* è infatti previsto che "i diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento riferiti ai dati personali concernenti persone decedute 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". È fatta salva la volontà dell'interessato, purché risulti in modo non equivoco, di vietare l'esercizio di tali diritti. Cfr., sul tema, P. PATTI, F. BARTOLINI, *Digital Inheritance and post mortem data protection: the Italian Refor*m, in *European Review of Private Law*, 2019, 1181 ss.

[32] Ci si intende in particolare riferire a documenti digitali *offline*, dati immessi e conservati nei *social media*, messaggi di posta elettronica e via *chat*, profili *on line* personali e professionali, *accounts*, *files* conservati attraverso servizi di *cloud computing*: si parla al riguardo della c.d. eredità digitale. Sul punto, cfr. G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, 400 s.

[33] Ancora G. RESTA, *op. ult. cit*., 398, dopo aver sottolineato quanto particolarmente dibattuta nel quadro dell'economia digitale sia la questione circa la "morte digitale" ed il regime dei dati personali digitali nella fase successiva alla morte dell'interessato, parla al riguardo di «*zombie* digitali» i cui dati conservati e trattati da intermediari professionali e quindi sottratti alla disponibilità di eredi e congiunti, sono peraltro oggetto di una riserva contrattuale che ne stabilisce l'intrasmissibilità *mortis causa*.

[34] Così, sempre, G. RESTA, *op. ult. cit.*, 402. In altri termini, si tratta di individuare e trovare un valido appiglio per la protezione postuma degli interessi dell'interessato-defunto.

[35] In tal senso, DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in CUFFARO, D'ORAZIO, RICCIUTO, *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 214.

[36] Sull'argomento, cfr. *ex multis* M.A. LIVI, *Art. 17 Reg.UE n. 679/2016*, in A. BARBA, S. PAGLIANTINI (a cura di), *op. cit*., 292 ss. e la ricca bibliografia ivi indicata.



eventualmente la legittimazione ad opporsi a tale perdurante conservazione da parte dell'ente medesimo o, in generale, ad agire per la protezione dei dati personali.

Ed invero, l'art. 2 *terdecies* (rubricato «Diritti riguardanti le persone decedute»), d.lgs. n. 101/2018, emanato per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Reg. UE n. 679/2016, attribuisce in generale i diritti e i poteri di controllo sui contenuti digitali dell'interessato deceduto, a «chi abbia un interesse proprio, o agisca a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione», salvo diversa disposizione legislativa o divieto scritto, specifico, non equivoco, libero e informato dell'interessato, presentato o comunicato al titolare del trattamento [37]. In conformità, dunque, alla posizione espressa al riguardo dal Gruppo di lavoro WP29 nell'opinione 4/2007 [38] e in termini sostanzialmente analoghi ma più circoscritti rispetto all'art. 13, Codice Privacy [39], l'art. 2-*terdecies*, d.lgs. n. 101/2018 contiene una disciplina non esattamente rispondente ai principi successori *mortis causa* e senz'altro giustificata dall'obiettivo di tutelare coloro ai quali possa derivare pregiudizio dalla "sopravvivenza" di tali dati [40]. Più precisamente, il legislatore italiano sembra aver adottato non tanto un modello "successorio", seppur "anomalo" [41], stante la mancanza sia di un vero e proprio acquisto *mortis causa* sia di "successori" o eredi meramente familiari, quanto piuttosto un meccanismo di «estensione» [42] in capo a terzi della tutela dei diritti dell'interessato, giustificato non soltanto da «ragioni familiari meritevoli di protezione» [43] e in forza dunque di un legame o interesse familiare [44], ma altresì da un «interesse proprio», autonomo e non derivato, oppure da quello «dell'interessato» deceduto, sulla base di un rapporto fiduciario (mandato). In altri termini, non sembra trattarsi di una vicenda acquisitiva "successoria", neppure "anomala", bensì di una legittimazione "straordinaria" [45] ad agire ed esercitare i diritti dell'interessato deceduto, per la protezione *post mortem* dei

[37] Ai sensi dei commi 4 e 5, dell'art. 2-*terdecies* così introdotto, l'interessato ha in ogni momento il diritto di revocare o modificare il divieto e, in ogni caso, il 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 interessi.

[38] In tale opinione, il Gruppo di lavoro W29 ammette il trattamento di dati relativi a defunti allorché la legge nazionale lo consenta, oppure perché onore e immagine siano tutelati anche dopo la morte della persona.

[39] L'art. 13, comma 3, riconosceva in capo a «chiunque (avesse) interesse» il potere di esercitare i diritti de quibus (cancellazione, rettifica e relativa notificazione) sui dati personali concernenti persone decedute.

[40] Sul punto, v. R. RESTUCCIA, *sub art. 13*, in E. GIANNANTONIO, M.G. LOSANO, V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela dei dati personali commentario alla L. 675/96*, Padova, 1997, 138.

[41] In tal senso, A. ZACCARIA, *op. cit.*, 23 ss., 72, 79 s., 94 e 261 ss.; A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 204 e 244; A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Milano, 2012, 83 ss.

[42] Utilizza tale espressione G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela postmortale dei dati personali*, cit., 411.

[43] La norma, sebbene in termini più generici, ricalca fortemente gli artt. 7 e 8 cod. civ., per la tutela del diritto al nome e alla cui stregua i rimedi (inibitori e risarcitori) possono essere esperiti «anche da chi, pur non portando il nome contestato o indebitamente usato, abbia alla tutela del nome un interesse fondato su ragioni familiari degne di essere protette» (art. 8 cod. civ.) e a prescindere dal fatto che sia erede oppure no.

[44] Nel Parere 4/2007 sul concetto di dati personali, Articolo 29 Gruppo di lavoro WP29, viene riconosciuto ai legislatori nazionali il potere di estendere le disposizioni delle leggi nazionali sulla protezione dei dati ad alcuni aspetti riguardanti il trattamento dei dati dei defunti, qualora un interesse legittimo lo giustifichi. In altri termini, è compito degli Stati membri stabilire se ed in quale misura il regolamento debba essere applicato alle persone decedute.

[45] Ciò in termini sostanzialmente analoghi alla legittimazione ad agire per l'adempimento dell'onere nella donazione o nel testamento: sul punto, cfr. PROTO-PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Comm. cod. proc. civ.* (diretto da Allorio), Torino, 1973, 1065 ss.; COSTANZA, *Problemi dell'onere testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 313 ss.; G.CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2002, 494 s. Contro il riconoscimento dell'esercizio di determinati diritti in capo a soggetti viventi a ciò meramente legittimati, si obietta che tale ricostruzione è stata elaborata per assicurare la persistenza di diritti, privi a un certo punto di un titolare, nell'interesse di soggetti che, successivamente, li potranno acquistare, laddove, nel caso in esame non vi sarebbero soggetti che in futuro possano divenire titolari dei diritti della personalità del defunto. Ma la tesi della "legittimazione" appare senz'altro meno artificiosa e critica-



suoi dati personali: legittimazione indipendente dalla titolarità di situazioni giuridiche soggettive [46] ed avente fonte ora in un interesse personale o familiare, ora in un mandato *post mortem* c.d. *exequendum* [47]. Nell'ampia categoria dei legittimati ad esercitare i diritti dell'interessato defunto (nella specie, il membro dell'ETS) saranno perciò compresi non soltanto i congiunti dell'interessato, ma altresì il "mandatario" – quale soggetto incaricato dall'interessato di tutelare la propria identità digitale dopo la morte – e qualunque soggetto che abbia un interesse (patrimoniale o solo morale) alla protezione (in senso ampio) dei dati personali riferiti alla persona deceduta [48]: sicché, a ben vedere, alla luce del combinato disposto degli artt. 5 GDPR e 2 *terdecies*, d.lgs. n. 101/2018, l'ETS non solo potrà – in qualità di titolare del trattamento – continuare a conservare e a trattare i dati personali del membro deceduto (*ex* art. 5 GDPR), ma nulla sembrerebbe escludere che possa altresì ed eventualmente esercitare i diritti dell'interessato defunto in quanto soggetto avente *lato sensu* un interesse alla protezione dei dati personali di un proprio membro deceduto (*ex* art. 2 *terdecies*, d.lgs. n. 101/2018).

3. – L'art. 30 GDPR, poi, prevede per alcuni titolari di trattamento l'obbligo di un Registro delle attività di trattamento: una sorta di "censimento dei trattamenti", predisposto (anche) in formato elettronico, costantemente aggiornato e all'occorrenza esibito per controlli da parte dell'autorità competente, contenente varie informazioni sui trattamenti svolti, tra cui le generalità del titolare, le finalità del trattamento, le categorie di soggetti interessati (*data subjects*) e dei dati personali trattati, i destinatari della comunicazione dei dati, l'eventuale paese straniero o organizzazione internazionale a cui i dati vengono trasferiti, il momento della cancellazione dei dati e, se possibile, una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche e organizzative adottate.

In un siffatto contesto, appare legittimo chiedersi se le ODV e, in generale, gli ETS siano o meno tenuti, in qualità di titolari del trattamento, alla redazione, tenuta e conservazione di tali Registri. Orbene, l'art. 30 GDPR stabilisce che siffatto obbligo non sussiste per gli enti «con meno di 250 dipendenti, a meno che il trattamento che esse effettuano possa presentare un rischio per i diritti e le libertà dell'interessato, il trattamento non sia occasionale o includa il trattamento di categorie particolari di dati di cui all'articolo 9, paragrafo 1, o i dati personali relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10».

---

bile della successione c.d. "anomala", che implicherebbe regole notevolmente differenti da quelle dettate nel libro II del codice civile con riguardo alle successioni legittime.

[46] Trattasi di un'autonoma legittimazione all'esercizio dei diritti da parte di soggetti portatori di interessi qualificati, diversi da quello al quale si riferiscono i dati. In altri termini, la norma riconosce e prevede una scissione tra legittimazione (all'esercizio dei diritti e dei poteri di controllo) e titolarità dei diritti: sul punto, cfr. Bargelli E., *sub art. 13* (Diritti dell'interessato), in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Tutela della privacy*, *(legge 31dicembre 1996, n. 675)*, in *Nuove leggi civ.*, 1999, 416.

[47] Sull'argomento, cfr. N. DI STASO, *Il mandato* post mortem exequendum, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 685; A. PALAZZO, *Le successioni*, Milano, 2000, 53 s. In giurisprudenza, cfr. per tutte Cass., 9 maggio 1969, n. 1584, in *Foro it.*, vol. 92, n. 12, 3193 ss., che ha sancito l'ammissibilità nel nostro ordinamento di un mandato *post mortem exequendum*, in quanto non in contrasto con il divieto posto alla volontà del defunto di operare *post mortem*, relativamente ai beni dell'eredità al di fuori del testamento. Con specifico riferimento al GDPR, si tratta di una nuova applicazione di tale mandato, propria dell'epoca contemporanea: dinnanzi all'imponente massa di dati generati dalla diffusione delle tecnologie informatiche, destinata a sopravvivere al *de cuius*, occorre gestire l'accesso a *blog*, piattaforme, *account* di posta elettronica e *social network* dell'utente dopo il suo decesso.

[48] La "sopravvivenza" e l'«esercizio post mortale» o prosecuzione dei diritti dell'interessato sono pertanto unicamente sorretti dalla *ratio* della protezione dei dati personali, in via diretta e immediata («interesse proprio» o familiare) ovvero indiretta e mediata, dando esecuzione alla volontà dell'interessato deceduto («in qualità di suo mandatario»): così, G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, cit., 415.



A tale stregua, saranno tenuti alla redazione del Registro gli ETS titolari di trattamento con 250 o più dipendenti [49]; quanto agli enti titolari con meno di 250 dipendenti, l'art. 30 GDPR contiene un'elencazione delle ipotesi di esenzione dall'obbligo, non del tutto chiara. In particolare, appare fondato ritenere che siano obbligati *ex* art. 30 GDPR gli enti titolari con meno di 250 dipendenti ma i cui trattamenti siano rischiosi per i diritti e le libertà degli interessati: ipotesi, questa, a sua volta assai estesa, perché il Considerando n. 75 del GDPR stabilisce che vi è rischio, ad esempio, quando il trattamento possa comportare discriminazioni o riguardi dati sanitari o "particolari", o ancora se implichi una valutazione della persona o si riferisca a minori o, infine, coinvolga un numero elevato di interessati. Altrettanto dicasi per gli ETS con meno di 250 dipendenti e titolari di trattamenti continuativi o non occasionali, anche se non rischiosi, o aventi ad oggetto dati "particolari" (*ex* sensibili) o giudiziari. Questa interpretazione, avvalorata dal *Working Party Article 29* (oggi *European Data Protection Board*, EDPB), comporta in sostanza l'obbligo del Registro per la maggior parte degli ETS che trattino dati personali per la loro attività, con meno di 250 dipendenti ma i cui trattamenti siano rischiosi per i diritti e le libertà degli interessati, continuativi o non occasionali e, anche se occasionali, riguardino dati "particolari" (*ex* sensibili) o giudiziari [50].

Nell'incertezza della norma, e muovendo dalla considerazione che comunemente i trattamenti e le attività delle ODV e, in generale, degli ETS coinvolgono diritti fondamentali o dati "sensibili", sembra comunque opportuno optare per la predisposizione e la tenuta del Registro, non solo perché l'omissione di siffatto obbligo, là dove si ritenesse sussistente, determinerebbe l'applicazione di una sanzione pecuniaria notevolmente gravosa, ma anche perché il Registro, a ben vedere, può costituire un ottimo strumento di *accountability* o "responsabilizzazione" [51] e di cooperazione con l'Autorità di controllo. Più precisamente, il Registro delle

---

[49] Situazione, peraltro, difficile che si verifichi con riferimento agli enti *non profit* e considerato anche il riferimento specifico ai "dipendenti", si può tendenzialmente escludere che ai dipendenti siano equiparabili i volontari e, quindi, che siano tenuti alla redazione del Registro una ODV o un ETS per il solo fatto di aver 250 volontari o più.

[50] In particolare, il *Working Party Article 29* ha precisato la natura alternativa delle deroghe, ritenendo che sia sufficiente anche una sola delle condizioni previste dall'art. 30 GDPR per determinare l'obbligo di tenuta del registro. Il Garante, poi, ha precisato che si considerano soggetti obbligati le organizzazioni con almeno 250 dipendenti quelle che, anche in presenza di un numero minore di dipendenti, effettuino trattamenti non occasionali o che possano presentare un rischio, anche non elevato, peri diritti e le libertà dell'interessato o trattamenti delle categorie particolari di dati di cui all'art. 9 GDPR. Associazioni, fondazioni e comitati dovranno predisporre e aggiornare il registro ove trattino categorie particolari di dati e/o dati relativi a condanne penali o a reati.

[51] L'innovazione più significativa introdotta dal GDPR è senz'altro rappresentata dal riconoscimento normativo del principio di *accountability*: espressione notoriamente mutuata dai sistemi di *common law* e, come più volte sottolineato in dottrina, difficilmente traducibile se non con uno sforzo ermeneutico complesso e con locuzioni prolisse, oltreché poco efficaci, a tal punto che si preferisce continuare ad utilizzare il termine inglese. Ed invero, la parola *accountability* non esaurisce la propria funzione e il proprio contenuto nella mera "responsabilità", ma include altresì un obbligo di "rendicontazione" o "dimostrazione" «che il trattamento è effettuato conformemente al [...] Regolamento» (art. 24). Più precisamente, l'*accountability* si compone di due voci: "adozione" di misure appropriate ed efficaci per l'adempimento degli obblighi scaturenti dal Regolamento e "dimostrazione" della conformità del trattamento alle norme del GDPR. Obbligo di conformarsi e obbligo di provare la conformità del trattamento rappresentano cioè le due facce della stessa medaglia (*accountability*) in mano al *data controller*, cui è per l'appunto affidato un ruolo "proattivo" nella "valutazione" e nella conseguente "gestione" del rischio connesso al trattamento. Nelle linee guida *Governing the protection of privacy and transborder flows of personal data*, stabilite dalla OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*), il termine *accountability* era già presente nel 1980. In particolare, al § 14 si legge che «*a data controller should be accountable for complying with measures which give effect to the principles stated above. OECD Member countries considered it necessary to develop Guidelines which would help to harmonise national privacy legislation*».

Sul punto, cfr. RICCIO, SCORZA, BELISARIO (a cura di), *op. cit*., 239; G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento Europeo sulla protezione dei dati personali*, cit., 14, nt. 38. Sulla genesi di tale principio, cfr. il Parere del Gruppo di lavoro art. 29 (noto come WP29), intitolato *Opinion 3/2010 on the principle of* accountability e, in dottrina, v. in particolare, RICCIO, SCORZA, BELISARIO (a cura di), *op. cit.,* 239 s.; cfr. G. FINOCCHIARO, *Art. 24*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile. Delle persone*, cit., 515 s.; ID., *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in G. FINOCCHIARO (diretto da), *Il*



attività di trattamento rappresenta un mezzo utile a dimostrare il rispetto e la *compliance* dei dettami del GDPR, un documento idoneo ad attestare l'avvenuta implementazione di specifici modelli organizzativi, che assicurino l'adeguatezza dei trattamenti dei dati personali, la loro conformità al Regolamento e l'efficacia delle misure adottate. In altri termini, la tenuta del Registro consente una ricognizione delle attività svolte e si colloca in un sistema di governo trasparente, cui risulta ispirato peraltro anche il codice del terzo settore, frutto di un nuovo approccio culturale e organizzativo fondato nel GDPR sul principio per l'appunto di "responsabilizzazione": per tali ragioni, il Garante ne raccomanda la redazione a tutti i titolari in quanto, fornendo piena contezza del tipo di trattamenti svolti, contribuisce non soltanto ad attuare in modo semplice ed accessibile il principio di *accountability*, ma anche perché agevola, al contempo, l'attività di controllo del Garante stesso.

Anche la figura del d.p.o. (*data protection officer*) o r.d.p. (responsabile della protezione dei dati) risulta ispirata al principio di *accountability*, in quanto misura funzionale di autocontrollo degli enti (pubblici e) privati. Trattasi, secondo il Considerando n. 97, di una persona avente «conoscenza specialistica della normativa e delle pratiche in materia di protezione dei dati», che esercita un'attività di consulenza e di assistenza nei confronti del titolare del trattamento (e del responsabile), con riferimento a tutti gli obblighi che il GDPR impone. La nomina del d.p.o. consente, cioè, di realizzare un alto livello di *compliance* al Regolamento ed evitare in tal guisa sanzioni scaturenti dalla violazione delle sue prescrizioni.

Ciò posto, appare legittimo interrogarsi sull'obbligatorietà, o mera opportunità, per gli ETS di nominare un d.p.o. Al riguardo, l'art. 37 del GDPR stabilisce che siano obbligati a nominarlo, a parte gli enti pubblici, per quel che rileva ai nostri fini, quelli privati che hanno come attività principale [52] lo svolgimento di «trattamenti che, per loro natura, ambito di applicazione e/o finalità, richiedono il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala»; o, ancora, gli enti privati, la cui attività principale consista «nel trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali di cui all'art. 9 o di dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10»: in generale, tutte ipotesi in cui il trattamento dei dati comporti rischi particolarmente alti e tali da imporre la nomina del d.p.o.

---

nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali, Torino, 2017, 12 ss.; RICCIO, SCORZA, BELISARIO (a cura di), *op. cit*., 61 e 236 ss. Sulla scia dei *fora* internazionali di *data protection*, si sottolinea la portata globale e assai ampia dell'obbligo di responsabilità, c.d. *overarching concept of accountability*. Nel parere n. 3 del 2010 del Gruppo di lavoro art. 29 l'*accountability* viene tradotta come responsabilità, affidabilità, assicurazione, obbligo di rendicontare.

[52] L'art. 37, paragrafo 1, lettere b) e c), del GDPR contiene un riferimento alle «attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento». Nel considerando n. 97, si afferma che le attività principali di un titolare del trattamento «riguardano le sue attività primarie ed esulano dal trattamento dei dati personali come attività accessoria». Secondo il Gruppo di Lavoro Articolo 29, con "attività principali" si possono intendere le operazioni essenziali che sono necessarie al raggiungimento degli obiettivi perseguiti dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento. Tuttavia, l'espressione "attività principali" non va interpretata nel senso di escludere quei casi in cui il trattamento di dati costituisce una componente inscindibile dalle attività svolte dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento. Per esempio, l'attività principale di un ente per l'assistenza socio-sanitaria consiste nella prestazione di assistenza sanitaria, ma non sarebbe possibile prestare tale assistenza nel rispetto della sicurezza e in modo efficace senza trattare dati relativi alla salute, come le informazioni contenute nella cartella sanitaria di un paziente. Ne deriva che il trattamento di tali informazioni deve essere annoverato fra le attività principali di qualunque struttura di questo tipo, tenuta pertanto a nominare un RPD. Si pensi anche ad un'associazione di promozione sociale sportiva che sostiene i valori dello sport, opera per il benessere e la promozione della salute dei cittadini ed è altresì impegnata ad assicurare la corretta organizzazione e gestione delle attività sportive, il rispetto del "*fair play*", la decisa opposizione ad ogni forma di illecito sportivo. L'attività principale dell'associazione è innegabilmente legata in modo inscindibile al trattamento di dati personali: ne consegue che l'associazione dovrà nominare un RPD. D'altro canto, tutti gli enti svolgono determinate attività quali la predisposizione di strutture *standard* di supporto informatico. Si tratta di esempi di funzioni di supporto necessarie ai fini dell'attività principale o dell'oggetto principale del singolo organismo, ma pur essendo necessarie o essenziali sono considerate solitamente accessorie e non vengono annoverate fra le attività principali.



Procedendo con ordine, gli ETS saranno obbligati a nominare il d.p.o. là dove il trattamento richieda un monitoraggio regolare e sistematico [53] degli interessati che ricorre, ai sensi del Considerando n. 24, allorché «le persone fisiche siano tracciate su *internet*», come nel caso del *tracking on line* (anche) per scopi comportamentali [54]: monitoraggio da intendersi quale osservazione o controllo, normalmente ma non esclusivamente, di comportamenti e da svolgersi in modo «regolare» e «sistematico», ossia, rispettivamente, continuativo o periodico e «metodico o predeterminato» [55]. Ci si intende, ad esempio, riferire al monitoraggio di dati relativi allo stato di benessere psicofisico e alla salute attraverso dispositivi indossabili, alla localizzazione mediante *apps* su dispositivi mobili, all'utilizzo di telecamere a circuito chiuso.

Inoltre, perché un ETS sia obbligato a nominare il d.p.o. è altresì richiesto che il monitoraggio venga svolto su «larga scala» e, cioè, relativamente ad «una notevole quantità di dati personali a livello regionale, nazionale o sovranazionale», con un'incidenza «su un vasto numero di interessati» potenzialmente e altamente rischiosa. Nel regolamento non si dà alcuna definizione di trattamento su "larga scala", ma è il considerando n. 91 a fornire indicazioni in proposito [56] e se è pressoché impossibile individuare con esattezza la quantità di dati oggetto di trattamento o il numero di interessati in modo da coprire tutte le eventualità, è tuttavia pensabile la specificazione di alcuni *standard* utili a definire puntualmente e/o quantitativamente il concetto di "larga scala", con riguardo ad alcune tipologie di trattamento maggiormente comuni. Ed ancora una volta, è intervenuto il Gruppo di lavoro Articolo 29 che ha contribuito a delineare questi *standard*, sia raccomandando di tener conto di criteri quantitativi e qualitativi quali il numero degli interessati, l'estensione temporale (durata e persistenza) e geografica del trattamento, il volume, il numero e/o le diverse tipologie di dati oggetto di trattamento [57]; sia elencando a titolo esemplificativo alcune ipotesi di trattamento su "larga scala" come quello avente ad oggetto i dati relativi a pazienti e svolto da un ente o istituto di cura; o riguardanti gli spostamenti di utenti di un servizio (per esempio, il loro tracciamento attraverso titoli di viaggio); o ancora quello di dati di geolocalizzazione raccolti in tempo reale per finalità statistiche, ovvero personali da

[53] Il concetto di monitoraggio regolare e sistematico degli interessati non trova definizione all'interno del RGPD; tuttavia, il considerando 24 menziona il "monitoraggio del comportamento di detti interessati" ricomprendendovi senza dubbio tutte le forme di tracciamento e profilazione su Internet anche per finalità di pubblicità comportamentale. Testualmente, «per stabilire se un'attività di trattamento sia assimilabile al controllo del comportamento dell'interessato, è opportuno verificare se le persone fisiche sono tracciate su *internet*, compreso l'eventuale ricorso successivo a tecniche di trattamento dei dati personali che consistono nella profilazione della persona fisica, in particolare per adottare decisioni che la riguardano o analizzarne o prevederne le preferenze, i comportamenti e le posizioni personali».

[54] In tal senso, *Article 29 Data Protection Working Party* (oggi *European Data Protection Board*), *Linee guida sui responsabili della protezione dei dati*, adottate il 13 dicembre 2016 ed emendate il 5 aprile 2017, 16/IT, WP 243 rev.01.

[55] Così, *Article 29 Data Protection Working Party*, *Linee guida*, cit., 11. Più precisamente, l'aggettivo "regolare" ha almeno uno dei seguenti significati a giudizio del Gruppo di lavoro: che avviene in modo continuo ovvero a intervalli definiti per un arco di tempo definito; ricorrente o ripetuto a intervalli costanti; che avviene in modo costante o a intervalli periodici. L'aggettivo "sistematico" ha almeno uno dei seguenti significati a giudizio del Gruppo di lavoro: che avviene per sistema; predeterminato, organizzato o metodico; che ha luogo nell'ambito di un progetto complessivo di raccolta di dati; svolto nell'ambito di una strategia. Altre esemplificazioni di attività indicate dal Gruppo sono il reindirizzamento di messaggi di posta elettronica; attività di *marketing* basate sull'analisi dei dati raccolti; profilazione e *scoring* per finalità di valutazione del rischio (per esempio, a fini di valutazione del rischio creditizio, definizione dei premi assicurativi, prevenzione delle frodi, accertamento di forme di riciclaggio); tracciamento dell'ubicazione; programmi di fidelizzazione; pubblicità comportamentale; dispositivi connessi quali contatori intelligenti, automobili intelligenti, dispositivi per la domotica, ecc.

[56] Il considerando in questione vi ricomprende, in particolare, «trattamenti su larga scala, che mirano al trattamento di una notevole quantità di dati personali a livello regionale, nazionale o sovranazionale e che potrebbero incidere su un vasto numero di interessati e che potenzialmente presentano un rischio elevato».

[57] *Article 29 Data Protection Working Party* ha indicato, a titolo esemplificativo come soggetti che svolgono trattamenti su vasta scala, gli ospedali, le aziende di trasporto, le compagnie assicurative e gli istituti di credito, i fornitori di servizi di telecomunicazione.



parte di un motore di ricerca per finalità di pubblicità comportamentale; oppure il trattamento di dati (metadati, contenuti, ubicazione) da parte di fornitori di servizi telefonici o telematici [58].

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, appare quindi legittimo ritenere sussistente l'obbligo di nomina del d.p.o. per quegli Enti del Terzo Settore che, nello svolgimento della loro attività principale, svolgano un monitoraggio sistematico su larga scala dei beneficiari/destinatari della loro attività o compiano un trattamento non occasionale di dati "particolari" (*ex* sensibili) "*o*" [59] di dati giudiziari interconnessi con altri dati personali raccolti per finalità diverse.

4. – In forza ancora una volta del noto principio di *accountability*, gli ETS, in qualità di titolari di trattamento, dovranno garantire un'adeguata sicurezza e protezione dei dati personali, adottando *policies* e procedure idonee al caso concreto, tra le quali vi è sicuramente quella per la gestione di eventuali "*data breach*" [60]. Si tratta di una procedura volta a stabilire *a priori* come affrontare la malaugurata ipotesi di una violazione della sicurezza dei dati [61]: si pensi al caso in cui i dati trattati dall'ente del terzo settore, per errore umano o a seguito di un attacco informatico, vengano accidentalmente persi o comunicati a soggetti non autorizzati.

L'ente del terzo settore dovrà quindi dimostrare di aver adottato e costantemente aggiornato tutte le misure tecniche e organizzative atte a garantire il raggiungimento di un livello di sicurezza adeguato ai rischi: il problema allora non attiene all'*an* bensì al *quomodo* della dimostrazione. Al riguardo, non v'è dubbio che qualunque trattamento informatico di dati non possa ormai prescindere dall'adozione di "misure minime", da quelle fisiche e banali – quali la corretta conservazione dei documenti cartacei contenenti i dati – a quelle tecniche ed informatiche come *password* di accesso, sistemi antivirus e di *backup*, ecc. In generale, il GDPR riconosce e attribuisce al titolare del trattamento il potere di scegliere modalità e strumenti di attuazione delle prescrizioni europee a fronte dell'obbligo di dimostrarne l'adeguatezza rispetto al caso concreto. Pro e contro dunque: da un lato discrezionalità e diritto di scelta, dall'altro incertezza della "bontà" dell'operato e delle valutazioni effettuate fino all'eventuale esame da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa. L'*accountability* segna quindi il passaggio da una tutela *ex post* dei dati, propria della disciplina previgente e operante in funzione rimediale sulle violazioni e sui relativi danni, ad una protezione *ex ante* o preventiva tipica del

[58] D'altro canto, lo stesso considerando prevede in modo specifico che «il trattamento di dati personali non dovrebbe essere considerato un trattamento su larga scala qualora riguardi dati personali di pazienti o clienti da parte di un singolo medico, operatore sanitario o avvocato». Il considerando offre alcune esemplificazioni ai due estremi della scala (trattamento svolto dal singolo medico / trattamento di dati relativi a un'intera nazione o a livello europeo): fra tali estremi si colloca tuttavia un'ampia zona grigia.

[59] Il testo italiano reca già la congiunzione "o", diversamente dal regolamento. Sebbene infatti l'art. 37, paragrafo 1, lettera c), del Regolamento menzioni il trattamento di categorie particolari di dati ai sensi dell'art. 9 e di dati personali relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10, nonostante cioè l'utilizzo della congiunzione "e" nel testo, non è apparsa sistematicamente fondata l'applicazione simultanea dei due criteri: il testo, pertanto, è stato più correttamente interpretato e tradotto come se recasse la congiunzione "o".

[60] Per *data breach* o violazione dei dati personali (artt. 4 e 33 GDPR) si intende una violazione di sicurezza che comporta accidentalmente o in modo illecito la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzato o l'accesso ai dati personali. Si tratta quindi della perdita, del danneggiamento o della fuoriuscita di dati o dell'accesso illecito anche indipendente dalla volontà dell'ente (anche la perdita di una chiavetta USB, il furto del PC, la cancellazione di un archivio dati, l'accesso al computer di estranei, ecc.).

[61] La procedura ha il vantaggio di facilitare le valutazioni che, in questo caso, si rendono necessarie per poter poi adempiere agli obblighi previsti dal Regolamento (annotazione della violazione nell'apposito registro, eventuale notifica al Garante e comunicazione agli interessati).



nuovo Regolamento e basata «sull'esame prudenziale di tutte le attività di trattamento»[62] sin dalla fase iniziale. Il parametro fondamentale che deve presiedere all'adempimento degli obblighi scaturenti dal Regolamento sembrerebbe, dunque, la diligenza del *bonus pater familias* (per così dire) "informatico", formula che riassume la misura dello sforzo o impegno "adeguato" richiesto, in questo caso, all'ente in quanto titolare del trattamento per rispettare il Regolamento[63]. L'ETS, in quanto «titolare del trattamento» dovrà «mette(re) in atto misure tecniche e organizzative adeguate[64] per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al [...] Regolamento» (art. 24 GDPR). Il Regolamento affida quindi alla discrezionalità del titolare del trattamento, nella specie l'ente, la decisione sulle misure da adottare: discrezionalità libera ma non illimitata, anzi necessariamente parametrata alle condizioni indicate nello stesso art. 24 GDPR, quali la natura, l'àmbito di applicazione, il contesto e le finalità del trattamento, nonché il rischio di lesione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche[65]. In altri termini, non vengono astrattamente specificati rigidi comportamenti, ma viene piuttosto assegnato al titolare il compito di scegliere autonomamente le modalità, le garanzie e i limiti del trattamento dei dati personali: il tutto nel rispetto delle disposizioni normative e alla luce dei criteri indicati nel GDPR. Il Regolamento, infatti, non prevede un elenco esaustivo né tassativo di "misure adeguate", ma si limita ad indicarne alcune. Ciò significa che l'ente titolare del trattamento potrà mettere in atto non solo le misure adeguate "tipiche", già preconfigurate dal legislatore europeo, ma anche nuove o "atipiche" che non rientrino tra quelle normativamente previste, purché nel rispetto dei requisiti fissati dal Regolamento: il che rappresenta la massima espressione ed estrinsecazione del principio di *accountability* e dell'autonomia riconosciuta al titolare del trattamento.

Prima, però, di procedere ad una sia pur breve illustrazione delle misure tecniche e organizzative suggerite dal Regolamento, appare opportuno soffermarsi sul diverso atteggiarsi dell'*accountability* e dell'onere

---

[62] Così, L. GRECO, *I ruoli: titolare e responsabile*, in G. FINOCCHIARO (diretto da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla* privacy *e sulla protezione dei dati personali*, cit., 254.

[63] M. RATTI, *op. cit.*, 620, suggerisce che la diligenza richiesta al titolare e al responsabile del trattamento sia "qualificata", stante l'inciso di cui all'art. 82 GDPR, secondo il quale l'evento dannoso non deve essere «in alcun modo» imputabile al danneggiante per liberarsi da responsabilità: di conseguenza, la presenza anche della colpa lieve sarebbe idonea a determinare la sussistenza del nesso materiale tra condotta del titolare danneggiante ed evento dannoso. In generale, sulla nozione e sulle graduazioni della colpa, cfr. in particolare, C. TURCO, *Diritto civile*, I, Torino, 2014, 363 s. La diligenza, quindi, unitamente alla perizia e alla competenza, sembra rappresentare la regola e, al contempo, il criterio di valutazione del comportamento dell'ente e di imputazione della responsabilità, non in base alle capacità possedute dal medesimo, ma secondo un modello oggettivo e astratto, corrispondente a quello ordinario, oltreché in virtù delle caratteristiche e delle esigenze del trattamento in concreto effettuato: pertanto, sembra sufficiente per escludere l'imputabilità e la responsabilità tendenzialmente "colposa" o "soggettiva" la violazione del Regolamento dipendente da un'impossibilità analogamente soggettiva e cioè caratterizzata dall'assenza di colpa o negligenza, pur se collegata a circostanze attinenti alla sfera di controllo e organizzazione del titolare del trattamento (comunque incolpevole).Per converso, un comportamento debitorio immune da colpa o negligenza non impedirebbe un'imputabilità e una responsabilità per colpa senza colpa o oggettiva, che verrà meno solo nel caso in cui la violazione del Regolamento dovuta ad un'impossibilità parimenti oggettiva di adempiere: non solo indipendentemente da colpa o negligenza, ma causata da eventi estranei alla sfera di controllo e di organizzazione (nella specie) del titolare del trattamento e non rientranti nel rischio tipico inerente all'attività svolta dal titolare del trattamento, imprevedibile ed eccezionali (c.d. caso fortuito: si pensi ad es. ad un totale e prolungato *black out* elettrico) ovvero ineludibili ed insuperabili (c.d. forza maggiore).

[64] Il Regolamento richiama molte volte il concetto di "adeguatezza", necessariamente relativo e relazionale, da intendersi come capacità di soddisfare una qualità o un risultato posto come obiettivo. "Adeguatezza" equivale ad "accettabilità" in termini sia tecnici (pertinenza delle misure), sia qualitativi (efficacia della protezione): sul punto, v. G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa* Privacy *commentario*, cit., 297.

[65] La valutazione di adeguatezza delle misure va condotta ex ante e in concreto in una prospettiva prognostica e soggetta ad aggiornamenti. I parametri essenziali di tale valutazione forniti dal GDPR sono: natura, àmbito applicativo, contesto e finalità del trattamento, rischi possibili.



probatorio gravante sull'ente in quanto titolare del trattamento, a seconda che questo abbia adottato misure tipiche o, al contrario, innominate. Per le prime sembra legittimo ritenere sussistente una presunzione relativa [66] di conformità al Regolamento, nel senso che il titolare del trattamento dovrà semplicemente provarne l'adozione, non anche il rispetto degli obblighi imposti dal GDPR, valutato *ex ante* dal legislatore europeo; laddove, trattandosi di misure per così dire atipiche o innominate, in quanto non previste nel Regolamento, l'ente titolare del trattamento dovrà dimostrarne non solo l'adozione (l'*an*), ma altresì la conformità ai principi e l'adeguatezza (*quomodo*): il che sembra suggerito dallo stesso art. 24 GDPR che menziona alcune misure quali «i codici di condotta di cui all'art. 40» e i «meccanism(i) di certificazione di cui all'art. 42», definendole «element(i)» atti a «dimostrare il rispetto degli obblighi del titolare del trattamento», ivi inclusa l'adeguatezza delle misure tecniche e organizzative di sicurezza adottate [67].

Tra le «misure tecniche e organizzative adeguate [...] volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati», menzionate dal Regolamento, si colloca anzitutto la "pseudonimizzazione" [68] (art. 25) definita all'art. 4 come insieme di operazioni idonee ad evitare che i dati personali «possano [...] essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile». Trattasi, in sostanza, di uno strumento in grado di rendere più difficile l'identificazione dell'interessato e la diretta riconducibilità a quest'ultimo delle informazioni personali: al termine del trattamento i dati non potranno più essere ricollegati o riassociati ad una persona determinata se non mediante dati e informazioni ulteriori, oggetto di separata archiviazione e protezione [69]. In termini pratici, la "pseudonimizzazione" maschera l'identità di un soggetto mediante sia la sostituzione di un dato personale, solitamente univoco, con un altro dato per l'appunto "pseudonimo" – anch'esso univoco, ma non immediatamente intellegibile né direttamente identificativo (un codice, un numero di protocollo) [70] – sia la separazione di tali informazioni aggiuntive; *in secundis*, essa consente, in circostanze predefinite, di riassociare il dato alla persona, ossia di risalire all'identità dell'interessato, utilizzando (a ritroso) le informazioni aggiuntive.

Altro strumento normativamente "adeguato" per la protezione dei dati personali è previsto dal medesimo art. 25 ed è individuato con l'espressione *privacy by default*: trattasi di un rimedio volto a proteggere l'interessato dal rischio di perdere consapevolezza o controllo circa l'utilizzo delle proprie informazioni personali [71].

---

[66] *Contra*, G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa* Privacy *commentario*, cit., 63, che riconoscono nelle misure indicate dal Regolamento elementi utili a dimostrare l'adempimento degli obblighi del titolare e, quindi, l'*accountability*, ma non rappresentano presupposti per una vera e propria presunzione legale, neppure relativa, di conformità al GDPR della condotta del titolare.

[67] In senso conforme, G. FINOCCHIARO, *Art. 24*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile. Delle persone*, cit., 518. Sull'argomento, v. G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *op. cit*., 62. Le misure atipiche dovranno in concreto superare una duplice valutazione, relativa alla loro adozione e conformità, e quindi all'adeguatezza, rispetto alle caratteristiche concrete dei dati e del trattamento, nonché al suo impatto e ai rischi che possa determinare per i diritti e le libertà degli interessati.

[68] Il processo di pseudonimizzazione sembra consistere nella formazione di due insiemi parziali di informazioni: il primo raggruppa dati e contiene lo pseudonimo e i dati che permettono l'identificazione; il secondo, complementare al primo, raccoglie pseudonimi e dati personali, senza tuttavia consentire l'identificazione degli interessati. Il processo di pseudonimizzazione consente di riassociare i dati: sul punto, cfr. M. MONTANARI, *Art. 25*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile. Delle persone*, cit., 535 ss.

[69] Ad esempio, mediante l'utilizzo di criptografia a chiavi simmetriche o asimmetriche.

[70] Al riguardo, cfr. G G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa* Privacy *commentario*, cit., 251 s.: codici "inintellegibili" in luogo della reale identità degli individui.

[71] In realtà, ai sensi dell'art. 25, la protezione dei dati deve essere garantita fin dalla progettazione (c.d. *privacy by design*) e per impostazione predefinita (c.d. *privacy by default*): il titolare è chiamato ad implementare misure in grado di proteggere efficacemente



Adottando tale misura, l'ente titolare garantirà, «per impostazione predefinita» (art. 25) e in ossequio al c.d. principio di "minimizzazione" [72], che siano trattati soltanto i dati personali necessari per ciascuna finalità specifica del trattamento: ciò attraverso l'utilizzo di impostazioni in automatico, scelte, predisposte e preselezionate da parte del titolare del trattamento o di chi costruisce il sistema informatico, in guisa da «garantire scelte di *default* orientate verso soluzioni di massima protezione dei dati» [73].

Come già rilevato [74], anche il registro delle attività di trattamento prescritto dall'art. 30 rappresenta una misura normativamente tipica volta a dimostrare la rispondenza del trattamento posto in essere dal titolare ai dettami del Regolamento. Più precisamente, per provare la piena conformità del trattamento al Regolamento, l'ente titolare (del trattamento) che tenga l'apposito registro riuscirà a rendicontare e comprovare l'adeguatezza, la conformità al Regolamento e l'efficacia delle misure adottate. La rendicontazione *ex* art. art. 30 GDPR non può considerarsi, quindi, un mero adempimento formale, bensì un mezzo tecnico efficace e pertinente per la corretta gestione dei dati personali.

L'art. 35, poi, disciplina la "preventiva valutazione di impatto sulla protezione dei dati personali" (c.d. DPIA o *privacy impact assessment*) che, insieme agli altri mezzi o strumenti sin qui elencati, e in particolare al registro delle attività di trattamento, costituisce un congegno significativo e concreto per garantire e fornire la prova, da parte del titolare, della conformità del trattamento al GDPR. Essa è finalizzata anzitutto a stimare, in relazione alla probabilità e gravità, i rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche a seguito del trattamento di dati; in secondo luogo, la DPIA mira alla definizione delle misure idonee ad escludere o ridurre siffatti rischi. Analogamente al registro delle attività di trattamento, la DPIA – richiesta soltanto per quei trattamenti che presentano un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche – non rappresenta la tappa obbligatoria di un *iter* burocratico, bensì un sistema di gestione del suddetto rischio, utile per "minimizzarlo" o addirittura eliminarlo.

Il Regolamento, inoltre, riconosce efficacia probatoria – circa la conformità del trattamento di dati effettuato dal titolare – ai codici di condotta [75], rispondenti ai requisiti di cui agli artt. 40 e 41. In particolare, la sottoscrizione di un codice costituisce, per espressa disposizione legislativa, elemento atto a dimostrare il rispetto degli obblighi che gravano sul titolare del trattamento e la sussistenza di misure tecniche e organizzative adeguate a garantirne la sicurezza. Com'è intuibile, trattasi di codici di comportamento elaborati con il supporto delle associazioni rappresentative e degli organismi esponenziali delle rispettive categorie, allo scopo di integrare i principi generali della disciplina e di adattarli allo specifico ambito o tipologia di trattamento. La funzione dei codici è infatti attuativa e allo stesso tempo complementare; la loro conformità al GDPR è subordinata alla previsione di meccanismi procedurali mediante i quali l'organismo di controllo vigila sul rispetto dei codici medesimi da parte dei soggetti obbligati. Le disposizioni sui codici di condotta sono stret-

---

i dati personali al momento della progettazione di processi e modelli di trattamento, e a garantire il rispetto del principio di necessità, nel corso dell'esecuzione del trattamento.

[72] Com'è noto, l'art. 5, par. 1, lett. c), impone che i dati siano adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per i quali sono trattati. Il principio di minimizzazione si compone dunque di due "voci": necessità e pertinenza. La prima consiste nella limitazione del trattamento ai soli dati indispensabili per la realizzazione della finalità o scopo del trattamento; la seconda attiene alla funzionalità del dato rispetto allo scopo perseguito, in base ad un nesso eziologico che deve permanere durante tutto il trattamento. Sul principio di minimizzazione, v. tra gli altri G.M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario (a cura di), *op. ult. cit*., 57 s.; D. Achille, *Art. 5*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile. Delle persone*, cit., 110 s.

[73] Così, L. Greco, *I ruoli: titolare e responsabile*, in G. Finocchiaro (diretto da), *op. cit.*, 256.

[74] V., *supra*, § 4.

[75] Per un approfondimento sul tema, v. in particolare, A.R. Popoli, *Codici di condotta e certificazioni*, in G. Finocchiaro (diretto da), *op. cit*., 367 ss.



tamente correlate a quelle sulla certificazione e sugli organismi privati a ciò abilitati, di cui agli artt. 42 e 43 GDPR. Sulla scia del *risk based approach*, le certificazioni previste dall'art. 42 costituiscono uno strumento a disposizione del titolare del trattamento, nella specie l'ente, per valutare l'adeguatezza degli *standards* adottati. Ai sensi dell'art. 42, «gli Stati membri [...] incoraggiano l'istituzione di meccanismi di certificazione [...] allo scopo di dimostrare conformità al Regolamento dei trattamenti effettuati dai titolari di trattamento». Trattasi di una certificazione, rilasciata direttamente dal Garante – o da organismi di certificazione preventivamente accreditati – a seguito di una procedura volontaria di valutazione di conformità. Orbene, come già sottolineato e analogamente ai codici di condotta, la presenza di una certificazione determina di per sé una presunzione di conformità e adeguatezza degli *standards* adottati dal titolare del trattamento con i parametri del Regolamento.

5. – Come già rilevato [76], le riflessioni sulla relazione tra digitalizzazione, protezione dei dati e terzo settore non possono concludersi senza volgere lo sguardo al Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS), non solo in quanto registro (per l'appunto) telematico [77], ma anche perché esso – finalizzato ad assicurare principalmente la piena trasparenza degli ETS, da un lato e l'acquisto della qualifica di ETS, dall'altro – solleva un duplice ordine di questioni relative, rispettivamente, all'operatività o meno del GDPR per il trattamento dei dati degli enti raccolti nel RUNTS e alla configurabilità dell'iscrizione nel Registro come pubblicità costitutiva della qualifica di ETS e dell'acquisto della personalità giuridica.

Sotto il primo profilo, secondo il diritto dell'UE, le persone fisiche sono gli unici beneficiari delle norme sulla protezione dei dati. Il GDPR, infatti, definisce "dati personali" tutte quelle informazioni relative «a una persona fisica identificata o identificabile»: il che induce legittimamente a negare protezione ai dati personali di un ente o persona giuridica [78]. La protezione dei dati personali accordata dal GDPR appare cioè un diritto

[76] V., *supra*, § 1.

[77] Il RUNTS, istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali in attuazione degli artt. 45 ss. del Codice del Terzo Settore, è il luogo digitale e telematico in cui reperire le seguenti informazioni sull'Ente del Terzo Settore (ETS): la denominazione, la forma giuridica, la sede legale e le eventuali sedi secondarie, la data di costituzione, l'oggetto dell'attività di interesse generale, il codice fiscale o la partita iva, il possesso della personalità giuridica e il patrimonio minimo, le generalità dei rappresentanti legali, le generalità dei soggetti che ricoprono cariche sociali e tutte le modifiche agli atti fondamentali dell'ente. Inoltre, nel RUNTS saranno riportati i rendiconti o i bilanci d'esercizio e il bilancio sociale. Il RUNTS è composto da sette sezioni, una per ogni tipologia di ETS: organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale, enti filantropici, imprese sociali, reti associative, società di mutuo soccorso. Gli aspiranti enti che vogliono iscriversi a una delle sezioni del RUNTS devono essere in possesso di un corredo digitale minimo che comprende l'identità digitale del legale rappresentante (Spid o Cie), la firma digitale e un indirizzo Pec. Sottolinea il particolare impatto dell'adozione del RUNTS, con le implicazioni che tagliano trasversalmente una molteplicità di profili (costituzione, controlli, preservazione dell'autonomia e *accountability* degli ETS; attuazione dell'art. 118 Cost.), M. GORGONI (a cura di), *Codice del terzo settore. Commento al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117* (Seconda edizione aggiornata con il DM 15 settembre 2020), Pisa, 2021; cfr., anche, A. MAZZULLO, *Il nuovo codice del terzo settore. Profili civilistici e tributari*, Torino, 2017; L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022, 161 ss.; A. FICI, *Profili e principi generali della riforma del Terzo settore*, in AA.VV., *Dalla parte del Terzo settore*, Roma-Bari, 2019, 18 ss.

[78] Da un punto di vista storico-evolutivo, il concetto di "persona", che in base alla Direttiva n. 58/2002 si riteneva operante soltanto per le persone fisiche (cfr. sul punto, *Volker und Markus Schecke GbR* e *Haertmut Eifert v. Land Essen*), era invece stato recepito dal nostro legislatore come ricomprendente anche le persone giuridiche, gli enti e le associazioni (art. 1, lett. c, l. n. 675/1996) e implicante un'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina per la tutela dei dati personali anche a soggetti diversi dalle persone fisiche. Con il d.l. n. 201/2011, convertito con l. n. 214/2011, art. 40, il legislatore italiano ha poi eliminato dal Codice per la protezione dei dati personali il riferimento alle persone giuridiche: riferimento che, tuttavia, permaneva nella Direttiva n. 58/2002 (c.d. Direttiva *E-privacy*), relativa al trattamento dei dati personali nel particolare settore delle comunicazioni elettroniche. L'attuale proposta di Reg. UE *E-privacy* prevede esplicitamente l'estensione della tutela ivi prevista alle persone giuridiche, ma in materia di



esclusivo delle persone fisiche, ma non di quelle giuridiche e, quindi, degli ETS: gli artt. 1 e 4 del Regolamento europeo [79] non sembrano lasciare spazio all'estensione della tutela agli enti, sicché i relativi dati – come il nome, la forma, la sede, i contatti – non ricevono protezione in base alla normativa europea. Altrettanto dicasi per il Considerando n. 14 [80], secondo cui «è opportuno che la protezione prevista dal […] regolamento si applichi alle persone fisiche […] Il […] regolamento non disciplina il trattamento dei dati personali relativi a persone giuridiche […] compresi il nome e la forma della persona giuridica e i suoi dati di contatto». A tale stregua, i dati degli ETS potranno essere non solo raccolti, ma anche trattati e quindi comunicati a terzi, senza necessità di una base giuridica e, conseguentemente, senza che l'ente possa vantare alcun diritto sui propri dati. Ciò significa che l'ETS non potrà esercitare i diritti (di accesso, rettifica o cancellazione) previsti dal GDPR per gli interessati (persone fisiche) e ai relativi dati non si applicheranno i principi stabiliti dal regolamento europeo: il che non esclude che una persona giuridica possa subire dei danni a seguito di un trattamento di dati, ma semplicemente che, se dovesse accadere, l'ente non potrà avvalersi dei vantaggi e degli strumenti di tutela di cui al GDPR; semmai, esso eventualmente agirà per il risarcimento del danno in base alle norme del codice civile (art. 2043 cod. civ.).

Eppure anche per le persone giuridiche sussistono esigenze di tutela dei dati e si profilano margini di riconoscimento di una speciale protezione di essi, nel diritto vivente e *de iure condendo*. Per quel che concerne il primo ambito, basta citare la causa *Bernh Larsen Holding AS* e altri *v. Norvegia* (2013) [81], in cui tre società norvegesi impugnarono una decisione dell'autorità giudiziaria che ordinava loro di fornire ai revisori dei conti una copia di tutti i dati conservati su un *server* utilizzato congiuntamente. La Corte EDU, sebbene abbia escluso nel caso specifico una violazione delle norme sulla protezione dei dati, ha ammesso in linea di principio che un siffatto ordine e conseguente obbligo per le società ricorrenti costituisca un'ingerenza nella sfera giuridica privata degli enti medesimi ai sensi dell'art. 8 della CEDU [82]. Più precisamente, la Corte non

---

definizione di "dato personale", allo stato, sussiste un mero rinvio al GDPR: sull'argomento, cfr. per tutti, S. MARTINELLI, *Art. 4 GDPR*, in A. BARBA,S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone*, cit., 92 ss.

[79] I tre paragrafi dell'art. 1 specificano che la protezione concerne le persone fisiche: le norme del regolamento riguardano la protezione delle "persone fisiche" (§ 1); la finalità del regolamento è quella di dettare norme per la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle "persone fisiche" (§ 2); la libera circolazione dei dati personali non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche (§ 3). Nell'art. 4, poi, viene specificato il significato di dato personale come «una qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile»: la protezione dei dati personali riguarda dunque innegabilmente le persone fisiche, così escludendo quelle giuridiche.

[80] Eppure la direttiva del 1995 aveva lasciato ampio margine di manovra agli Stati membri in merito all'estensibilità o meno, in sede di recepimento, alle persone giuridiche della normativa sulla *privacy*. L'Italia aveva optato per l'estensibilità e all'art. 4 codice *privacy* definiva il dato personale come «qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente o associazione». Successivamente, l'art. 40, comma 2, d.l. n. 201/2011, convertito in l. n. 214/2011, ha abrogato alcune disposizioni del codice *privacy* e l'art. 5 del codice escludeva ora dall'ambito di applicazione del codice medesimo le persone giuridiche, gli enti e le associazioni. Sulla questione, si è espresso poi il Garante della *privacy* (provvedimento del settembre 2012) che decise di mantenere l'applicazione del codice anche alle persone giuridiche. Il Reg. UE, come rilevato nel testo, ha definitivamente ed attualmente escluso l'operatività della *data protection law* per gli enti. Sull'argomento, cfr. *ex multis*, G. LIBERATI BUCCIANTI, *Art. 1 GDPR*, in A. BARBA, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone*, cit., 32 ss.; ZOPPINI, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 48, 6, 851 ss.; FICI, RESTA, *La tutela dei dati degli enti collettivi: aspetti problematici*, in PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezzae circolazione die dati personali*, Milano, 2003, 375 ss.; RICCI, *La reputazione: dal concetto alle declinazioni*, Torino, 2018, 185.

[81] *Bernh Larsen Holding AS* e altri *v. Norvegia*, n. 24117/08. Cfr. altresì, *Liberty* e altri *v. Regno Unito*, n.58243/00.

[82] Testualmente, art. 8 CEDU (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo o *ECHR*, *European Convention of Human Rights*), rubricato come «*Right to respect for private and family life*»: «*1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the econom-*



ha negato tutela alle società *tout court*, in quanto persone giuridiche, ma ha trovato nel caso concreto un giusto equilibrio tra il diritto di esse al rispetto e alla protezione dei propri dati, da un lato, e l'interesse pubblico a garantire un'efficiente ispezione ai fini dell'accertamento fiscale, dall'altro: ciò, alla luce di una serie di circostanze concrete, quali l'adozione da parte delle autorità fiscali di tutele efficaci e adeguate contro gli abusi, l'informazione con largo anticipo alle società ricorrenti dell'accertamento fiscale, la possibilità per queste ultime di essere presenti e di poter sollevare osservazioni durante l'intervento in loco, la distruzione del materiale una volta completata la revisione fiscale. Proprio tali circostanze hanno indotto la Corte a ritenere non integrata la violazione dell'art. 8 CEDU nella vicenda sottoposta al suo esame.

L'estensione della tutela alle persone giuridiche ha trovato supporto anche in un noto provvedimento dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali [83], volto a fornire indicazioni in relazione alla disciplina applicabile al trattamento dei dati relativi a persone giuridiche, enti e associazioni. Sia pur con specifico riferimento ai c.d. servizi di comunicazione elettronica e nonostante la definizione di "interessato" nella disciplina a protezione dei dati personali non ricomprendesse già più le persone giuridiche [84], i destinatari delle norme risultavano comunque individuati non in funzione della loro qualifica soggettiva (persone fisiche ovvero giuridiche), bensì di una qualifica ulteriore che ne prescindeva e, segnatamente, quella di "contraente": termine che, proprio a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 69/2012, a far data dal 1° giugno 2012 ha sostituito, nelle disposizioni del Codice, quello precedente di "abbonato".

Analoghe considerazioni, *mutatis mutandis*, potrebbero legittimamente valere per il concetto di "interessato" di cui al GDPR e indurre il legislatore europeo a modificarne la definizione contenuta nell'art. 4 GDPR [85], aggiungendo il riferimento a qualunque "persona (fisica o) giuridica": in altri termini, come il concetto di "abbonato" e poi di "contraente" dei servizi di comunicazione elettronica è stato ritenuto certamente applicabile, anche sulla base di principi comunitari, tanto alle persone fisiche quanto a quelle giuridiche, così il termine "interessato" di cui al GDPR dovrebbe essere esteso anche agli enti in quanto titolari, sia pur con gli opportuni adattamenti [86], di un diritto alla protezione dei propri dati.

De iure condendo, poi, la bozza di Regolamento UE sulla *E-privacy* [87], in senso diametralmente opposto al GDPR, prevede espressamente l'estensione della tutela ivi prevista alle persone giuridiche: e ciò, sin dal § 1 che, nel proclamare il rispetto della *confidentiality* nelle comunicazioni elettroniche, sancisce l'operatività del relativo principio *both to natural and legal persons*, e cioè sia per le persone fisiche sia per quelle giuri-

---

ic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others».

[83] Provvedimento n. 262/2012.

[84] V., *supra*, nt. 76.

[85] Testualmente, art. 4, § 1, GDPR, «*'personal data' means any information relating to an identified or identifiable natural person ('data subject'); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person*».

[86] Com'è noto, tradizionalmente si ritiene che l'ente giuridico abbia capacità giuridica, sebbene non possa essere destinatario di tutti i rapporti o situazioni giuridiche soggettive riferibili alla persona fisica e, segnatamente, di quelli strettamente legati alla natura o alla qualità di persona umana del soggetto, in questo caso *data subject* o interessato, come la protezione di dati *physical*, *physiological*, *genetic* o *mental*; ma può certamente esserlo per quelli di tipo diverso, di natura *economic*, *cultural* o di *social identity*, e così via. L'ente potrebbe così vantare un diritto alla protezione dei dati relativi alla propria denominazione, nazionalità, sede, orientamento politico, ecc…. Sul punto, cfr. per tutti, C. TURCO, *Diritto civile*, I, Torino, 2014, 110 s.

[87] Esattamente, la *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council, concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications)*, recentemente modificata con procedimento n. 6087/2021 e al cui § 1 si legge che «*respect for the confidentiality of one's communications is an essential dimension of this right, applying both to natural and legal persons.*».



diche. In siffatto contesto, rileva altresì il § 2a, alla cui stregua le disposizioni del nuovo Reg. *E-privacy* integrerebbero il regolamento (UE) 2016/679 con norme in materie che non rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento (UE) 2016/679, come la tutela dei diritti delle persone giuridiche.

Ma è soprattutto il § 3 della medesima proposta di Regolamento *E-privacy* a condurre verso un concetto di "persona" che ricomprenda anche gli enti e ad ipotizzare fondatamente un'estensione alle persone giuridiche (anche) della tutela relativa al trattamento dei dati personali di cui al GDPR là dove, muovendo dalla necessità di tutelare i dati delle comunicazioni elettroniche degli enti – come segreti aziendali o altre informazioni sensibili di natura economica e/o di valore – con conseguente applicazione delle disposizioni del Regolamento *E– privacy* alle persone giuridiche, esso dispone che, ove necessario, le norme del Regolamento UE 2016/679 debbano operare *mutatis mutandis* anche per quegli utenti finali che sono persone giuridiche: d'altro canto, se così non fosse, rimarrebbero delle "zone grigie" riguardanti i dati di una persona giuridica, fonti di legittimi dubbi interpretativi. Si pensi al caso in cui il nome di una persona fisica (come il titolare di un'azienda) sia compreso nella denominazione dell'ente, oppure all'ipotesi in cui i dati raccolti riguardino sia persone fisiche sia giuridiche (come accade nelle *email* aziendali), o ancora ai trattamenti automatizzati di dati personali, nei quali risulta difficile distinguere tra dati relativi a persone fisiche e quelli relativi a persone giuridiche [88].

Sotto il secondo profilo [89], poi, relativo alla natura giuridica dell'iscrizione di un ente nel RUNTS, ai sensi dell'art. 4 CTS [90], l'iscrizione al RUNTS è requisito indispensabile perché un ente acquisti la qualifica di Ente del Terzo Settore (ETS) e, conseguentemente, sia assoggettato alla disciplina dettata dal CTS [91]: da qui, la configurazione dell'iscrizione nel Registro come pubblicità costitutiva della qualifica di ETS e dell'acquisto della personalità giuridica, come confermato dal decreto di attuazione del CTS (art. 7, comma 1, d.m. n. 106/2020).

Tuttavia, il CTS non ha abrogato né le disposizioni del libro primo del codice civile in materia di enti *non profit*, né quelle contenute nel d.P.R. n. 361/2000 sul registro delle persone giuridiche e a tali enti è ricono-

---

[88] In questi casi, per esempio, il WP29 (Gruppo di lavoro articolo 29) ha invitato ad utilizzare i criteri di "contenuto", "scopo" e "risultato" per stabilire se le informazioni personali si riferiscano o meno alla persona giuridica.

[89] È noto come, istituendo il Registro Unico nazionale del terzo settore, il legislatore abbia inteso realizzare i numerosi auspici da tempo formulati, ispirati ad un'esigenza di riordino e costituenti parte di un'istanza più generale di disponibilità dei dati e completa trasparenza, ispirata a quella cultura dell'*accountability* invocata dal GDPR. Sul punto, cfr. F. Bosetti, *op. cit.*, 401 ss. Possono iscriversi al RUNTS le organizzazioni di volontariato (ODV), le associazioni di promozione sociale (a.p.s.), gli enti filantropici, le reti associative, le associazioni riconosciute o non riconosciute, le società di mutuo soccorso che non hanno l'obbligo di iscrizione nel Registro delle Imprese, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società e costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi.

[90] Testualmente, «sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale […] ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore»: l'iscrizione, quindi, è *conditio sine qua non* per la qualifica di ETS.

[91] Gli ETS, con l'iscrizione al RUNTS, saranno tenuti al rispetto di vari obblighi riguardanti la trasparenza nei bilanci, i rapporti di lavoro e i relativi stipendi, l'assicurazione dei volontari, la destinazione degli eventuali utili, ma potranno accedere anche ad una serie di esenzioni e vantaggi economici previsti dalla riforma. Le soluzioni *software* e gli strumenti telematici dovrebbero garantire una gestione completa e trasparente dell'ente e del mondo *non profit*: dal tesseramento, alla contabilità, ai volontari e ai donatori, alle attività, convocazioni e verbali. Il d.m. n. 106/2020 ha integrato il CTS individuando le procedure che dovranno seguire gli enti per iscriversi al RUNTS.



sciuta la facoltà di non iscriversi o di non trasmigrare al RUNTS e quindi di continuare ad operare nella veste di associazione, fondazione o comitato soggetto alle norme del codice civile e del d.P.R. Allo stesso tempo, però, l'art. 22 CTS contempla un procedimento "agevolato" per le associazioni e le fondazioni che, attraverso l'iscrizione al RUNTS, mirino ad ottenere sia la qualifica di ETS, sia – in deroga alle disposizioni del d.P.R. n. 361/2000 – la personalità giuridica [92]. Secondo parte della dottrina [93], il regime del riconoscimento della personalità giuridica contemplato dal CTS e avente carattere "normativo" si differenzierebbe da quello previsto dal d.P.R. n. 361/2000 di natura "concessoria" in quanto conseguente «ad un provvedimento amministrativo di carattere discrezionale […] all'esito di una verifica sulla meritevolezza dello scopo dell'ente e della congruità dei mezzi predisposti per perseguirlo»: il che susciterebbe, in base a tale orientamento, dubbi in ordine alla costituzionalità della scelta del CTS di mantenere in vita il doppio binario per il riconoscimento della personalità giuridica agli ETS (iscrizione nel Registro delle persone giuridiche, da una parte e iscrizione al RUNTS, dall'altra).

A ben vedere, già il citato d.P.R. n. 361/2000 – preso atto del vasto fenomeno delle "formazioni sociali" e in piena coerenza con il dettato costituzionale (art. 2 Cost.) – ha segnato il significativo mutamento di prospettiva rispetto all'abrogata disciplina codicistica (art. 12 cod. civ.) e il riconoscimento, pur spettando sempre all'autorità a ciò preposta, è stato pressoché svuotato del suo contenuto "concessorio" e discrezionale [94]. In particolare, esso può legittimamente considerarsi di tipo eminentemente "normativo" e «determinato» dall'iscrizione dell'ente nel registro delle persone giuridiche [95] disposta (e non concessa) dall'autorità competente sulla base di un controllo preventivo (non di merito o sostanziale della fisionomia dell'ente, ma) meramente formale della sola possibilità e liceità dello scopo perseguito e della consistenza del patrimonio destinato alla sua realizzazione. Consequenziale a tale tipo di riconoscimento è il regime di pubblicità dichiarativa cui sono sottoposte le persone giuridiche, atto per l'appunto a rendere opponibili ai terzi elementi, atti e fatti indicati nel relativo registro [96].

Analoghe considerazioni, *mutatis mutandis*, sembrano fondatamente valere per l'acquisto della personalità giuridica a seguito di iscrizione nel RUNTS, fondata sulla mera verifica della sussistenza dei requisiti richiesti per la costituzione di un'associazione, fondazione o ente del terzo settore. Sembra deporre, in tal senso, lo stesso tenore complessivo delle regole dettate dal CTS riguardo all'iscrizione nell'apposito registro e, in particolare, sia l'art. 101 alla cui stregua «il requisito dell'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo

[92] Testualmente, art. 22, comma 1, CTS, «le associazioni e le fondazioni del Terzo settore possono, in deroga al decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361, acquistare la personalità giuridica mediante l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore ai sensi del presente articolo».

[93] R. CATALANO, *Il Registro Unico Nazionale ed il riconoscimento*, in D. DI SABATO, O. NOCERINO (a cura di), *Il Terzo settore. Profili critici della riforma*, Napoli, 2018, 49.

[94] Il riconoscimento degli enti senza scopo di lucro, prima del d.P.R. n. 361/2000 che ha per l'appunto innovato sotto tale aspetto la disciplina codicistica delle persone giuridiche contenuta nell'abrogato art. 12 cod. civ., era di tipo *concessorio*. Esso veniva rimesso alla valutazione discrezionale dell'autorità governativa (Governo o Prefetti), che poteva per l'appunto "concederlo" o meno con decreto (d.P.R. o prefettizio) sulla base di un preventivo controllo di merito o sostanziale della fisionomia dell'ente (organizzazione, mezzi patrimoniali, importanza e rilevanza dello scopo, ecc.): evidente retaggio storico dell'atteggiamento di sfavore del legislatore verso gli enti non di profitto. Al riguardo, cfr. C. TURCO, *op. cit.*, 115.

[95] Trattasi in entrambi i casi (Registro delle persone giuridiche e RUNTS) di una funzione o efficacia costituiva analoga a quella dell'iscrizione della società per azioni nel registro delle imprese *ex* art. 2331, comma 1, cod. civ., secondo il quale, in termini sostanzialmente equipollenti al d.P.R. n. 361/2000 e al d. m. n. 106/2020 di attuazione del CTS, «con l'iscrizione nel registro, la società acquista la personalità giuridica». Si tratta di pubblicità e di un'efficacia *costitutiva* in quanto non serve unicamente ad amplificare e rendere opponibile ai terzi un atto e/o rapporto già di per sé efficace *inter partes*, bensì a modificare la realtà giuridica preesistente "creando" essa stessa, sul piano degli effetti, una nuova situazione giuridica inerente ad un atto e/o rapporto.

[96] In tal senso, C. TURCO, *Diritto civile*, I, Torino, 2014, 115.



settore […], nelle more dell'istituzione del Registro medesimo, si intende soddisfatto da parte delle reti associative e degli enti del Terzo settore attraverso la loro iscrizione ad uno dei registri attualmente previsti dalle normative di settore»; sia l'art. 22, comma 1 *bis* [97], che prevede la sospensione – e non la perdita – di efficacia della personalità giuridica acquistata ai sensi del d.P.R. n. 361/2000 per quelle associazioni e fondazioni che ottengano, nel rispetto dei requisiti indicati dal CTS, l'iscrizione nel RUNTS e fintanto che questa sia mantenuta: il che induce legittimamente a ritenere – anche alla luce del *nomen iuris* e della lettera del testo che parla di effetto "costitutivo" dell'iscrizione (art. 7 d. m. n. 106/2020) – l'equipollenza (se non coincidenza) tra le due forme di riconoscimento della personalità giuridica (che altrimenti potrebbero coesistere), anche sul piano degli effetti giuridici. In particolare, l'art. 52 CTS disciplina espressamente l'opponibilità ai terzi degli atti ivi trascritti soltanto dopo la relativa pubblicazione nel Registro stesso, a meno che l'ente provi che i terzi ne erano a conoscenza. Trattasi, nondimeno, di una di quelle ipotesi di pubblicità dichiarativa *sui generis* [98], in quanto l'opponibilità-inopponibilità non risulta basata, come di norma, sulla c.d. scienza legale della trascrizione/iscrizione, a prescindere dalla conoscenza effettiva o meno del terzo, ma è legata alla prova che il terzo sia comunque e per altra via venuto a conoscenza di un certo atto o fatto, che, in caso di effettiva conoscenza, gli sarà ugualmente opponibile nonostante l'omessa pubblicità nella forme dovute.

In siffatto contesto, volto ad escludere che il CTS evochi una categoria o tipologia di personalità giuridica diversa da quella del d.P.R. n. 361/2000, si colloca altresì l'art. 22, comma 7, là dove espressamente prevede l'operatività per gli ETS personificati del generale principio alla cui stregua le persone giuridiche godono di autonomia patrimoniale perfetta [99]: anche per il CTS, quindi, l'autonomia patrimoniale perfetta rappresenta l'effetto fisiologico e più rilevante del riconoscimento dell'ETS come persona giuridica e della sua conseguente sottoposizione ad un regime di pubblicità che, oltre a rendere opponibili ai terzi i fatti e/o gli atti (struttura, organizzazione, vicende) oggetto di quest'ultima, pone i creditori dell'ente in grado di conoscerne la consistenza patrimoniale.

D'altra parte, non appare tuttavia condivisibile l'affermazione per cui il CTS avrebbe introdotto uno statuto generale dettato per gli ETS, dotati o meno di personalità giuridica, ed operante indipendentemente dall'acquisto della personalità giuridica [100]: ciò, in quanto, se è vero che l'iscrizione al RUNTS si configura come una libera scelta degli enti *non profit* che vogliano avvantaggiarsi delle agevolazioni fiscali e della legislazione speciale introdotta per il terzo settore, è altrettanto vero che essa è *conditio sine qua non* per l'acquisto della qualifica di ETS e per l'operatività della relativa disciplina tra cui il riconoscimento della

[97] Comma inserito dall'art. 6, comma 1, lett. b), d.lgs. 3 agosto 2018, n. 105, a decorrere dall'11 settembre 2018, ai sensi di quanto disposto dall'art. 35, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 105/2018.

[98] Si pensi, ulteriormente, al caso del difetto di notificazione al debitore ceduto della cessione del credito, cui può ovviarsi con la dimostrazione che il debitore, che è "terzo" rispetto al negozio di cessione intercorso tra creditore cedente e cessionario, fosse comunque «a conoscenza dell'avvenuta cessione» (art. 1264 cod. civ.); oppure quello della revoca o della modifica della procura con cui un soggetto attribuisce ad un altro il potere di rappresentarlo, che «devono essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei» e, in mancanza, saranno nondimeno opponibili a quei terzi che si provi le conoscessero «al momento della conclusione del contratto» con il rappresentante (art. 1396 cod. civ.); o ancora all'art. 2448 cod. civ., sugli effetti della pubblicazione nel registro delle imprese, alla cui stregua «gli atti per i quali il codice prescrive l'iscrizione o il deposito nel registro delle imprese sono opponibili ai terzi soltanto dopo tale pubblicazione, a meno che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza».

[99] Testualmente, art. 22, comma 7, CTS, «nelle fondazioni e nelle associazioni riconosciute come persone giuridiche, per le obbligazioni dell'ente risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio».

[100] In tal senso, R. CATALANO, *Il Registro Unico Nazionale ed il riconoscimento della personalità giuridica agli Enti del Terzo Settore*, cit., 50, che conclude affermando che la generale disciplina contenuta nel CTS definisce il regime giuridico cui sottostanno tutti gli enti qualificabili come ETS, siano essi personificati o no, in ragione dell'attività esercitata e dell'iscrizione al RUNTS ovvero, in regime transitorio, agli altri previgenti registri speciali.



personalità giuridica. Ai sensi dell'art. 22, comma 1, infatti, «le associazioni e le fondazioni del Terzo settore possono acquistare la personalità giuridica mediante l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore» e, *ex* art. 7, comma 1, d.m. n. 160/2020, «l'iscrizione nel RUNTS ha altresì effetto costitutivo della personalità giuridica».

In altri termini, alla luce di un'attenta lettura del dettato normativo, gli enti *non profit* potranno essere riconosciuti o meno come persone giuridiche, ma acquisteranno necessariamente la personalità giuridica – oltreché la qualifica di ETS – a seguito di iscrizione nel RUNTS: sicché ci saranno associazioni o fondazioni non iscritte al RUNTS e tuttavia già dotate di personalità giuridica, perché iscritte nell'apposito registro delle persone giuridiche, ma non sembrano pensabili ETS, così qualificabili perché iscritti al RUNTS, privi di personalità giuridica. Ragionando diversamente – e cioè limitando il riconoscimento della personalità giuridica a seguito di iscrizione nel RUNTS alle sole associazioni e fondazioni che trasmigrino nel RUNTS – non solo si determinerebbe uno scollamento ed un'ingiustificata disparità di trattamento giuridico tra ETS e RUNTS, da una parte e associazioni e fondazioni che trasmigrano nel RUNTS, dall'altra, ma si svuoterebbe altresì la stessa *ratio* della riforma del terzo settore che è quella del riordino e della razionalizzazione delle norme in materia di enti *non profit*, mediante l'emanazione di una disciplina unitaria ed organica di tale settore, anche e soprattutto atta a semplificare il sistema di registrazione con l'istituzione di un registro unico nazionale: *ratio* che non potrebbe realizzarsi se, diversamente dal registro delle persone giuridiche di cui al d.P.R. n. 361/2000, il RUNTS determinasse l'acquisto soltanto della qualifica di ETS e non anche della personalità giuridica per tutti gli enti che chiedano ed ottengano l'iscrizione nel medesimo. Ed è in tal senso che va letto l'art. 48 CTS sul «contenuto» dell'iscrizione là dove elenca tra le «informazioni» che «devono risultare per ciascun ente» nel RUNTS anche l'*eventuale* «possesso della personalità giuridica»: tale informazione va più correttamente intesa come richiesta per quegli enti già personificati ai sensi del d.P.R. n. 361/2000 che vogliano acquisire la qualifica di ETS e per i quali l'efficacia dell'iscrizione nei registri delle persone giuridiche di cui al d.P.R. n. 361/2000 è sospesa fintanto che sia mantenuta l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore (art. 22, comma 1-*bis*, CTS).

Più precisamente, per gli ETS già in possesso di personalità giuridica, l'iscrizione al RUNTS comporterà la sospensione (non cancellazione) dal registro delle persone giuridiche e, nel caso di successiva eventuale cancellazione dal RUNTS, tale originario riconoscimento riacquisterà efficacia. Per quanto riguarda i nuovi richiedenti ETS, il controllo di legalità ai fini dell'iscrizione è affidato al notaio che, in caso di valutazione positiva, richiederà l'iscrizione dell'ente nel RUNTS e, una volta iscritto, l'ente acquisterà la personalità giuridica e l'autonomia patrimoniale perfetta [101]. Soltanto nel secondo caso, l'iscrizione nel RUNTS avrebbe effetto "costitutivo" non solo relativamente all'acquisizione della qualifica di ente del Terzo settore (e della fruizione dei benefici previsti dal Codice e dalle vigenti disposizioni in favore degli ETS), ma altresì della personalità giuridica: ai sensi dell'art. 7 del recente d.m. n. 106/2020, infatti, «nei casi previsti dall'art. 22, commi 1, 2 e 3 del Codice, l'iscrizione nel RUNTS ha altresì effetto costitutivo della personalità giuridica». Rimane fuori il comma 1-*bis* dell'art. 22 CTS relativo alle associazioni e fondazioni già in possesso della personalità giuridica: posto che non sembra possa trattarsi di una dimenticanza, l'esclusione del comma 1-*bis* parrebbe dettata non da una diversa efficacia tra i due tipi di riconoscimento della personalità giuridica, ma

[101] In altri termini, il RUNTS ha due binari paralleli per il suo popolamento iniziale: uno partito il 23 novembre 2021 che prevede il trasferimento delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale già iscritte nei rispettivi Registri regionali alla data del 22 novembre 2021 e l'altro, avviato il 24 novembre 2021, cui possono accedere gli Enti del Terzo settore di nuova costituzione o di nuova iscrizione.



più correttamente dalla superfluità di una "doppia" personalità giuridica e dall'obiettivo di evitare che i due sistemi, "vecchio" (registro delle persone giuridiche, di cui al d.P.R. n. 361/2000) e "nuovo" (RUNTS, introdotto con il CTS) si sovrappongano inutilmente. In altri termini, con l'art. 7, comma 1, d.m. n. 106/2020 e l'omessa menzione del comma 1-*bis* dell'art. 22 CTS, il legislatore ha inteso essenzialmente rendere coerente il sistema, escludendo scientemente che l'iscrizione nel RUNTS determini (e sia presupposto per) l'acquisto della personalità giuridica in capo ad enti (associazioni e fondazioni del terzo settore) che già la possiedono ai sensi del d.P.R. n. 361/2000.

JUS CIVILE



ALESSANDRO PURPURA

Ricercatore di Diritto privato – Università degli Studi di Palermo

IL CONSENSO NEL MERCATO DEI DATI PERSONALI. CONSIDERAZIONI AL TEMPO DEI BIG DATA

SOMMARIO: *1. Premessa. Il "mito" del consenso al tempo dei big data. – 2. Regolazione europea e circolazione del dato personale. – 3. GDPR, primazia del consenso e altre basi giuridiche del trattamento. – 4. La dimensione negoziale del consenso al trattamento. – 5. "Granularità" del consenso e tracciamento della navigazione in rete. – 6.* Segue. *Il caso Orange Romania. – 7. L'apporto della direttiva 2019/770/UE e l'autodeterminazione economica. – 8. Conclusioni. Consenso ed eventuali alternative nella cornice dei big data.*

1. – I mutamenti che ormai da tempo incidono sulla circolazione dei dati personali costituiscono un inesorabile banco di prova della capacità del diritto di adattarsi al progresso tecnologico: l'avvento del nuovo sollecita una domanda di regolazione, che rivela sì la rapida obsolescenza della produzione normativa esistente, ma parimenti consegna all'interprete il delicato ruolo di ricondurla "a sistema", ricercando, secondo logiche proprie del pluralismo giuridico, una matrice comune alle complessità [1]. Da essa muoverebbe il convincimento che esistano «controspinte sufficienti a far pensare che sia ancora possibile un sistema giuridico magari più aperto ma non irrimediabilmente liquefatto» [2].

L'operazione ermeneutica di razionalizzazione – che oltretutto non va esente dai rischi della riconcettualizzazione e della generalizzazione [3] – tuttavia è resa più ardua in quegli ambiti in cui gli esiti dello sviluppo della tecnica, sotto la spinta motrice della globalizzazione, si dispiegano in uno spazio economico, come accade per l'attuale quantità esponenziale di dati personali in circolazione, che induce a trattamenti in massa, nel contesto di un'economia prevalentemente digitalizzata.

Che lo scambio di informazioni sia una costante di ogni rapporto interpersonale [4] lo si evince dalla centralità del diritto alla riservatezza nelle quotidiane relazioni sociali, che impongono quantomeno la declinazione

[1] Così C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, 191 ss., e già M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, 135 ss.

[2] Così S. MAZZAMUTO, *Il diritto pos-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *A proposito del diritto postmoderno, Atti Seminario Leonessa, 22-23 settembre 2017*, a cura di G. GRISI, C. SALVI, *L'unità del diritto*, *Collana del Dipartimento di Giurisprudenza*, XII, *Quaderni del Dottorato*, Roma, 2018, 71.

[3] Rischi avvertiti nel pericolo che un'opera di riconcettualizzazione possa portare con sé una fuga in avanti o che la generalizzazione sia indebita e ceda all'indeterminatezza. In proposito S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*[4], Torino, 2020, 21.

[4] Si veda M. FRANZONI, *Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale*, in questa *Rivista*, 2021, 1, 6. Già quasi cinquant'anni fa si osservava che «non si può negoziare la modernità se non continuando a continuamente rivelare informazioni a una pluralità di soggetti» (R. POSNER, *The Right of Privacy*, in *Georgia Law Rev.*, XII, 1977, 3, 393 ss.).



delle proprie generalità, se non qualcosa in più (come per la conclusione di contratti di prestazione di servizi per una qualsiasi utenza o per accedere ad un finanziamento da parte di un istituto di credito o per entrare in certi luoghi, come un circolo o una palestra). In tal modo sarebbe di per sé fisiologica la frizione tra l'esclusività del diritto alla *privacy*, tradizionalmente ascrivibile ai diritti della personalità e dunque dotato di assolutezza, e la "relazionalità" del fenomeno circolatorio.

Ma da qualche tempo utenti e utilizzatori del dato figurano quali soggetti operanti in un mercato [5], in cui si vorrebbe fare del dato personale "oggetto" e, dapprima, partecipe di un processo di reificazione [6], esso viene da più parti rivestito della dignità di "bene", suscettibile di valore economico, per divenire progressivamente merce di scambio di una "*monetary*" o di una "*non monetary*" *transaction* [7]. Non sempre è chiaro se chi propugna tali letture sia pienamente consapevole delle conseguenze sul piano della tutela della persona, ma sono un dato di fatto le spinte a concepire la circolazione dei dati personali come un mercato [8], a testimonianza della sua complessità, oltretutto affidato alla regolazione di un'autorità indipendente. La regolazione della circolazione dei dati personali allora non è orientata solamente alle istanze di tutela della persona titolare del dato, ma si fa carico anche di quelle sottese all'utilizzo del dato personale, fattore di competitività per i soggetti che lo sfruttino [9].

Una distribuzione capillare e planetaria di beni e servizi contribuiva già alla "deterritorializzazione" del commercio (e, più nel complesso, delle relazioni sociali), ossia a una rarefazione dell'aspetto geografico di svolgimento di un'attività economica, che si proietta piuttosto in uno spazio "virtuale". L'uso della rete e di nuove tecnologie digitali, massimizzato al tempo dell'emergenza sanitaria da Covid-19, ha accelerato l'impiego di quelle tecniche di elaborazione delle informazioni basate sull'aggregazione di dati analitici, c.d. *big data analytics* [10], ricavati dagli accessi alla rete per la ricerca di un prodotto o servizio a contenuto digitale. Nel solco del modello "postfordista", nel quale il consumatore è partecipe di un processo circolare, in grado di trasformare le esigenze di consumo in fattori di alimentazione della produzione, l'aggregazione dei

---

[5] V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia: elementi per un bilancio ventennale*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, Torino, 2019, 20; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, 15 ss.

[6] In proposito, tra i tanti, C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020, *passim*; nonché F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico nel diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 3, 459 ss., spec. 464. Cfr. P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 2, 326 ss., poi in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, 335 ss.

[7] C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 62; C. ALVISI, *Dati personali e diritti dei consumatori*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 1182 ss.

[8] Un mercato che si espone alle sfide descritte in A. QUARTA – G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2020, *passim*.

[9] Il considerando n. 30 del regolamento *GDPR* prevede che «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 (*cookie*) 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».

[10] L'origine dei *big data* muove dall'affinamento dei *database* relazionali e dei linguaggi di programmazione, e in particolare ai sistemi di *Business Intelligence* (BI), che si basano prevalentemente sull'analisi descrittiva (per raccogliere e ordinare dati storici e attuali, in modo da fornire una fotografia della situazione esistente), e di *Business Analytics* (BA), che lavora sull'analisi predittiva (attraverso l'elaborazione dei dati tramite i processi di *data mining*, l'analisi statistica dei dati e sistemi di apprendimento automatico, in funzione predittiva). In proposito A. REZZANI, *Architettura, tecnologie e metodi per l'utilizzo di grandi basi di dati*, Milano, 2013, *passim*; G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big data e privacy by design. Anomizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2017, *passim*; A.C. NAZZARO, *L'utilizzo dei Big data e i problemi di tutela della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 4, 1239 ss.



dati è funzionale a profilare gli utenti [11], individuandone le preferenze, specialmente quelle di consumo, mediante algoritmi di *machine learning*.

Il mercato digitale affronta dunque nuove sfide: dapprima con il c.d. "*web* 2.0", che agevola l'insorgere di posizioni monopolistiche, che trasformano il *web* in un complesso di piattaforme» con interazione diversificata (come *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, ecc.) [12]; e da ultimo con l'ambizioso traguardo del c.d. "*web 3.0*" [13], che propone ulteriori livelli di integrazione della rete, attraverso strumenti innovativi. Tra questi: *a*) la semantica dei dati, per permettere ricerche più accurate, (proponendosi la sfida di un "*semantic web*", immaginabile grazie a elaboratori capaci di una lettura simultanea di tutti i dati del *web*); *b*) l'intelligenza artificiale, che mediante il ricorso ad archivi di dati individua necessità e gusti degli utenti secondo il loro comportamento in rete; *c*) l'utilizzo di nuovi algoritmi, volti alla costruzione di ambienti più complessi (tridimensionali), grazie a maggiori capacità di calcolo. Ambienti sempre più intelligenti aumentano l'identificabilità di un dato conferendo valore semantico a quel che prima appariva un'informazione rappresentata da una certa quantità di segni [14].

Si registra, dunque, la tendenza a cogliere in qualsiasi informazione relativa all'attività sul *web* dell'utente, conformemente alla definizione di cui all'art. 4, n. 1, reg. *GDPR*, un'attitudine "identificativa" della persona fisica [15]. E questa capacità di per sé giustificherebbe la permanenza della riservatezza del dato personale nel novero dei diritti della personalità [16]. Semmai la produzione esponenziale e, il più delle volte, inconsapevole di informazioni nelle attività sul *web* indurrebbe a ritenere che i *big data* non sempre consistano in veri e propri dati personali, ma, «in senso metaforico, elementi più vicini alle c.d. *res derelictae*, di cui chiunque può appropriarsi» [17]. E quindi la vocazione "aperta" della nozione di dato personale, che ricomprende un enorme numero di situazioni tra loro eterogenee e non sempre prevedibili al diritto, veicolate dall'utilizzo della nuova tecnologia *web 3.0*, mette in crisi la stessa utilità di una definizione unitaria rispetto alla finalità di tutela alla quale è preordinata [18].

---

[11] L'art. 4, n. 4, del regolamento *GDPR* intende per "profilazione": «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica».

[12] A. QUARTA, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020, spec. cap. II.

[13] Cfr. R. DUCATO, *La crisi della definizione di dato personale nell'era del web 3.0. Una riflessione civilistica in chiave 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, Trento, 2016, *passim*.

[14] H. ZECH, *Information as a property*, in *Journal of Intellectual Property*, *Information technology ad Electronic Commerce Law*, 2015, 6(3), 192.

[15] Si richiama la definizione di dato personale espressa dall'art. 4, n. 1, reg. *GDPR*, secondo la quale per dato personale si intende «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».

[16] Sui diritti della personalità, A. DE CUPIS, *Diritti della personalità*[2], *Tratt. dir. civ. comm*., diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, Milano, 1982, 38 ss.; D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 355 ss.; P. RESCIGNO, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, 1 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 436 ss.; P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, *passim*; D. MESSINETTI, *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 547 ss.; G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di R. SACCO, Torino, 2019, spec. 453 ss.

[17] M. FRANZONI, *Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale*, cit., 11.

[18] Un rischio della generalizzazione a livello definitorio potrebbe consistere sia nel porre sullo stesso piano dati soggetti ad "ano-



L'elaborazione automatizzata dei dati acquisiti attraverso gli strumenti informatici consente, dunque, un più agevole raggruppamento degli utenti in classi omogenee per gusti, interessi e comportamenti, così da trarne previsioni sulle future determinazioni [19], in modo da orientare le strategie commerciali dei principali attori del mercato (ad esempio, mediante annunci pubblicitari personalizzati). Sullo sfondo della tecnica della c.d. *mass customization* si osserva una nuova stagione, di *orwelliana* memoria: un capitalismo c.d. "della sorveglianza" [20], preordinato alla captazione delle scelte degli utenti (preferenze, interazioni, stili di vita) per poi poterle indirizzare, quale flusso di ritorno di un monitoraggio predittivo. Questi atteggiamenti, sintomatici della capacità delle imprese di adattarsi alle sfide poste dalla rivoluzione digitale, hanno consentito l'affermarsi di strategie imprenditoriali "estrattive", che ottengono enormi ricavi grazie all'impiego di risorse acquisite con costi – laddove vi siano – infinitesimali, in quanto cedute senza alcuna percezione da parte degli interessati della loro reale portata economica [21].

Al passo con quella tendenza alla patrimonializzazione dei diritti della persona [22] e nella suggestione che i dati personali si rivelino un "nuovo petrolio" [23], dal dato è dunque ricavabile un indice di propensione al consumo, una possibile convergenza della persona al consumo, che porta all'emersione della componente economica del dato personale, a scapito di quella etico-esistenziale, che era valsa all'elaborazione di un diritto fondamentale della persona (*ex* art. 8 CEDU) [24]. D'altronde al rilievo autonomo delle dimensioni esistenziale e patrimoniale, smentito dai tempi, pare sostituirsi un'inscindibile compenetrazione, che assume la persona umana nella sua considerazione unitaria, come fattore di agglu-

---

nimizzazione", "pseudonimizzazione" o "deidentificazione", sia nel lasciare sprovvisti di tutela dati grezzi (*raw*) che non consentono un'immediata identificabilità per la mente umana, ma possono acquisire significato laddove sottoposti al trattamento degli elaboratori elettronici, e in tal caso la scarsa probabilità di identificazione potrebbe essere nel tempo superata dallo sviluppo tecnologico. In proposito, si vedano N. PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law*, in *Law, Innovation and tecnology*, 2018, 40 ss.; R. DUCATO, *La crisi della definizione di dato personale nell'era del web 3.0.*, cit., *passim*; E. PELLECCHIA, *Dati personali, anonimizzati, pseudonimizzati, deidentificati: combinazioni possibili di livello molteplici di identificabilità nel GDPR*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2020, 360 ss.

[19] A. MANTALERO, *La privacy all'epoca dei Big data*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 1187.

[20] S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, trad. it., Roma, 2019, *passim*; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., 11 ss.; AA.VV., *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, cit., *passim*. In proposito anche A. QUARTA, *Capitalismo cognitivo*, a cura di C. VERCELLONE, Roma, 2006, *passim*; A. FUMAGALLI, *Bioeconomia e capitalismo cognitivo. Verso un nuovo paradigma di accumulazione*, Roma, 2007, *passim*; V. CODELUPPI, *Il biocapitalismo*, Torino, 2008, *passim*.

[21] F. PIRAINO, *I "diritti dell'interessato" nel Regolamento generale sulla protezione di dati personali*, in *GDPR tra novità e discontinuità*, a cura di R. CATERINA, in *Giur. it.*, 2019, 12, 2799, che richiama, a proposito del capitalismo "estrattivo", S. SASSEN, *Espulsioni. Brutalità e complessità nell'economia globale*, Bologna, 2015, *passim*.

[22] In proposito, *ex multis*, si vedano G. RESTA, *Autonomia patrimoniale e diritti della personalità*, Napoli, 2005, *passim*; ID., *Contratto e persona*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da V. ROPPO, IV, *Interferenze*, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, 2 ss.; F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, 9 ss.; A. NICOLUSSI, voce *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, 133 ss.; C. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2014, *passim*; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Torino, 2019, *passim*; L. VALLE, *Il contratto e la realizzazione dei diritti della persona*, Torino, 2020, *passim*; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., *passim*, spec. 27 ss. e 113 ss.

[23] Lo si evince, ad esempio, dal documento "*Personal Data. The Emergence of a New Asset Class*" del gennaio 2011 del "*World Economic Forum*" (WEF), pubblicato il 17 febbraio 2011 su *Weforum.org*, dal quale si legge che «*personal data will be the new "oil" – a valuable resource of the 21st century. It will emerge as a new asset class touching all aspects of society*». In proposito C. BASUNTI, *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Contr. impr*., 2020, 2, 862. Cfr. M. GAMBINI, *Dati personali e internet*, Napoli, 2008, 24 ss.

[24] Si veda R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2020, 760 ss. Cfr. A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, 12.



tinamento, volto a mitigare la netta separazione tra la sfera patrimoniale e quella non patrimoniale [25].

Alla forza propulsiva delle dinamiche osservate non è estraneo il consenso dell'interessato, snodo cruciale tra la persona, la sua proiezione all'esterno e l'incidenza del terzo, sollecitata dalla circolazione o commercializzazione del dato personale. Finché la protezione del dato personale è tutela del nucleo non patrimoniale del diritto, della sfera privata e personale di ciascun individuo, il consenso è autodeterminazione individuale che incide, da ultimo, sulla realizzazione della personalità umana e sulla sua salvaguardia da interferenze esterne. Ma non appena la protezione dei dati personali perda l'originaria vocazione esclusiva al rispetto della vita privata e approdi nel contesto del "mercato dei dati", anche l'autodeterminazione individuale al trattamento rischia di risentirne [26]: il consenso quale emblema di una forma di protezione forte da ingerenze altrui nella sfera personale immateriale, diviene uno strumento di controllo delle elaborazioni "predittive", compiute su quei dati dalle *data companies*. Da qui, si è osservato che il consenso quale condizione di ammissibilità al trattamento costituisce una mera adesione, che pur consapevole e informata, non è dissimile da quella di consumatori e utenti dinanzi al contratto standardizzato [27], e che, divenendo consenso "negoziale", la volontà personale nella logica dello scambio animata dalla digitalizzazione abbia mutato ruolo, unitamente alle forme del controllo sulla circolazione a fini commerciali dei dati personali [28].

Nella direzione di una disillusione verso uno strumento di selezione di ciò che la persona è disposta a cedere, ha contribuito l'impressione che la prestazione del consenso, sottesa all'accesso a un servizio dal contenuto digitale, non sia una scelta del tutto libera, se dominata dalla logica dello scambio, tanto da risultare condizionata alla controprestazione offerta dal professionista. E, più radicalmente, si è poi sostenuto che la trasposizione del consenso dell'interessato nel perimetro del contratto [29] abbia avviato l'autodeterminazione del titolare del dato a una parabola discendente [30] o che, il consenso dinanzi alle tecniche di elaborazione dei dati sia svuotato di contenuti, tanto da divenire un "mito", nei confronti del quale già nel 1973 Stefano Rodotà ammoniva [31].

Eppure, dietro l'adozione di opzioni ermeneutiche che del consenso al trattamento testimoniano una perduta centralità, si annida il rischio di mistificare una fuga dalla regola di autodeterminazione, posta a «formale baluardo della tutela dell'individuo» [32], e di mortificare la primazia del consenso pur laddove essa non venga nel piano delle regole scalfita. La rilevanza del consenso e della specificità delle finalità del trattamento, come definite nel momento iniziale della raccolta dei dati, permangono infatti quali elementi fondanti del-

---

[25] Sulla quale cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, *passim.*

[26] Si veda R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2020, 760 ss. Cfr. A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, 12.

[27] C. CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla l. n. 675/1996*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 1057; S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Bologna, 1995, 41 s.

[28] C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., 59.

[29] Sulla quale, già in passato, F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, cit., *passim*, relativamente alla possibilità di rendere i dati personali oggetto di accordi di natura negoziale, non già quale forma di negozialità dei dati personali, ma quale espressione di negozialità dell'*an* e del *quomodo* del trattamento dei dati (*ivi*, 110 ss.) e relativamente ai possibili modelli di negoziazione delle regole di trattamento (*ivi*, 247 ss.).

[30] Si vedano C. BASUNTI, *La (perduta) centralità del consenso*, cit., 860 ss.; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 38 ss.; I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo e analisi comportamentale*, in *Annali. Università degli studi Suor Orsola Benincasa*, Napoli, 2018, 7 ss. (nonché in *Osserv. dir. civ. comm.*, 2018, 1, 67 ss.); F. STASSI, *Consenso dell'interessato e dati personali al tempo dei big data*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, XIX, 2021, 105 ss.; M.G. STANZIONE, *La protezione dei dati personali tra «consumerizzazione» della privacy e principio di accountability*, in *Comparazione dir. civ.*, 2022, 1, 1 ss.

[31] S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, 45 ss.

[32] C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., 59.



la regolazione europea. Ed è semmai fuori dallo spettro dei trattamenti ordinari, nel contesto di trattamenti massivi dei *big data*, che si percepisce una sostanziale perdita di controllo sul dato ad opera dell'interessato, determinata da fattori estranei alla regolazione normativa [33].

Tra questi campeggia la riduzione della soglia di attenzione dell'interessato, dinanzi a reiterate richieste di consenso da parte delle *data companies* con conseguenze in ordine alla capacità cognitiva dell'informativa, tali da compromettere l'integrità del processo decisionale che precede il consenso al trattamento. Dinanzi al fenomeno dei *big data* l'utente d'altronde non ha a che fare con dati dotati di immediata attitudine comunicativa e pertanto egli comprende meno di quanto quei dati possano dire di sé a professionisti del settore. Una disattenta prestazione del consenso è allora frequentemente incoraggiata dalla scarsa dimestichezza con i servizi della società dell'informazione o dalla naturale inaccessibilità del navigatore medio alla comprensione di meccanismi dall'elevato livello di complessità o sofisticazione o, ancora, dalla sensazione che la circolazione in forma aggregata di una vasta mole di dati riesca a maggiorare i vantaggi dei servizi offerti rispetto ai rischi di nocumento alla propria persona.

Contribuisce inoltre a ridurre il controllo dell'interessato sulla circolazione del dato la difficoltà di revocabilità del consenso, possibilità predisposta dal legislatore europeo ma talvolta svuotata di "effettività". Si pensi a una circolazione dei dati che ormai è divenuta virale nella rete e sfugge quindi alla possibilità che il titolare ne arresti la circolazione, riacquistandone la signoria (senza considerare il caso in cui essa sia inibita dall'avere ceduto contrattualmente il dato personale).

Ancora, a dismettere la centralità del consenso per i trattamenti massivi concorre un processo di depersonalizzazione del dato, funzionale a ridurre i rischi di vulnerabilità dell'utente "profilabile", attraverso l'impiego di alcuni strumenti di sicurezza che ne impediscono la profilazione: tecniche di *anonimizzazione* (come la *generalizzazione* o la *randomizzazione*) e di *pseudonomizzazione* (come la *crittografia* o la *tokenizzazione*) [34]. Con le prime si priva il dato personale in modo definitivo della sua capacità identificativa, ad esempio generando distorsioni o alterazioni tali da rendere il dato personale non riconducibile all'utente e, di conseguenza, avulso dal qualificarsi dato personale conformemente alla regolazione europea, la cui applicazione sarebbe dunque preclusa. Eppure queste tecniche non risolvono il rischio di una re-identificazione dell'utente ad opera dei *data players* [35]. Diversamente, la pseudonimizzazione permette di mantenere una piena corrispondenza dei dati pseudonimizzati con quelli originari, grazie all'utilizzo di informazioni aggiuntive che riducono la correlabilità del dato con l'interessato e senza alcuna alterazione, in modo da consentire piuttosto ai dati di mantenere il loro valore informativo e di essere sottoposti alla disciplina europea [36]. Ebbene, anche la diffusione dei riferiti strumenti di alterazione della capacità identificativa del dato potrebbe costituire un sintomo della marginalizzazione in questo ambito del ruolo del consenso dell'utente.

Proprio nel tentativo di far fronte alle complessità del fenomeno dei *big data*, sprovviste di specifica regolazione giuridica, il 30 maggio 2017, l'Autorità *antitrust*, l'Autorità garante delle comunicazioni e quella per la protezione dei dati personali hanno avviato, di concerto, un'indagine conoscitiva per esaminare le implica-

---

[33] A.C. NAZZARO, *L'utilizzo dei Big data e i problemi di tutela della persona*, cit., 1239 ss.

[34] F. STASSI, *Consenso dell'interessato e dati personali al tempo dei big data*, cit., 123.

[35] Ammonisce dai rischi di una reidentificazione P. OHM, *Broken Promisese of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, in *UCLA Law Review 57*, 2010, 1, 1701 ss.

[36] L'art. 4, n. 5, *GDPR* definisce la "pseudonimizzazione" come «il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile».



zioni dello sviluppo del fenomeno dei *big data* sulle regolazioni della protezione dei dati personali, delle comunicazioni elettroniche e della tutela del consumatore [37].

Eppure è legittimo dubitare che le dinamiche di cui si è riferito rilancino nella dimensione del diritto generale la riferita neutralizzazione del consenso al trattamento: il titolare del dato in effetti non smarrisce la sua originaria signoria fuori dallo spettro di interazione dei *big data*, e dunque laddove la sua autodeterminazione sia più esposta all'evoluzione tecnologica. A pensar diversamente, si negherebbe la centralità del consenso rispetto ai trattamenti ordinari, con il rischio di accelerare quei processi di mercificazione del dato personale che assottigliano il potere determinativo dell'interessato. La trattazione che segue si propone, quindi, di verificare il perdurante rilievo dell'autodeterminazione individuale nel quadro dell'attuale regolazione normativa sulla circolazione dei dati personali e di riflettere le specificità dei trattamenti dotati di carattere massivo e pervasivo, più difficilmente riconducibili a una prospettiva esclusivamente individuale.

2. – Com'è noto, il principale referente normativo della circolazione del dato personale, a livello europeo, è costituito dal reg. 2016/679/UE, "*General Data Protection Regulation*" (di seguito "*GDPR*") [38] e alla dir. 2016/680/UE, attuata con il d.lgs. 10-8-2018 n. 101, che ha modificato il d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, codice della *privacy*. Occorre aggiungere che la contrattualizzazione del dato personale è stata di recente suggellata dalla positivizzazione dello schema di cessione del dato, *ex* art. 3, par. 1, della dir. 2019/770/UE, "*Digital Content Digital Services*" (*DCDS*) [39], attuata con il d.lgs. 4 novembre 2021 n. 173, che ha inserito il Capo I-bis "Dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali" (artt. 135-*octies*-135-*vicies ter*) al titolo III della parte IV del codice di consumo.

Ma il tentativo di uniformare le discipline nazionali dei paesi dell'Unione Europea [40], indotto dalla globalità dei fenomeni riferiti in premessa, approda con il *GDPR* al momento terminale di un processo di regola-

[37] L'indagine conoscitiva, dopo l'audizione dei principali operatori dell'economia dei dati, delle telecomunicazioni, dei settori finanziari e dell'editoria, nonché esperti e accademici, nonché dopo l'invio di richieste di informazione ai grandi operatori digitali, si è conclusa con la delibera 458/19/CONS, adottata nel novembre 2019 dall'Autorità garante delle comunicazioni.

[38] Dell'abbondante bibliografia in commento al *GDPR* si segnalano le opere collettanee: AA.VV., *La nuova disciplina europea della Privacy*, a cura di S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio, Padova, 2016; AA.VV., *I dati personali nel diritto europeo*, cit.; AA.VV., *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel regolamento UE 2016/679*, a cura di L. Califano, C. Colapietro, Napoli, 2017; AA.VV., *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da G. Finocchiaro, Bologna, 2017; AA.VV., *Regolare le tecnologie: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali*, a cura di A. Mantalero, G. Finocchiaro, Pisa, 2018; 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 R. Panetta, Milano, 2019; AA.VV., *Privacy digitale: riservatezza e protezione dei dati personali, tra GDPR e nuovo Codice privacy*, a cura di E. Tosi, Milano, 2019; AA.VV., *Persona e mercato dei dati: riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, Padova-Milano, 2019; AA.VV., *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, a cura di G. Finocchiaro, Bologna, 2019; A. Barba, S. Pagliantini, *Delle persone. Leggi collegate*, II, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2019; nonché AA.VV., *GDPR tra novità e discontinuità*, cit., 2777 ss.

[39] Si rinvia in proposito al par. 7 del presente lavoro.

[40] Si segnala oltretutto che di recente non sono mancati rilevanti tentativi analoghi di regolazione in altri ordinamenti, come la legge federale russa n. 152-FZ o il canadese "*Personal Information Protection and Electonic Document Act*" (*PIPEDA*) o il "*California Consumer Privacy Act*" (*CCPA*). Quest'ultima è una legge statale della California, adottata nel 2018 e in vigore dall'1 gennaio 2020, sulla protezione dei dati personali circolanti per finalità di consumo, che si applica a tutte le società a scopo di lucro che nel mondo: *a*) vendono le informazioni personali di oltre 50000 utenti all'anno, persone o *devices*, residenti in California; *b*) hanno un fatturato annuo lordo superiore a 25 milioni di dollari o derivano più del 50 per cento del loro fatturato annuale dalla vendita delle informazioni personali dei residenti californiani (sez. 1798.140 del corpo normativo). Si tratta di una disciplina del modo in cui le imprese che rispondono alle riferite soglie sono autorizzate a trattare le informazioni personali dei cittadini residenti in California.



zione che è stato avviato con le due direttive: *a*) dir. 1995/46/CE [41], cd. direttiva "madre", recepita dal legislatore nazionale con la l. 31 dicembre 1996, n. 675; *b*) e dir. 2002/58/CE, c.d. "*ePrivacy*", attuata in Italia con il codice della *privacy* del 2003 [42], oltretutto coevo al recepimento italiano della dir. 2000/31/CE, ad opera del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, sul tema contiguo del commercio elettronico.

L'armonizzazione affidata alle due direttive, mantenendo la logica di protezione di un diritto della personalità [43], quale la riservatezza, si proponeva di contrastare eventuali interferenze altrui con la sfera personale [44], rese più frequenti dalla necessità di assicurare le libertà fondamentali, in linea con il Trattato di Maastricht, e segnatamente la libera circolazione dei dati nel contesto intracomunitario. Si è osservato che in questa fase di disciplina europea è mancata una ricostruzione calibrata in termini patrimonialistici [45] e che poi, con il *GDPR,* il legislatore europeo «non si è limitato a restituire il diritto vigente in chiave prevalentemente ricognitiva, come nella tradizione dei *Restatement*, ma ha compiuto scelte significative di politica del diritto» [46]. Eppure si potrebbe obiettare che già allora la prospettiva di tutela fosse «quella del titolare del trattamento (…) cioè quella degli interessi del titolare» [47]. Nel tentativo di farsi carico delle istanze sottese alla previgente disciplina europea, il consenso della persona interessata era definito dall'art. 2, lett. *h*, dir. 46/95, «manifestazione di volontà libera, specifica e informata con la quale la persona interessata accetta che i dati personali siano oggetto di un trattamento», una definizione questa già indulgente verso la considerazione del dato nel contesto di un'attività economica [48]. Ma, pur trattandosi di una disciplina che già si muoveva oltre l'orizzonte della tutela della persona, per dar conto degli obiettivi istituzionali dell'Unione, l'esigenza di fare i conti con la portata esponenziale dei flussi informativi di dati personali, nel contesto dell'economia contemporanea, era rimasta sullo sfondo.

La contestualità di opposti interessi si consolida nel *GDPR*. Per un verso viene riproposta una definizione di consenso sostanzialmente conforme all'art. 4, n. 11: «qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento». E, per altro verso, nel complesso si osserva nel Regolamento una certa «enfasi sul momento circolatorio dei dati personali, rispetto alla sottolineatura delle implicazioni personalistiche del

---

[41] L'art. 29 dir. 46/95 ha istituito il Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali (*WP29*), composto dal Garante europeo della *privacy*, da un rappresentante per ciascuna autorità nazionale e da un rappresentante della Commissione, gruppo di lavoro poi sostituito dal Comitato europeo per la protezione dei dati ("*European Data Protection Board*", *EDPB*).

[42] Sul consenso nel codice della *privacy*, tra i tanti, si vedano S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. Panetta, Milano, 2006, 993 ss.; e F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, cit., 181 ss.

[43] L'art. 1, par. 1, dir. 46/95 prevedeva infatti che «gli Stati membri garantiscono, conformemente alle disposizioni della presente direttiva, la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali». Sul punto, si veda l'analisi di F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., spec. 43 ss.

[44] In proposito G.B. FERRI, *Privacy, libertà di stampa e dintorni*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 137 ss.; C. CASTRONOVO, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, *ivi*, 653 ss.; V. RICCIUTO, *Il trattamento dei dati relativi allo svolgimento di attività economiche*, *ivi*, 685 ss.; C. CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy*, cit., 1049 ss.

[45] V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., 27.

[46] F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 2, 375.

[47] C. CASTRONOVO, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, cit., 664.

[48] In tal senso l'art. 1, par. 2, dir. 46/95 già prevedeva che «gli Stati membri non possono restringere o vietare la libera circolazione dei dati personali tra Stati membri, per motivi connessi alla tutela garantita a norma del paragrafo 1», ossia «la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata».



dato personale» [49] e «un diverso bilanciamento degli interessi, che opera in favore della circolazione e con una retrocessione della tutela personalistica» [50].

Certamente, il legislatore europeo già da tempo premeva per favorire la circolazione in massa dei dati e per realizzare una piena integrazione economica e sociale attraverso la creazione del mercato unico [51]. Ma nel *GDPR*, pur riproponendo le istanze di tutela della persona, matura una consapevolezza che il dato personale, come si è osservato in precedenza, presenti una componente economica e si riveli merce di scambio di un sistema "dato-centrico", ponendosi, d'altronde, al crocevia delle tendenze riferite in premessa: tanto l'emersione della centralità del dato personale, al contempo oggetto di un diritto della personalità e, per taluni, già bene giuridico; quanto la declinazione "digitale" dell'identità personale, sottesa all'attenzione normativa al concetto di profilazione. In questa direzione un indice del venir meno dell'esclusività della dimensione non patrimoniale si reperisce nell'espunzione dal recepimento italiano del *GDPR* di ogni riferimento ai concetti di "identità personale" e di "dignità umana", sui quali erano state edificate le prime costruzioni normative sulla tutela dei dati personali [52].

Nel contesto normativo del *GDPR* la protezione dei dati nel tempo è divenuta d'altronde un obiettivo da perseguire sin dalla progettazione del trattamento (c.d. "*privacy by design*"), e anche mediante impostazioni predefinite (c.d. "*privacy by default*"), che rimangono tali, in assenza di una modifica da parte dell'utente (ad es. la possibilità che i *post* di un *social network* siano visualizzati non soltanto dalla cerchia dei contatti dell'utente). Ne discende che la regolazione europea dei dati personali è intrisa di quella logica binaria che mischia la deferenza verso l'autodeterminazione informativa con il "*risk based approach*" [53], caricandosi di quella funzione "conformativa" dell'operazione economica nel cui oggetto figura il dato [54].

E l'idea che lo sfruttamento dei dati personali possa compiersi anche a scapito della protezione dell'individuo, come in altre forme di regolazione [55], non è dunque estranea al *GDPR* [56]: lo si evince ad esempio nella verifica della compatibilità delle diverse finalità, pur lecite, delle successive operazioni sui dati rispetto alla finalità originaria del trattamento ai sensi dell'art. 5, par. 1, lett. *b*; o, dinanzi al trattamento necessario *ex* art. 21, par. 1 (come per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico), nell'espressa indicazione dei mo-

---

[49] F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., 375; conforme anche G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1, 1 ss.

[50] A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 1, 302.

[51] F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, 195 ss.; C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., 37 ss., spec. 38, che osserva come il *GDPR* costituisca la sintesi di un conflitto, «il diritto alla protezione dei dati personali *versus* l'esigenza di circolazione dei dati», che si formalizza dal punto di vista normativo, tanto a livello unitario quanto nazionale.

[52] S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583 ss.; anche se già allora si presagiva la breve fortuna dell'esclusività del fondamento personalistico della tutela della *privacy* (S. SIMITIS, *Il contesto politico e giuridico della tutela della privacy*, *ivi*, 575 ss.).

[53] In tal senso depongono le sezioni II (Sicurezza dei dati personali), artt. 32-34, e la sezione III (Valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e consultazione preventiva), artt. 35-36, *GDPR*, che vincolano il titolare del trattamento all'analisi del rischio e alla verifica dell'impatto sulla protezione dei dati dell'interessato, disposizioni che pure sono funzionali alla tutela della persona che sta dietro i dati. In proposito G. GIANNONE CODIGLIONE, *Risk-based approach e trattamento dei dati personali*, in *La nuova disciplina europea della Privacy*, cit., 58; C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., 33.

[54] Si veda R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, cit., 769 ss.; C. PERLINGIERI, *Data as the Object of a Contract and Contract Epistemology*, in *The Italian Law Journal*, 2019, 2, 624 ss.

[55] Il "*California Consumer Privacy Act*" (*CCPA*) prevede, ad esempio, la generica possibilità di raccogliere, utilizzare e vendere i dati da parte delle imprese, con la sola eccezione della vendita di dati di consumatori minorenni, per cui si deve avere l'esplicito consenso (*opt-in*) del minore di 16 anni o del genitore o tutore del minore di 12 anni.

[56] Come osserva F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., 380.



tivi di opposizione dell'interessato per la sua situazione particolare (e sempreché non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato); né è più richiesta l'autorizzazione del Garante per il trattamento di categorie particolari di dati sensibili (come quelli relativi alla salute), bastando il consenso dell'interessato, in seguito all'abrogazione dell'art. 26 cod. privacy. Ne consegue che la protezione del dato non costituisce più una prerogativa assoluta dell'interessato [57], con la conseguenza di appannare la sacralità della *privacy* quale diritto fondamentale e inviolabile, indiscussa piuttosto nei trattati europei [58].

Completa il quadro d'insieme la constatazione che nel mercato dei dati personali i principali attori sono divenuti i *data players* dell'economia digitale. Ne discende una ulteriore accentuazione della prospettiva del titolare da parte del *GDPR*, ossia di colui che individua mezzi e finalità del trattamento (art. 4, n. 7, *GDPR*), ma anche di quella del soggetto "responsabile", ossia di colui che tratta i dati per conto del titolare (art. 4, n. 8, *GDPR*), in luogo dell'originaria esclusività della autodeterminazione del titolare del dato. Conseguentemente, lo sviluppo della regolazione dei modelli organizzativi imprenditoriali e degli adempimenti in capo ai titolari e ai responsabili ridimensiona nel *GDPR* un'eventuale fuga dalla tutela della persona.

Il rapporto tra utenti e utilizzatori è dunque sfociato nella combinazione tra due polarità simmetriche ed opposte: da un lato la libertà di circolazione del dato, che si riflette sul trattamento, e dall'altro la responsabilità nel trattamento, che la regolazione europea sintetizza, nella consapevolezza che tutto ciò che aumenta la prima si risolve in un incremento della seconda [59].

La libertà nel trattamento opera uno spostamento del punto di equilibrio tra il diritto dell'interessato e l'interesse legittimo – se così possa qualificarsi [60] – del titolare del trattamento in senso indubbiamente più propizio al secondo. Semmai l'interessato mantiene il c.d. diritto alla portabilità dei dati (art. 20 *GDPR*), con il quale è legittimato a pretendere dal titolare del trattamento la messa a disposizione dei propri dati personali, in un formato strutturato di uso comune e leggibile da dispositivo automatico, per poterli poi trasmettere a un altro titolare senza alcun impedimento, nel caso di trattamenti fondati sul consenso o di quelli fondati sulla necessità di eseguire un contratto di cui è parte l'interessato stesso o di svolgere le relative trattative, e sempre che si tratti di operazioni svolte con mezzi automatizzati. Sul punto va rilevato che non sempre risulta agevole assicurare una effettiva portabilità delle informazioni da un operatore a un altro della società dell'informazione, magari perché all'utente non conviene migrare ad altro operatore, essendo impossibile riprodurre la stessa capacità relazionale con il nuovo operatore. L'"effetto rete" costituirebbe un fattore contrario alla migrazione da un *social network* a un altro, disincentivata dal rischio per l'utente di c.d. *lock-in* sociale [61].

Di contro, la responsabilizzazione del titolare del trattamento opera quale contrappeso a una circolazione di dati personali "libera", prevedendo il principio di *accountability* [62], cioè il principio che impone di

---

[57] Lo prevede espressamente il considerando n. 4 *GDPR*: «il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali in ossequio al principio di proporzionalità».

[58] Così A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, cit., 306 ss.; F. PIRAINO, *I "diritti dell'interessato" nel Regolamento generale sulla protezione di dati personali*, cit., 2799.

[59] La nota correlazione evoca l'aforisma «*Tout ce qui augmente la liberté augmente la responsabilité*» (V. HUGO, *Actes et paroles*, *Depuis l'Exil*, Paris, 1876, 40).

[60] Come espressamente previsto dinanzi al trattamento necessario *ex* art. 6, lett. *f*, *GDPR*. Cfr. A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, cit., 302, che osserva che il rapporto soggetto-bene non si coglie nello schema della prevalenza prefigurata proprio del diritto soggettivo, ma «nella dimensione della sua effettività e attualità».

[61] Tra i tanti, A. MANTALERO, *La privacy all'epoca dei Big data*, cit., 1187.

[62] In proposito R. CATERINA, *Novità e discontinuità nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, in *GDPR tra*



rendere conto delle proprie condotte rispetto a un determinato obiettivo, con il conseguente effetto di responsabilizzazione, che obbliga tutti i responsabili del trattamento ad attuare misure e procedure per la protezione del dato, nonché per la dimostrazione della liceità del trattamento, come desumibile dagli artt. 24 e 32 *GDPR* [63]. Qualora poi il trattamento dei dati personali sia basato sul consenso, il *GDPR* riserva al titolare del trattamento sia la scelta della modalità di acquisizione del consenso sia la conseguente dimostrazione di averlo acquisito. L'art. 7 *GDPR* prevede infatti che qualora il trattamento dei dati personali sia basato sul consenso «il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che l'interessato ha prestato il proprio consenso».

L'esposta linea di lettura, che nel *GDPR* percepisce lo sforzo di cogliere il fenomeno di crescente patrimonializzazione dei dati personali, pur in continuità con la disciplina previgente, non deve tuttavia intendersi come un'operazione interpretativa volta a svilire gli spazi di tutela della persona, che la regolazione europea contiene. Il legislatore europeo non sarebbe dunque artefice di una sterilizzazione della protezione della persona, messa semmai a dura prova dall'evoluzione della quale sono protagonisti i dati personali.

3. – La mediazione del diritto del titolare dei dati personali con le dinamiche osservate si coglie all'esame del rilievo normativo del consenso, che – in continuità con l'art. 7 della direttiva "madre" [64] – il *GDPR* all'art. 6 mantiene quale prima base giuridica del trattamento. La manifestazione di consenso ad opera dell'interessato basterebbe ad escludere una valutazione di necessità del trattamento prevista invece in tutti gli altri casi. L'art. 6 *GDPR* ammette sì che il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità sia una delle condizioni di liceità, e che oltretutto – a un criterio "topografico" – si rivela la principale, ma non mancano ipotesi di trattamento che prescindono dall'autodeterminazione dell'interessato [65], come laddove il trattamento sia necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi e a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali

novità e discontinuità, cit., 2777, che osserva che «è l'adozione del principio di *accountability* a rivoluzionare, al di là della continuità di molte singole disposizioni, l'impianto generale dell'intera disciplina». Di recente M.G. STANZIONE, *La protezione dei dati personali tra «consumerizzazione» della privacy e principio di accountability*, cit., 1 ss.

[63] Il parere n. 3/2010 reso dal Gruppo di lavoro *WP29* sulla protezione dei dati personali aveva già reso necessario che il titolare del trattamento per attuare i principi di protezione dei dati adottasse misure appropriate ed efficaci e che queste fossero dimostrate all'interessato che ne avesse fatto richiesta. Un secondo livello di responsabilizzazione, poi, si riscontrava nei sistemi di responsabilità di natura volontaria, eccedenti le norme di legge minime. Si veda G. FINOCCHIARO, *Il principio di accountability*, in *GDPR tra novità e discontinuità*, cit., 2778 ss.

[64] Si noti che nella direttiva "madre" la centralità del consenso quale prima base giuridica del trattamento all'art. 7 trova rispondenza nella priorità del consenso all'art. 8, par. 2, per consentire trattamenti vietati dal legislatore dello Stato membro, dinanzi a categorie particolari di trattamenti, come quelli di dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché il trattamento di dati relativi alla salute e alla vita sessuale, salvo in questa evenienza la legislazione dello Stato membro abbia escluso che il consenso della persona interessata non sia sufficiente per derogare al divieto di trattamento.

[65] Il trattamento, ai sensi dell'art. 6 *GDPR*, prescinde dal consenso dell'interessato, nei casi in cui il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso (lett. *b*); il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento (lett. *c*); il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica (lett. *d*); il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento (lett. *e*); il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore (lett. *f*).



dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore (art. 6, par. 1, lett. *f*, *GDPR*) [66]. La disposizione, dando luogo a un complesso bilanciamento, postula una comparazione al suo interno affidata al titolare del trattamento, considerata espressione di una visione "titolare-centrica" nella gestione delle interferenze lesive negli spazi di autodeterminazione rimessi all'interessato [67]. La necessità del trattamento, di contro, non attiene solo alla sfera dell'*an*, essendo necessario verificare il grado di incidenza del titolare del trattamento (che riguarda la sfera del *quomodo*). La compressione del diritto alla protezione dei dati personali è giustificata solo all'esito del positivo superamento del vaglio di proporzionalità dell'incidenza, che costituisce oltretutto misura e criterio di valutazione dell'*accountability* del titolare [68].

Si osserva allora sì che, al fianco del consenso, il parametro della necessità del trattamento entri a comporre la stessa nozione di liceità del trattamento e che, in luogo del presupposto di legittimazione principale, ulteriori basi giuridiche, al passo con i tempi e a seconda delle circostanze, possono rivelarsi più appropriate del consenso a fondare il trattamento [69]. Ma, per ciò solo e stante la continuità con la disciplina previgente, sarebbe difficile trarre un'inequivoca indicazione circa una perdita di centralità del consenso rispetto ad altre basi giuridiche del trattamento. E d'altronde quel diffuso pessimismo circa la sorte del consenso [70], difficil-

---

[66] Al minore che abbia compiuto sedici anni, l'art. 8 *GDPR* riconosce il potere di esprimere il consenso al trattamento dei dati personali per quanto riguarda l'offerta diretta di servizi della società dell'informazione, riservando ai singoli Stati membri la facoltà di fissare un'età differente, ma non inferiore ai tredici anni. Il legislatore italiano ha quindi inserito nel codice *privacy* l'art. 2-*quinquies*, che fissa tale limite nei quattordici anni. In proposito, R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, 75 ss., che riflette sulla capacità di concludere i relativi contratti per il minore quattordicenne, che si autodetermina al trattamento dei propri dati personali, a fronte del carattere anche patrimoniale del consenso all'utilizzo del dato. L'interdipendenza tra la dimensione personale e quella patrimoniale porta l'A. a ritenere che anche il minore contrente, legittimato a dare il consenso al trattamento dei dati, sia abilitato ad esprimere il consenso contrattuale allo scambio tra dati e fornitura dei servizi digitali. Si tratterebbe infatti di «un unico atto oggettivamente complesso» al quale concorrono due atti di volontà inseriti nel medesimo senso funzionale e quindi interdipendenti, «tanto che parrebbe assurdo riconoscere la capacità rispetto ad uno di essi e disconoscerla rispetto all'altro».

[67] D. POLETTI, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *GDPR tra novità e discontinuità*, cit., 2784; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Torino, 2016, 153.

[68] Il titolare del trattamento deve d'altronde provvedere a indicare, ai sensi dell'art. 24 *GDPR*, misure tecniche e organizzative adeguate alla natura, alla finalità, al contesto, all'ambito di applicazione del trattamento.

[69] D. POLETTI, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, cit., 2784; F. STASSI, *Consenso dell'interessato e dati personali al tempo dei big data*, cit., 110; C. BASUNTI, *La (perduta) centralità del consenso*, cit., 873. Cfr. M.G. STANZIONE, *La protezione dei dati personali tra «consumerizzazione» della privacy e principio di accountability*, cit., 1 ss.

[70] In proposito, F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., 384 s., secondo il quale «con una salutare professione di realismo andrebbe riconosciuto che il consenso è soltanto uno dei presupposti di liceità e del trattamento e, al limite, base giuridica applicabile di default nei casi dubbi»; A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, cit., 306 ss., che afferma che «l'evoluzione descritta incide in maniera determinante sul consenso che non rappresenta più il *prius* per la circolazione, ma diventa una delle condizioni successive, neppure la prevalente»; D. POLETTI, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, cit., 2784, che osserva che «ammesso che il consenso al trattamento abbia mai avuto un periodo di reale fasto, sono sempre più frequenti oggi i richiami al suo declino, alla sua recessione, alla sua parabola discendente»; V. CARBONE, *Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 1998, 1, 30, per il quale «affidare al solo consenso la tutela della *privacy* comporterebbe il riconoscimento di una sconfitta per l'ordinamento»; F. STASSI, *Consenso dell'interessato e dati personali al tempo dei big data*, cit., 110, che sostiene che «il consenso riveste dunque una posizione decentrata, perché nella logica del Regolamento tutte le basi giuridiche hanno un'analoga valenza»; analogamente A.C. NAZZARO, *L'utilizzo dei Big data e i problemi di tutela della persona*, cit., 1239 ss.; M.G. STANZIONE, *La protezione dei dati personali tra «consumerizzazione» della privacy e principio di accountability*, cit., 1 ss.; C. BASUNTI, *La (perduta) centralità del consenso*, cit., 873, per il quale «il consenso ai fini del trattamento dei dati personali non garantisce sempre l'effettività del controllo del singolo, esso si sostanzia spesso in una mera adesione che, nonostante sia di natura diversa rispetto alla manifestazione di volontà adesiva al contratto contenente condizioni generali *ex* artt. 1341 e 1342 c.c., è tuttavia paragonabile a quella che i consumatori comunemente rilasciano



mente potrebbe valere a negare che il consenso rappresenti una condizione diversa dalle altre, quanto meno perché rende il trattamento in presenza di una o più finalità conforme all'intento dello stesso interessato.

Nella prospettiva di assicurare la legittimità del trattamento sollecitando l'autodeterminazione dell'interessato andrebbe letto anche l'obbligo, che, anteriormente ad esso, l'art. 12 *GDPR* pone a carico del titolare del trattamento, di fornire agli interessati l'informativa relativa alle finalità e alle modalità, che deve essere resa agevolmente accessibile e intelligibile per l'interessato, conformemente al considerando n. 39 *GDPR*. Il consenso deve infatti prestarsi in relazione alle finalità e alle modalità palesate dal titolare del trattamento (consenso c.d. specifico). La finalità, pertanto, costituisce una forma di perimetrazione del consenso, tanto che la volontà dell'interessato si estende a tutte le attività di trattamento svolte per la stessa o le stesse finalità, mentre qualora il trattamento abbia più finalità, il consenso dovrebbe essere prestato per tutte queste, come previsto dal considerando n. 32 *GDPR*.

Ma non è escluso che il trattamento per una finalità diversa da quella per la quale i dati personali sono stati inizialmente raccolti, pur non basato sul consenso dell'interessato o su un atto legislativo (dell'Unione o degli Stati membri) che costituisca una misura necessaria e proporzionata per la salvaguardia degli obiettivi di cui all'art. 23, par. 1, *GDPR*, possa essere compatibile con la finalità che ha mosso la raccolta. In questo caso l'art. 6, par. 4, *GDPR* – innovando rispetto alla direttiva "madre" – consente che il titolare del trattamento verifichi la compatibilità della finalità diversa con quella o quelle originarie, alla luce di alcuni criteri («*a*) di ogni nesso tra le finalità per cui i dati personali sono stati raccolti e le finalità dell'ulteriore trattamento previsto; *b*) del contesto in cui i dati personali sono stati raccolti, in particolare relativamente alla relazione tra l'interessato e il titolare del trattamento; *c*) della natura dei dati personali, specialmente se siano trattate categorie particolari di dati personali ai sensi dell'articolo 9 oppure se siano trattati dati relativi a condanne penali e a reati ai sensi dell'articolo 10; *d*) delle possibili conseguenze dell'ulteriore trattamento previsto per gli interessati; *e*) dell'esistenza di garanzie adeguate, che possono comprendere la cifratura o la pseudonimizzazione»). La formulazione tortuosa della previsione rivela il tentativo di supplire all'assenza di base giuridica per il trattamento preordinato a finalità diverse, rendendo allora sufficiente, a un giudizio di compatibilità della finalità diversa, la base giuridica del trattamento per cui i dati sono stati inizialmente raccolti. Anche in questo caso, come nell'art. 6, par. 1, lett. *f*, va in scena la prospettiva "titolare-centrica", che mette in gioco una correzione del trattamento sguarnito del consenso preordinato alle finalità individuate. L'art. 6, par. 4, *GDPR*, quindi, costituisce una delle più nitide indicazioni nel senso di quella marginalizzazione del consenso, sia pur da riferire al trattamento per finalità diverse.

Eppure, uno sguardo all'architettura del regolamento indurrebbe a non drammatizzare il tentativo, in atto, di neutralizzazione del consenso dell'interessato. In questa direzione può osservarsi che, per il trattamento di categorie particolari di dati personali, l'art. 9, par. 2, lett. *a*, *GDPR* ha accantonato il sistema autorizzatorio – in parte svuotato di significato dalla proliferazione delle autorizzazioni generali previste dall'art. 40 cod. privacy – optando piuttosto per la sufficienza del consenso dell'interessato, senza lasciare alcuno spazio per l'introduzione di requisiti ulteriori. E, ancora, che le condizioni di validità del consenso – preteso dall'art. 7 *GDPR*, nelle modalità di manifestazione, ''esplicito'' e ''inequivocabile'' – confermano la centralità del consenso nella necessità dell'accertamento della sua liceità: il medesimo consenso può consentire sì la conclusione del contratto, ma al tempo stesso non rivelarsi dotato dei requisiti di validità per il trattamento dei dati personali. Per il caso in cui il trattamento dei dati sia svolto con il consenso dell'interessato nel contesto

per la sottoscrizione di contratti di massa uniformi». E, sotto quest'aspetto, cfr. C. CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy*, cit., 1057; D. POLETTI, *Tecnologia e diritti*, cit., 41 s.



di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, il titolare del trattamento, sul quale grava l'onere di dimostrare che l'interessato lo abbia manifestato, deve presentare la richiesta di consenso, «in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro» (art. 7, par. 2, *GDPR*). Conseguentemente, il consenso richiesto dal titolare del trattamento – a differenza di quanto previsto nella prima legge italiana in materia di protezione di dati personali – non può che essere veicolato da "un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta l'intenzione libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano, ad esempio mediante dichiarazione scritta, anche attraverso mezzi elettronici, o orale" (considerando n. 32 *GDPR*). Risponde alla regola posta di consenso "espresso" sia la manifestazione esplicita di volontà sia quella implicita, sottesa a un comportamento attivo, in modo da escludere ogni dubbio che con la propria azione l'interessato abbia voluto comunicare il proprio consenso (c.d. inequivocità del consenso [71], tale per cui non sarebbe dunque sufficiente un consenso tacito). Il legislatore europeo avalla dunque un modello ottenuto mediante un procedimento di *opt-in*, e non con una opzione preselezionata da deselezionare (*opt-out*), che non può costituire esplicita manifestazione di volontà, così come statuito dai noti arresti della Corte di giustizia [72] (sui quali più avanti si tornerà).

Fin qui l'esteriorizzazione del consenso, nella quale tuttavia non si esaurisce la validità del consenso, che, come si evince dal considerando n. 32 *GDPR*, attiene altresì alla sua formazione, richiedendosi che esso sia prestato liberamente e che sia revocabile. In proposito l'art. 7, par. 4, *GDPR* prevede che deporrebbe in senso contrario a una libera determinazione dell'interessato l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia stata condizionata (mediante una c.d. operazione di *tying*) alla prestazione di un consenso a un trattamento, che però non era necessario all'esecuzione di tale contratto [73]. Quanto alla revocabilità, l'art. 7, par. 3, *GDPR* – innovando rispetto alla direttiva "madre" – accorda all'interessato il diritto di revocare in qualsiasi momento il proprio consenso, senza che con ciò si pregiudichi la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca. E infatti, in difformità delle condizioni previste dal *GDPR* [74], il consenso ottenuto non sarebbe vincolante.

Orbene, tutta questa attenzione riservata dal legislatore alle condizioni alle quali il consenso sia validamente prestato, sintomatiche della centralità che il consenso ancora riveste sul piano normativo, inducono a non sopravvalutare tentativi di dismissione del consenso, come quelli maturati in seno all'art. 6, par. 4, *GDPR*, per suggerirne piuttosto una riduzione teleologica, che ne ridimensioni la portata dirompente in linea con l'esigenza di conformazione dei modelli di circolazione dei dati alle concrete esigenze di tutela della persona [75].

---

[71] A riprova dell'inequivocità del consenso depone lo stesso considerando n. 32 *GDPR* che prevede che «il consenso potrebbe comprendere la selezione di un'apposita casella in un sito *web*, la scelta di impostazioni tecniche per servizi della società dell'informazione o qualsiasi altra dichiarazione o qualsiasi altro comportamento che indichi chiaramente in tale contesto che l'interessato accetta il trattamento proposto. Non dovrebbe pertanto configurare consenso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle».

[72] Tra i quali spiccano le pronunce Corte eur. giust. 1-10-2019 C-673/17, *Planet 49*, e Corte eur. giust. 11-11-2020 C-61/19, *Orange Romania*.

[73] Relativamente a un'operazione di *tying* antecedente l'entrata in vigore del *GDPR*, si veda Cass. 2-7-2018 n. 17278, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, 12, 1775 ss., con nota di F. ZANOVELLO, *Consenso libero e specifico alle e-mail professionali*, e *Giur. it.*, 2019, 3, 530 ss., con nota di S. THOBANI, *Operazioni di tying e libertà del consenso*, in *Giur. it.*, 2020, 1, 79 ss. Sul punto F. STASSI, *Consenso dell'interessato e dati personali al tempo dei big data*, cit., 112, nt. 15.

[74] Condizioni peculiari sono previste per il consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione. L'art. 8 *GDPR* prevede che il trattamento di dati personali del minore è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni, ma gli Stati membri possono stabilire per legge un'età inferiore a tali fini purché non inferiore ai 13 anni. Ove il minore abbia un'età inferiore ai 16 anni, tale trattamento è lecito soltanto se e nella misura in cui il consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale.

[75] Cfr. F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, cit., *passim*.



4. – Passando poi a verificare quale sia la natura del consenso richiesto quale base giuridica del trattamento, è condivisibile che la riferita cornice normativa fornisca indicazioni circa una visione negoziale del consenso dell'utente: essa avrebbe soppiantato letture più tradizionali del consenso, retaggio della riconduzione del diritto alla riservatezza del dato personale a un diritto indisponibile.

Alla tesi della natura non negoziale [76], che qualifica il consenso come manifestazione di volontà con funzione scriminante di un'attività altrimenti illecita, dunque autorizzazione alla stregua del consenso di cui all'art. 50 c.p., si contrappone una qualificazione negoziale dello stesso [77]. Quest'ultima obietta all'opposto orientamento che una qualificazione di condizione di liceità del trattamento (ad esempio per superare il divieto di trattamento di dati sensibili, biometrici e genetici *ex* art. 9, par. 2, lett. *a*, *GDPR*) non sarebbe di per sé incompatibile con la tesi negoziale, che non mortifica il ruolo dell'autodeterminazione, anzi lo valorizza, mostrandosi più consona alle tendenze osservate in premessa, e dunque alla luce della "libera circolazione" dei dati [78]. La lettura "negoziale" del consenso, scettica nel ritenere l'attività sui dati personali di natura illecita [79], condivide l'idea che il consenso abbia funzione dispositiva dei dati personali, non soltanto assunti a dignità di bene, in quanto elementi che orbitano nella sfera del soggetto, ma addirittura cedibili e trasferibili, quali merci di scambio per la fornitura di un servizio.

L'opzione ermeneutica, nel cogliere le tendenze in atto, ricorre alla nozione di "appartenenza" all'interessato dei dati personali, «senza che sia necessario stabilire se il titolo sia proprietario o meno» [80]. L'estensione della logica proprietaria ai dati personali [81] d'altronde non andrebbe esente da alcune condivisibili obiezioni. Si osserva che il regime di circolazione del dato personale è connotato dalla persistenza di un incisivo potere di controllo sulle modalità di utilizzazione della risorsa, che travalica il primo atto di disposizione del diritto [82], tanto che la volontà dell'interessato al trattamento dei dati personali non potrebbe produrre il medesimo effetto traslativo di cui all'art. 1376 c.c. Non verrebbe in rilievo quindi un consenso traslativo, in quanto l'interessato non potrebbe dismettere la titolarità del dato personale. Gli effetti dell'assenso all'altrui ingerenza nella propria sfera giuridica, semmai, consistono in obblighi di comportamento sia in capo all'interessato, sia in capo al titolare del trattamento [83].

---

[76] In tal senso, tra i tanti, G. MIRABELLI, *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 1993, 313 ss.; D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 339 ss., spec. 350; S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 466 s.; nonché ID., *Commento all'art. 23*, *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, a cura di C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, I, Padova, 2007, 543 ss., che qualifica il consenso al trattamento dei dati personali come un elemento della fattispecie legale che farebbe venire meno l'antigiuridicità dell'attività relativa ai dati.

[77] In favore di una lettura "negoziale" del consenso G. OPPO, *Sul consenso dell'interessato*, in *Trattamento dei dati personali e tutela della persona*, a cura di V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH, Milano, 1998, 118 ss.; nonché V. ZENO ZENCOVICH, *Una lettura comparatistica della l. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, *ivi*, 169. Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, cit., 1026 ss.; F. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 269; A. FICI, E. PELLECCHIA, *Il consenso al trattamento*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. PARDOLESI, Milano, 2003, 469 ss.

[78] F. STASSI, *Consenso dell'interessato e dati personali al tempo dei big data*, cit., 115.

[79] In tal senso S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, cit., 1028.

[80] G. OPPO, *Sul consenso dell'interessato*, cit., 124; in proposito anche C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., 74 ss.

[81] G. ALPA, *La proprietà dei dati personali*, in *Persona e mercato dei dati: riflessioni sul GDPR*, cit., 9 ss.; cfr. F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, cit., 99.

[82] Così G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 118; A.C. NAZZARO, *L'utilizzo dei Big data e i problemi di tutela della persona*, cit., 1239 ss.

[83] S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 633



Ora si può anche non essere d'accordo sull'applicazione di regole proprietarie al "dato-informazione", per coglierne l'attitudine rappresentativa della persona, l'idoneità a identificarla [84], ma appare incontestabile come la lettura negoziale rifletta meglio l'autodeterminazione individuale all'atto di adesione al contratto per la prestazione del servizio. Un'adesione, si è riferito, in definitiva analoga a quella di utenti e consumatori al cospetto della predisposizione di contratti di massa uniformi. L'accesso al *web* costituisce «un comportamento concludente attraverso il quale l'interessato manifesta la propria disponibilità affinché altri raccolgano ed elaborino le proprie informazioni» [85]. Si aggiunga che l'inclusione dei dati personali nel perimetro dell'oggetto contrattuale, fungendo sostanzialmente da controprestazione, assume ampio risalto, specie dinanzi a quelle operazioni contrattuali che – frequentemente di recente – riguardano trattamenti massivi di dati personali. Come vicenda negoziale il consenso non soltanto può dunque vestire i panni sia di una manifestazione di volontà pura e semplice, atto di determinazione non piegato alla logica dello scambio, ma può giustificarsi in vista della (contro)prestazione di un servizio.

Da ultimo, la tendenza in atto alla patrimonializzazione degli attributi immateriali della persona e, segnatamente, allo sfruttamento ad opera del titolare [86] depone inequivocabilmente per una qualificazione negoziale del consenso. Eppure l'adesione alla lettura negoziale potrebbe costituire occasione per promuovere un riavvicinamento alla sponda personalistica, un'opportunità di recupero del momento di controllo ad opera della persona dell'atto di autonomia privata in funzione della salvaguardia degli stessi valori che risultano coinvolti [87].

In questo senso, ci si pone sulla stessa traiettoria delle riflessioni espresse alla fine del secolo scorso da Stefano Rodotà, nell'osservare che «dobbiamo lavorare molto nella dimensione negoziale, non ho nessun dubbio. Negoziale vuol dire per esempio: il consenso può essere oneroso, può essere condizionato, può essere a termine? Io come risposta generale direi di sì (…)», perché nella dimensione negoziale «il controllo non viene perduto, i motivi legittimi per i quali si può impedire la comunicazione di dati pur legittimamente raccolti, pertinenti o assentiti in tutto o in parte, dimostrano quindi che c'è una scelta dell'interessato che definisce l'area della protezione» [88].

5. – Si è accennato che la definizione dell'art. 4, n. 11, *GDPR* prevede che il consenso sia specifico: il che equivale a dire che la sua prestazione debba circoscriversi alle attività su dati, alle finalità del trattamento e a quegli stessi dati per il quale esso è stato rilasciato. Da qui la possibilità per l'interessato di prestare il proprio consenso: *a*) per una o più attività, senza rilasciarlo per altre; *b*) o nell'ambito di taluni trattamenti, per una o più finalità, escludendone altre; *c*) o ancora, pur ammettendo un trattamento per una o più finalità per alcuni dati, non autorizzarlo per altri. Il consenso dell'interessato si ritaglia quindi sul trat-

---

ss.

[84] Cfr. G. ALPA, *La proprietà dei dati personali*, cit., 9 ss.; C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., 45.

[85] Così F. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, cit., 255; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., 38 ss.

[86] Tra i più, si veda S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., 94 ss.

[87] Sul bilanciamento tra diritto alla *privacy* e circolazione dei dati personali, F. PIRAINO, *I "diritti dell'interessato" nel Regolamento generale sulla protezione di dati personali*, cit., 2797 ss.

[88] Così S. RODOTÀ, *Conclusioni*, in *Trattamento dei dati personali e tutela della persona*, cit., 308, come ricordato anche da V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., 29 s., e da F. STASSI, *Consenso dell'interessato e dati personali al tempo dei big data*, cit., 116.



tamento, calibrando il potere di signoria della persona sul concreto atto di incidenza delle *data companies* sul dato personale.

Questa "granularità" si traduce per il titolare del trattamento in una moltiplicazione delle richieste di consenso da trasmettere all'utente, in relazione alle diverse attività, finalità e dati per i quali si intende ottenere la manifestazione di volontà. Si pensi all'utilizzo dei dati per finalità di *marketing*: in questo caso occorre una richiesta distinta per autorizzare l'invio di aggiornamenti sulle attività e sulla pubblicazione di *post* sul *web* o di annunci pubblicitari o di attività a scopo promozionale e di inviti ad eventi.

Di recente, le Linee guida 4 maggio 2020, n. 5, adottate dallo *European Data Protection Board* (*EDPB*), aggiornando le disposizioni del 10 aprile 2018, tentano un recupero del rilievo della volontà dell'utente dinanzi all'utilizzo dei dati nella rete, regolando l'accettazione dei *cookie* di un sito *web* da parte dell'utente, ossia di tutte quelle informazioni immesse sul *browser* degli utenti [89], in navigazione sul *web*. Anche i dati raccolti attraverso i *cookie*, non ascrivibili in prima battuta a informazioni personali (così come i dati analitici anonimizzati), possono considerarsi tali in via mediata, per deduzione o in combinazione con altri dati, poiché forniscono in ultima istanza identificazione univoca dell'utente. L'utente, allora, prima di accedere al sito *web*, deve autorizzarne l'uso [90], analogamente ad ogni altra tecnologia di tracciamento di navigazione, mediante una volontà positiva e frazionabile.

Sotto il primo profilo, il modello dell'*opt-in*, ricavabile dall'indicazione legislativa europea di un consenso formalizzato in una condotta positiva che ne attesti l'inequivocabilità, induce inoltre a escludere che possa valere come consenso un'opzione preselezionata da deselezionare (*opt-out*). Mancherebbe un contegno dell'utente, tale da qualificare come manifestazione di volontà. In proposito, la Corte di Lussemburgo, sul caso *Planet 49* [91], ha statuito che dall'utilizzo di una casella preselezionata non è desumibile che l'utente di un sito *web* abbia inequivocabilmente accettato l'installazione dei *cookie*. Dinanzi a una casella che contenga già il *flag* di accettazione, il navigatore potrebbe non avere letto la didascalia posta a fianco della casella o addirittura potrebbe non averla notata.

In questi casi si rivelano inadatte a costituire consenso dell'interessato sia le attività di scorrimento di una pagina *web* per rimuovere il *banner* comparso all'accesso (c.d. *scrolling*), sia quelle attività minime di movimento del cursore, con cui l'interessato dà parvenza di avere fornito il proprio consenso, senza una reale consapevolezza del trattamento (c.d. *swiping*): entrambe le tecniche non assicurerebbero quel consenso esplicito e inequivocabile, sotteso al modello dell'*opt-in*.

Per altro verso, poi, la "granularità" del consenso consentirebbe di manifestare la volontà dell'interessato in riferimento soltanto ad alcuni tracciamenti e non ad altri: le menzionate Linee guida impediscono i c.d. *cookie walls*, ossia quei *banner* che presentano la scelta tra l'installazione in blocco di tutti i *cookie* oppure la rinuncia all'accesso. In questi casi l'interessato si troverebbe davanti a un "muro" che, con palese alterazione

---

[89] I *cookie* costituiscono *file* di testo che il fornitore di un sito *internet* invia all'utente che lo abbia visitato, per registrare dati e impostazioni di personalizzazione relativi al servizio che il sito offre. La loro funzione è dunque di riconoscere e tracciare l'attività dell'utente, o per consentirgli un migliore accesso, riconoscendo l'utente stesso in caso di una nuova navigazione (*cookie* c.d. "tecnici") – come nel caso dell'impostazione di una lingua predefinita su un sito *web*, scelta memorizzata in vista degli accessi successivi – o per creargli un *identikit* attraverso l'utilizzo di algoritmi di calcolo (*cookie* c.d. "di profilazione"). In proposito G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, Torino, 2016, 230 ss.; nonché A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, cit., 55.

[90] In proposito G. MARINO, Internet *e tutela dei dati personali: il consenso ai cookie*, in questa *Rivista*, 2020, 2, 398 ss.

[91] Corte eur. giust. 1 ottobre 2019, cit., con commento di S. EL SABI, *La Corte di Giustizia vieta le caselle di spunta preselezionate per il consenso all'uso dei cookie*, in *Giustiziacivile.com*, 19-2-2020, e da A. REINALTER, S. VALE, *Cookie e consenso dell'utente*, in *Giur. it*., 2020, 1, 79 ss.



della sua libertà di autodeterminazione, condizionerebbe la fruizione del servizio alla preventiva e generalizzata manifestazione di consenso al trattamento dei suoi dati.

Una diversa impostazione rispetto ai *cookie* è offerta dal "*California Consumer Privacy Act*" (*CCPA*), che – salvo per i minori di 16 anni [92] – non basa l'utilizzo dei *cookie* sul consenso dell'interessato, prevedendo piuttosto la generica possibilità di raccolta delle informazioni personali, purché il *web tracker* venga posto a conoscenza di quali dati siano da raccogliere e con quali parti siano condivisi. Laddove poi il consumatore abbia venduto queste informazioni, il perimetro dell'obbligo informativo include l'indicazione delle categorie di dati che vengono condivise con terzi per scopi commerciali, in modo da potere consentire al consumatore l'esercizio del diritto di *opt-out* alla vendita, mediante la predisposizione sulla *homepage* del sito *web* dell'impresa di un apposito *link* obbligatorio con la dicitura "*Do not sell my personal information*".

Si segnala, tuttavia, che di questi tempi la specificità, attributo del consenso che si pone quale anticamera della granularità, risente di non poche difficoltà dinanzi all'incapacità, nel contesto dei *big data*, di individuare un uso specifico al momento della raccolta dei dati, per poterlo comunicare all'utente [93], anche a causa della terzietà del soggetto "estrattore" rispetto all'operatore che potrebbe beneficiarne per finalità commerciali.

Per ovviare all'inconveniente di un consenso "non specifico", occorre muovere dalla presa d'atto dell'indeterminatezza dell'uso specifico al momento della raccolta dei dati. Nei casi in cui sia impossibile predeterminare la finalità del trattamento, dunque ostacolandosi il reperimento della base giuridica principale del trattamento, potrebbe allora sostituirsi la specificità del consenso che l'utente manifesta in relazione alla finalità del trattamento con l'imposizione al titolare del trattamento di una valutazione comparativa dei diversi interessi in campo, tra i quali il rischio che si infligge alla sua sfera personale [94]. Un'operazione in fondo non dissimile da quella prevista dall'art. 6, par. 4, *GDPR*, per i trattamenti piegati a finalità diverse da quella per la quale è stato prestato il consenso. In questo caso, tuttavia, si impone l'accortezza di non indulgere a un eccessivo favore verso gli interessi delle imprese: la valutazione dovrebbe quindi tradursi nel vaglio preventivo dei possibili rischi connessi all'indeterminatezza di un utilizzo specifico. Si tratterebbe di incentivare l'analisi del potenziale pregiudizio che il singolo potrebbe subire da tutti i differenti utilizzi di quei dati, generalizzandola per tutti i trattamenti relativi a *big data*, e non soltanto per alcuni trattamenti (come prevede invece l'art. 35, par. 3, lett. *a*, *GDPR*), in luogo quindi dell'acquisizione di un consenso specifico dell'utente interessato. La soluzione prospettata suggerisce il recupero dell'accertamento preventivo da parte dell'autorità di controllo [95], onde evitare che l'esito perda di obiettività. Una siffatta proposta, pur non incarnando il modello dell'*opt-in* avallato dalle Corti, richiede egualmente che sia lasciata all'utente la facoltà di esercitare un diritto di *opt-out*, per ritirare il consenso manifestato all'esito della valutazione preventiva [96].

6. – Una riprova della centralità del consenso dell'interessato, a scapito di deriva interpretativa della rego-

[92] Per i quali, il *CCPA* stabilisce per l'impresa l'obbligo di fornire i *banner* per l'*opt-in* necessario per il consenso dei minori ovvero del loro rappresentante laddove si tratti di minore infradodicenne.

[93] Così A. MANTALERO, *La privacy all'epoca dei Big data*, cit., 1192.

[94] L. MOEREL, C. PRINS, *Privacy for the homo digitalis. Proposal for a new regulatory framework for data protection in the light of Big Data and the Internet of Things*, Tilburg, 2016, 43 ss.

[95] Così A. MANTALERO, *La privacy all'epoca dei Big data*, cit., 1193.

[96] L. MOEREL, *Big Data Protection: How to Make the Draft EU Regulation on Data Protection Future Proof*, Tilburg, 2014, *passim*.



lazione europea che ne colga il suo declino si coglie, di recente, nelle pronunce della Corte di giustizia. In continuità con la sentenza *Planet 49*, il giudice europeo ha suffragato il modello dell'*opt-in* con la sentenza dell'11-11-2020 sul caso *Orange Romania* [97], pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale presentato dal Tribunale di Bucarest relativamente alla valida prestazione del consenso degli interessati e alla dimostrazione della sua esistenza nei contratti di fornitura di servizi di telefonia conclusi tra costoro e la società rumena.

La questione interpretativa era originata dalla presenza nei contratti di una clausola secondo cui l'interessato era stato informato e aveva validamente manifestato il proprio consenso alla raccolta e alla conservazione di una copia del documento di identità ai fini dell'identificazione, nel caso in cui la casella relativa a una siffatta clausola fosse stata selezionata dal titolare del trattamento prima della sottoscrizione. A ben vedere la *Orange Romania* non subordinava la fornitura del servizio alla prestazione del consenso al trattamento dei dati, ma esigeva in alcuni contratti di abbonamento che la persona interessata, per rifiutare il proprio consenso, compilasse un modulo supplementare in grado di attestarne il dissenso. Eppure della possibilità di stipulare il contratto anche in caso di rifiuto al trattamento l'interessato non era adeguatamente informato, in modo da ingenerare il dubbio circa una sua autodeterminazione effettivamente libera e informata [98].

La Corte afferma che la prova di un valido consenso dell'interessato spetti al titolare del trattamento e che costui nel caso di specie non ha dimostrato né una manifestazione di volontà inequivoca, né libera e informata.

Sotto il primo profilo non basta la preselezione di una casella "di spunta" per provare un consenso inequivoco del titolare del trattamento. La circostanza che detti clienti abbiano sottoscritto i contratti contenenti la casella selezionata non consente, di per sé, di dimostrare un siffatto consenso, in assenza di indicazioni che confermino che tale clausola sia stata effettivamente letta e assimilata.

Conseguentemente, sotto ulteriore profilo, la Corte disapprova che, in combinato con l'automatismo di un consenso al trattamento, un contegno esplicito dell'interessato sia piuttosto richiesto per opporsi alla raccolta e alla conservazione dei dati, tramite l'aggravio della compilazione di un modulo supplementare, tale da incidere indebitamente sulla libera scelta di opporsi. Pare dunque che la Corte veicoli l'idea di una doppia sottoscrizione, sottostante alla necessità di una determinazione espressa sia per il contratto di abbonamento sia per il consenso al trattamento dei dati, quasi ad evocare la regola del consenso espresso alle prestazioni supplementari *ex* art. 65 cod. cons. [99].

La necessità di assicurare una scelta libera e consapevole del cliente è *ratio decidendi* che tuttavia nella pronuncia fonde le ragioni della trasparenza consumeristica con quelle della protezione dei dati personali, sottese alle questioni sorte sugli attributi del consenso. Questa sovrapposizione ingenera una confusione non

---

[97] Corte eur. giust. 11 novembre 2020, cit., con commento di C. ANGIOLINI, *A proposito del caso Orange Romania deciso dalla Corte di giustizia dell'UE: il rapporto fra contratto e consenso al trattamento dei dati personali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 1, 247 ss.

[98] Si veda in proposito il punto 45 della sentenza della Corte: «dalle indicazioni contenute nella menzionata domanda risulta che, sebbene detti contratti contengano una clausola secondo la quale i clienti interessati sono stati informati e hanno manifestato il loro consenso alla conservazione di una copia del loro documento d'identità a fini identificativi, la casella relativa a tale clausola era già stata selezionata dagli agenti di vendita dell'*Orange Romania* prima che tali clienti procedessero alla firma recante accettazione di tutte le clausole contrattuali, ossia tanto di detta clausola quanto di altre clausole non connesse alla protezione dei dati. In detta domanda viene inoltre indicato che, senza che i contratti di cui al procedimento principale lo precisino, l'*Orange Romania* accettava di stipulare tali contratti con clienti che rifiutassero di prestare il loro consenso alla conservazione di una copia del loro documento d'identità, esigendo al contempo, in tal caso, che detti clienti firmassero un modulo specifico che attestasse il loro rifiuto».

[99] Come prevede l'art. 65 cod. cons., il professionista, in assenza del consenso espresso, laddove lo abbia dedotto «utilizzando opzioni prestabilite che il consumatore deve rifiutare per evitare il pagamento supplementare, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento».



consona a dotare di specificità il tema del consenso al trattamento dei dati personali, le cui cautele nel reperimento dei suoi attributi, sottostando alla disciplina del *GDPR*, non hanno alcuna esclusiva giustificazione in funzione pro-concorrenziale.

L'autodeterminazione al trattamento si rivela tanto libera quanto più la si renda informata, dovendosi consentire all'interessato di individuare agevolmente le conseguenze del consenso prestato, in modo da assicurare che la sua determinazione avvenga consapevolmente. E qui la Corte disapprova la mancata informazione dell'interessato sulla natura "condizionata" o "opzionale" del consenso richiesto. Non è escluso che se le parti avessero compreso il carattere opzionale del consenso al trattamento si sarebbero determinate negativamente alla raccolta e conservazione dei dati personali. La Corte di giustizia pertanto dichiara l'insussistenza di un'effettiva volontà dell'interessato laddove le clausole contrattuali possano indurre l'interessato in errore circa la possibilità di stipulare il contratto anche in caso di mancanza del consenso al trattamento dei dati.

Nella pronuncia una eventuale "forzatura" del consenso ad opera del professionista è dunque stigmatizzata a prescindere dal carattere condizionato dell'autodeterminazione dell'interessato: l'assenza di un'adeguata informazione ad opera del titolare del trattamento circa la non necessità è in grado di procurare una supposizione di necessità, che rende forzato il consenso. E il testo contrattuale deve evitare forzature del consenso, sottese alla subordinazione del servizio alla prestazione di esso o alla induzione in errore dell'interessato, tendendo piuttosto ad assicurare nell'interessato il convincimento che il suo rifiuto non comprometta la prestazione del servizio ad opera dell'altro contraente [100]. Ove ciò non avvenisse, il consenso sarebbe viziato e si potrebbero attivare i rimedi per il *vulnus* inferto al proprio diritto.

Nel ragionamento della Corte, dunque, il consenso non è forzato se l'interessato è in grado di compiere una scelta libera, perché non vincolata da una preselezione, e informata, perché consapevole del carattere condizionato o meno della prestazione. Eppure, nel caso del rilascio del consenso come prestazione "condizionale" all'ottenimento di un bene o un servizio, strettamente connessi al trattamento dei propri dati, l'informazione dell'interessato non sempre evita una "forzatura" del consenso, per così dire più fisiologica: l'interessato si ritrova costretto a determinarsi positivamente al trattamento sul modello "*take it or leave it*" [101]. In questa evenienza, il consenso è posto quale antecedente necessario a conseguire (e a conservare) la posizione giuridica oggetto dell'attribuzione voluta dall'utente, e pertanto la sua prestazione non costituisce una scelta autonoma dall'acquisto del bene e del servizio, né è prevista una attribuzione economica per l'eventuale cessione del dato personale, nonostante spesso l'accesso al servizio o l'acquisto del bene abbiano un valore inferiore rispetto al "prezzo" del consenso [102]. L'evenienza rivela allora l'inidoneità del libero rilascio della volontà dell'utente a costituire l'oggetto di un vincolo obbligatorio e il contratto per suo conto rischierebbe di risultare viziato per conflitto con norme imperative che prescrivono l'incoercibilità del consenso al trattamento [103]. Eppure il conflitto con il prototipo normativo del consenso "libero", come si è osservato [104], è sopito dal buon esito della aspettativa collegata allo scambio.

---

[100] C. ANGIOLINI, *A proposito del caso Orange Romania*, cit., 264.

[101] Sul punto C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., 102 ss.; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., 38 ss.

[102] La locuzione richiama il sintagma adoperato da Cass., 16 maggio 2008, n. 12433, sullo sfruttamento dell'immagine altrui, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3215, con nota di T.M. UBERTAZZI, *Dubbi sulla revocabilità del consenso all'utilizzazione dell'immagine*; e *Giust. civ.*, 2009, I, 706 ss., con nota di D. SIMEOLI, *Il «prezzo del consenso» quale criterio di liquidazione del danno patrimoniale derivante dall'illecita pubblicazione dell'immagine altrui.*

[103] G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento UE 2016/679*, in *Annuario del contratto. 2018*, 2019, 127 ss., spec. 145.

[104] C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., 104.



Situazioni di autodeterminazione forzata si riscontrano sia "in occasione" o "in vista" di beni e servizi (ad es. il diritto all'accesso e all'uso di un *social network*, la possibilità di utilizzare un motore di ricerca), sia "in ragione" dell'ottenimento di beni e servizi (ad es. la possibilità di utilizzare una certa *app* che richiede l'utilizzo di certi dati personali, senza la cessione dei quali non vi potrebbe essere la prestazione del servizio) [105]. Il consenso al trattamento può quindi rivelarsi strumentale allo svolgimento della fase precontrattuale o all'esecuzione di un contratto con fornitori di servizi in posizione dominante [106]. In queste circostanze si osserva il ricorrere di una forte disparità di potere contrattuale, riflesso della naturale vocazione della società allo sviluppo delle tecnologie informatiche. Ma lo scambio risulta giustificato perché si tratta di servizi che sono interamente o prevalentemente finanziati dalla pubblicità, che si avvalgono del consenso quale unica controprestazione.

7. – Ulteriori riflessioni sulla relazione tra consenso al trattamento e contratto hanno origine, com'è noto, dall'accennata formalizzazione, in luogo di uno scambio informale, di un accordo di cessione del dato personale, ad opera della dir. 2019/770/UE, *Digital Content and Service Directive*, che ha disciplinato alcuni aspetti dei contratti di fornitura e di servizi digitali. La direttiva, all'art. 3, par. 1, nell'individuare l'ambito applicativo, prevede che la cessione di un dato personale possa costituire, mediante un'operazione complessa, controprestazione per la fornitura di contenuti o servizi digitali da parte di un operatore economico [107]. In questo caso colui che cede il proprio dato personale è consumatore di un contenuto e servizio digitale, senza versare in cambio alcun corrispettivo pecuniario [108] (talvolta con la possibilità di accedere con un sovrapprezzo ad un pacchetto *premium*) o, qualora sia previsto un corrispettivo, con la possibilità di beneficiare di uno sconto a fronte della cessione dei dati personali.

Per la verità uno stimolo all'interazione tra la protezione dei dati personali e il contratto era stato già apprestato – nel travagliato *iter* che ha portato alla *DCSD* – dalla proposta di direttiva 0287/2015, che tuttavia – all'art. 3 – conteneva una equiparazione del pagamento mediante dati personali con quello mediante moneta. Una tale formulazione letterale che conferiva ai dati personali carattere di forma di pagamento sostitutiva rispetto a quella mediante denaro è stata poi abbandonata anche in considerazione dell'opinione n. 4/2017 dell'Autorità Garante europea sulla protezione dei dati personali (*EDPB*), critica di una previsione che sottendesse una "mercificazione" del dato personale [109].

---

[105] F. STASSI, *Consenso dell'interessato e dati personali al tempo dei big data*, cit., 116.

[106] C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., 102; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., 38.

[107] L'art. 3, par. 1, dir. *DCDS* prevede che "la direttiva è applicabile nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti". Analogamente il considerando n. 24 della stessa *DCSD* prevede che il consumatore, quando non paghi un prezzo per la fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali, fornisca dati personali all'operatore economico.

[108] C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., 79 ss.

[109] L'*European Data Protection Board* aveva ritenuto infatti – alla nota 27 della opinione n. 4/2017 – che espressioni come "moneta digitale" o "pagamento per mezzo dei dati personali" non soltanto si dovessero considerare fuorvianti, ma addirittura pericolose («*"Popular catchphrase like "digital currency" and "paying with data" may not only be misleading, but can also be dangerous, if it is taken literally and turned into a legal principle*»). In proposito F. STASSI, *Consenso dell'interessato e dati personali al tempo dei big data*, cit., 118, nt. 34.



La nuova formulazione sovrappone una duplicità di piani consistente, da un lato, nel procedimento e nel consenso finalizzati alla conclusione del contratto di fornitura e, dall'altro, nel procedimento concernente la raccolta del consenso informato e l'esplicazione analitica delle finalità del trattamento, tanto che è parso venire in rilievo un doppio procedimento formale e un doppio consenso da parte dell'utente del servizio, sintomo di un collegamento tra due negozi [110]. Ma in ogni caso l'avere optato per una formulazione verbale più cauta non esclude che, pur in assenza di un corrispettivo monetario, in termini economici si compia uno scambio ("*non monetary transaction*"), sotto le spoglie di una fruizione del servizio a titolo gratuito, il cui controvalore economico consiste nell'atto unilaterale di autorizzazione al trattamento, accordato appunto in cambio di un servizio.

La direttiva provvede a congiungere la disciplina della protezione dei dati personali allo statuto consumeristico, in modo da implementare il potenziale rimediale a disposizione del consumatore-interessato [111] (come ad esempio dinanzi all'utilizzo da parte dell'operatore economico, nel contesto di una pratica commerciale scorretta, del materiale caricato dal consumatore, contenente dati personali, in vista dell'ottenimento di un servizio). Il novero dei rimedi contrattuali per la protezione dei dati personali del consumatore forniti all'operatore economico al momento della conclusione del contratto, o successivamente, si arricchisce ben oltre la tradizionale sponda della tutela individuale, mettendo in gioco una tutela di tipo amministrativo affidata all'Autorità Antitrust [112] (art. 66 cod. cons.) e quella collettiva (art. 140-*bis* cod. cons.), sulla quale incide altresì la dir. 2020/1828/UE, relativa alle azioni rappresentative per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori [113]. E questo rafforzamento dei processi di *public enforcement* attesta il declino di una tutela della persona calibrata sull'attribuzione di poteri individuali da esercitarsi dinanzi alla giustizia ordinaria, per quella spersonalizzazione dei rapporti, figlia della standardizzazione dei rapporti *business to consumer* [114]. E la previsione ad opera del legislatore di altre forme di tutela, alternative a quella giurisdizionale ordinaria, persegue al contempo un effetto – che si osserva sul piano del fatto – deflattivo del contenzioso civile e sottrae la tutela dell'interessato da eventuali inefficienze che affliggono il sistema di giustizia civile.

Riportando la trattazione alla prospettiva del consenso dell'interessato, la formalizzazione del negozio di cessione del dato determina l'ingresso del consenso dell'interessato tra le dinamiche negoziali della fornitura di beni o servizi a contenuto digitale, in luogo di quell'originaria valenza a costituire un atto di tolleranza dell'ingerenza alla propria sfera personale [115]. In questa veste il consenso diviene un atto di autodeterminazione "economica", la cui libera esplicazione è valore che preserva il mercato da fenomeni distorsivi che costituiscono, al contempo, lesione di interessi pubblici e di diritti fondamentali dell'individuo [116]. L'omessa

---

[110] C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Giust. civ.*, 2019, 3, 499 ss., spec. 510 s.

[111] C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali* cit., 119 ss., spec. 170, che esamina le tutele dell'interessato-consumatore, che porta a un incremento di tutela rispetto alla tradizionale tutela privatistica individuale.

[112] Esemplari i provvedimenti AGCM dell'11 maggio 2017, nn. 26596 e 26597, nei confronti di *WhatsApp*, e del 29 novembre 2018, n. 27432, nei confronti di *Facebook*, relativi alla raccolta, allo scambio con terzi e all'utilizzo per finalità commerciali dei dati di navigazione degli utenti (inclusi i loro interessi *online*). Quest'ultimo provvedimento è stato poi impugnato nel procedimento dinanzi al Tar Lazio, conclusosi con le sentenze del 10 gennaio 2020, nn. 260 e 261, a loro volta confermate dal Consiglio di Stato con le sentenze del 29 marzo 2021, nn. 263 e 263-1.

[113] A. MANTALERO, *Personal Data for Decisional Purposes in the Age of Analytics: from an Individual to a Collective Dimension of Data Protection*, in *Comparative Law & Secur. Review 32*, 2016, 238 ss.

[114] C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., 173. A proposito della perdita di centralità della tutela individuale del contraente debole A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 92.

[115] F. STASSI, *Consenso dell'interessato e dati personali al tempo dei big data*, cit., 120.

[116] A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 177 ss.



comunicazione dell'utilizzo per fini commerciali dei dati forniti dall'utente durante l'accesso al servizio potrebbe impedire il libero esercizio dell'autodeterminazione economica dell'utente, generando una scelta disinformata a fronte di una pratica commerciale scorretta dell'operatore economico.

La sovrapposizione di istanze differenti (tutela della persona e tutela del mercato), giustificata nell'attuale società interconnessa dalla considerazione dei dati personali del consumatore quale risorsa destinata alla circolazione su scala globale, non può che portare alla complementarità della protezione della *privacy* rispetto a quella del consumatore, ponendosi (come già osservato sul caso *Orange Romania*) distinti obblighi informativi in relazione ai rispettivi fini di tutela [117]. Eppure il tentativo di coniugare persona e mercato non sempre fronteggia il rischio di trascurare la centralità della persona umana, «la cui tutela non può essere obliata dalla mera rilevanza economica delle proprie informazioni» [118].

8. – A seguito della sintetica ricognizione svolta si ha l'impressione che la trasposizione del consenso al trattamento nel contesto del mercato dei dati digitali non abbia determinato una parabola discendente del consenso dell'interessato, revocandone in dubbio l'originaria centralità. Semmai, interpretazioni della regolazione europea della *privacy* eccessivamente inclini a cogliere l'equivalenza di tutte le basi normative del trattamento incrementano la percezione di uno sradicamento dell'attività di trattamento dei dati personali dagli steccati del diritto della personalità, dando parvenza di un'incapacità di controllo dell'interessato, assai più di quanto il dato normativo non indichi. Né d'altronde la natura negoziale del consenso che di certo matura dalle dinamiche avviate implica necessariamente la presa d'atto che reificazione e – specialmente – mercificazione siano processi da ritenere, con una certa corrività o arrendevolezza, già compiuti o inarrestabili. Dinanzi al superamento dei rigidi steccati tra ambiti personali e patrimoniali il rischio di una distorsione interpretativa che intenda la regolazione europea dei dati personali come ormai distante dall'istanza di tutela della persona determinerebbe una non condivisibile sterilizzazione di quanto in ossequio alla sponda personalistica quella disciplina attualmente contiene. Quello sul dato personale è ancora un diritto della persona, nonostante la sua componente patrimoniale traduca talvolta il consenso dell'interessato in autodeterminazione economica dell'utente-consumatore.

La "tenuta" della primazia del consenso emerge d'altronde sia dal mantenimento di esso a elemento primo della liceità del trattamento, sia dall'enfasi normativa e giurisprudenziale accordata alla libertà, consapevolezza e inequivocità del consenso del titolare, che non può che portare a una riduzione teleologica del significato di altre disposizioni del *GDPR*, che – come l'art. 6, par. 4 – sembrano indurre a una dequotazione dell'autodeterminazione del titolare del dato. Ne consegue che osservare l'impossibilità per l'interessato di incidere sulle modalità e sulla scelta dei mezzi del trattamento, rimesse piuttosto alla valutazione del titolare del trattamento, e le difficoltà applicative del principio di finalità sotteso al carattere specifico del consenso costituisce presa d'atto di un'apertura all'istanza di fruizione generalizzata delle informazioni nell'attuale contesto economico, senza con ciò tradursi in una complessiva erosione del consenso per i trattamenti ordinari.

Il rilievo del consenso dell'interessato nella circolazione dei dati personali oltretutto è testimoniato dalla prossima adozione di un regolamento *ePrivacy*, sulla tutela della vita privata nelle comunicazioni elettroniche, del quale il Consiglio d'Europa ha approvato nel febbraio 2021 una bozza, volta ad aumentare la prote-

[117] C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., 177.
[118] C. BASUNTI, *La (perduta) centralità del consenso*, cit., 893.



zione degli utenti dalle minacce alla *privacy* che potrebbero derivare dall'utilizzo di strumenti di tracciamento (non solo *tracking cookie*, ma anche *spyware* o *web bugs* [119]). La bozza conferma il paradigma della scelta effettiva dell'utente, che potrà dirsi libera se non è pregiudicata la scelta tra un'offerta subordinata al consenso all'uso dei *cookie* per finalità aggiuntive (come quelle commerciali) e una scelta che ne prescinda pur essendo equivalente (considerando n. 2aaaa della bozza di proposta di regolamento). La bozza mantiene poi il "porto franco" dei servizi forniti in conformità della libertà di espressione e di informazione (ad es. giornali *on line*), al cui rilascio del consenso all'utilizzo di marcatori è subordinato il servizio. Eppure così facendo il recupero del controllo dell'utente sui suoi dati, sia pur quelli passivamente raccolti sui suoi terminali, avrebbe una ridotta operatività [120].

Come osservato in premessa, è semmai dinanzi ai trattamenti massivi di dati personali che la fuga dalla prospettiva dell'interessato pare più ampia di quanto non valga per i trattamenti individuali. Tanto che la professione ad opera del *GDPR* degli attributi del consenso e l'apporto ermeneutico fornito dalle corti in chiave di valorizzazione dell'autodeterminazione dell'interessato non garantiscono dai rischi insiti nei trattamenti su larga scala, nei quali allora il titolare del trattamento deve compiere una valutazione di impatto della protezione dei dati personali [121]. La circolazione dei dati nei casi di trattamenti abnormi aggirerebbe più frequentemente il consenso dell'interessato, che difficilmente sarebbe in grado di mostrarsi dotato dei suoi attributi (libero, esplicito, inequivocabile, specifico, etc.). Non tanto per la rarefazione della regola generale di prestazione del consenso, quanto più per l'ineffettività di una libera autodeterminazione dell'utente dinanzi all'evoluzione tecnologica dei dati, non dotati di una immediata portata informativa e sottoposti a trattamenti di consistente complessità. Qui il noto incedere dei flussi informativi nel mercato digitale ha posto in evidenza che il consenso, quale architrave dei poteri di controllo e intervento riconosciuti all'interessato sulle proprie informazioni, può essere "fisiologicamente" posto in discussione a causa dell'apporto di fenomeni che si dispiegano in tutto il loro spessore economico e che, pur conciliati con la tutela della persona, non risultano adeguatamente riflessi dall'attuale disciplina normativa. Si ha l'impressione che la regolazione europea della protezione dei dati personali – pur nella sintesi tra autodeterminazione informativa e approccio "*risk-based*" e pur con la consacrazione ad opera della corti del modello dell'*opt-in* – non riesca a fronteggiare appieno l'impatto sociale dei *big data* sulla *privacy* dell'interessato. La maggiore debolezza è costituita da un'inefficace previsione di meccanismi di selezione *ex ante* da parte dell'interessato [122]. Quali espedienti dunque per restituire al titolare del dato il suo potere di signoria in questi casi?

La necessità di caricare il consenso di una rinnovata funzione di meccanismo di partecipazione e di deci-

[119] Gli *spyware* costituiscono *software* che durante la navigazione in rete infettano segretamente il computer per monitorare e registrare l'attività dell'utente; i *web bugs* sono delle immagini invisibili, solitamente delle dimensioni di un *pixel* che vengono inserite all'interno di una pagina *web*, anche in questo caso per tracciare i contenuti dell'attività in rete dell'utente.

[120] Come osservato dall'*European Data Protection Board* (*EDPB*) nello *Statement* 2021, n. 3, adottato il 9 marzo 2021, sulla bozza di regolamento *ePrivacy*.

[121] Per i trattamenti che prevedono in particolare l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, l'art. 35, par. 3, *GDPR* prevede che il titolare del trattamento deve compiere una valutazione di impatto della protezione dei dati personali, quando il trattamento può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche in caso di: «a) una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche, basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche; b) il trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, o di dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10; o c) la sorveglianza sistematica su larga scala di una zona accessibile al pubblico».

[122] I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo e analisi comportamentale. Iniziali spunti di riflessione*, in *Dir. merc. tecnol.*, 25 gennaio 2017, par. 5.



sione dell'interessato al trattamento dei dati personali è strada da tentare anche nel contesto dei trattamenti massivi. Ma, nella cornice dei *big data*, la sofisticata aggregazione insinua il dubbio che la soluzione politica di valorizzazione del consenso, come diritto di scelta che sia espressione di una libertà fondamentale, non riesca a soddisfare realmente l'aspirazione di coloro che intendano escludere il trattamento dei propri dati [123], avviando la ricerca di alternative di protezione «oltre una prospettiva esclusivamente individuale» [124].

In questo contesto l'immissione del dato in un vero e proprio mercato, che concorre allo sviluppo di un nuovo ordine economico, ha già prodotto alcuni tentativi di sostituzione della tutela individuale con quella collettiva e con quella privata sotto l'esercizio di poteri di *public enforcement*.

Ma il principale strumento di restituzione alla persona degli spazi a lei erosi è indubbiamente una più compiuta regolazione dei fenomeni osservati, attraverso l'ausilio della tecnica, e non esclusivamente nella direzione di un recupero della principale condizione di liceità del trattamento. Una tale operazione non va esente dal rilievo secondo cui l'illusione di una libera autodeterminazione non è poi tanto meno "paternalistica" dei meccanismi ispirati a regole di *default* ovvero ad altre strategie di "spinta gentile" (il cd. effetto "*nudge*") [125]. Si crede allora che interventi sostenuti dalla fiducia verso una scelta libera e consapevole dell'utente da soli non bastino, richiedendosi piuttosto la ricerca di nuove *regole di default* che beneficiano degli apporti dell'analisi comportamentale [126]. Una protezione effettiva dei dati personali non può dipendere da strategie incidenti sul comportamento dell'interessato, che non potrebbero apparire risolutive a fronte di una circolazione dai dati ormai irrimediabilmente nelle mani dei *data players*.

L'alternativa al consenso, ove esso sia aggirato, dovrebbe quindi passare attraverso un nuovo modello regolatorio, in grado di riflettere tutte le istanze in gioco. Il consenso, quale espressione di una *property rule*, potrebbe essere insufficiente oltre lo spettro dei trattamenti ordinari, mentre per i danni cagionati da trattamenti massivi, come per usi secondari, potrebbe rivelarsi più idoneo gravare di una *liability rule* chi incide sulla sfera della persona [127]. O ancora si potrebbe ovviare alla prestazione del consenso con un incremento delle regole procedurali, ampliative dell'*accountability* del titolare, che si traducono in norme tecniche interne ispirate a correttezza, alla minimizzazione del rischio di perdita di controllo da parte dell'utente e a valutazioni di sicurezza [128], ferme restando la permanenza in capo all'interessato del potere di inibire il trattamento e la risarcibilità dei danni cagionati dal trattamento.

La tendenza ad aumentare gli obblighi preventivi in vista di una responsabilizzazione del titolare del trattamento si riscontra, di recente, su sentieri contigui, in cui il legislatore europeo tenta l'elaborazione di disci-

---

[123] Il dubbio è condiviso da I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo e analisi comportamentale*, cit. (*Annali*), 14, che si pone in prospettiva critica rispetto alle opzioni più di recente valorizzate (come il consenso al trattamento dei dati personali) dal legislatore europeo (il reg. *GDPR*) per verificarne i limiti, ovvero possibili scenari alternativi in prospettiva de *iure condendo*.

[124] C. ANGIOLINI, *A proposito del caso Orange Romania*, cit., 266.

[125] In proposito si veda il "paternalismo libertario" di R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, trad. it. A. Oliveri, Milano, 2014; nonché C.R. SUNSTEIN, *Effetto nudge. La politica del paternalismo libertario*, trad. it. M. Barile, Milano, 2015; I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo e analisi comportamentale*, cit. (*Annali*), 47.

[126] I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo e analisi comportamentale*, cit. (*Annali*), 46 ss.

[127] I. COFONE, *The Dynamic Effect of Information Privacy Law*, in *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2017, 18, 2, 518 ss., spec. 542 ss.

[128] I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo e analisi comportamentale*, cit. (Annali), 47. Cfr. M.G. STANZIONE, *La protezione dei dati personali tra «consumerizzazione» della privacy e principio di accountability*, cit., 1 ss.



pline "del rischio", che muovono dalla presa d'atto della rivoluzione digitale e si giustificano quale contrappeso della "socializzazione" dell'individuo: in questa direzione muove, com'è noto, la proposta di regolamento (COM(2020)825 del 15 dicembre 2020), nel quadro della Strategia per il mercato unico digitale in Europa (che annovera altresì l'armonizzazione delle discipline dei mercati digitali, c.d. *Digital Market Act*), per riformare gli obblighi e le responsabilità degli intermediari dei servizi digitali, mediante l'aggiornamento della dir. 2000/31/CE sul commercio elettronico, in vista di una disciplina organica dei servizi digitali (c.d. *Digital Services Act*).

Parallelamente a una valorizzazione del consenso dell'interessato, la regolazione della *privacy* dinanzi ai *big data* potrebbe destinarsi verso: *a*) l'incremento dei limiti al trattamento di taluni dati (come quelli a impatto discriminatorio); *b*) una graduazione della disciplina, conformemente al principio di proporzionalità previsto dal considerando n. 4 *GDPR*, in relazione al tipo di dati, oggetto di trattamento, sottoponibili a differente protezione in considerazione del diritto fondamentale che mettono in gioco (ad esempio, prevedendo la necessità del consenso per i dati c.d. "sensibili" e non per quelli non sensibili) [129]; *c*) lo sviluppo di tecniche più efficienti di spersonalizzazione del dato, capaci di ovviare ai rischi di una reidentificazione; *d*) e l'ampliamento degli strumenti di tutela (ad esempio, proponendo prestazioni sanzionatorie in capo ai soggetti responsabili o altre forme di reazione agli arricchimenti in capo all'autore dell'illecito, in quest'ultimo caso con la necessità di un'attenta valutazione dei criteri di determinazione del *quantum* restituibile o risarcibile) [130]. Muovere in questa direzione avrebbe il pregio di ridurre l'ineliminabile residuo di incapacità dei soli strumenti giuridici ad attutire «l'offensività strutturale dell'economia digitale sulla persona» [131].

[129] I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo e analisi comportamentale*, cit. (Annali), 48, che osserva come «un modello regolatorio potrebbe avere in considerazione la possibilità di un superamento del requisito del consenso (o una sua interpretazione in senso restrittivo) con riguardo ai dati personali non sensibili, e ipotizzare una forma di controllo, sin dall'inizio, per l'interessato sui dati che rappresentano più strettamente la sfera dei diritti fondamentali, pur nella consapevolezza che esso non può rappresentare il principale baluardo della tutela. Questa distinzione, apprezzabile comunque nell'ottica di una più mirata protezione dei diritti della personalità, può rappresentare un ulteriore tassello per meglio definire il contenuto del diritto alla protezione dei dati personali, anche in ragione della verifica delle ipotesi in cui si possono determinare lesioni rilevanti della sfera privata, come visto in tema di danno da illecito trattamento».

[130] Si veda I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo e analisi comportamentale*, cit., 49 s. Cfr. C. CAMARDI, *Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali*, in questa *Rivista*, 2020, 3, 786 ss., a proposito della relativizzazione della tutela aquiliana nel caso di illecito trattamento dei dati personali.

[131] C. CAMARDI, *Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali*, cit., 811, che osserva che «interessa solo argomentare come una corretta e appropriata impostazione dei rimedi contro l'offensività strutturale dell'economia digitale sulla persona non possa più sistemicamente essere regolata soltanto in chiave di responsabilità aquiliana, ma richieda l'utilizzazione di strumenti "altri" preventivi, di tipo macroeconomico se vogliamo, e non (soltanto) di diritto privato»; nonché C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., 204.

JUS CIVILE



GIUSEPPE MARINO

Ricercatore a t. d. di Diritto privato – Università degli Studi di Palermo

VERSO L'EURO DIGITALE: LA MONETA LEGALE NELL'EPOCA DELLA DIGITALIZZAZIONE

SOMMARIO: *1. La sfida delle* stablecoins *e l'avvento delle* central bank digital currencies. *– 2. Caratteri generali ed obiettivi del progetto di Euro digitale. – 3.* Segue*. Possibili modelli di attuazione della valuta digitale europea. Il confronto con l'e-Yuan cinese. – 4. L'Euro digitale e il concetto di moneta legale. – 5. La cbdc europea nel processo di spiritualizzazione della moneta.*

1. – L'istituto monetario è oggi agitato da violente tensioni evolutive, le quali provengono sia "dal basso", sotto la spinta dell'autonomia privata e del mercato, per l'avvento e la diffusione a ritmi esponenziali delle criptovalute e di una loro particolare *species* denominata *stablecoins*; sia "dall'alto", per l'azione portata avanti dai banchieri centrali di tutto il mondo sul tema nuovo delle valute digitali sovrane. Da quest'ultima specola e, in particolare, dall'esame del progetto di emissione dell'"Euro digitale" della Banca centrale europea, si rifletterà sulla curvatura che questi venti di cambiamento imprimono sullo statuto dogmatico della moneta e sul concetto civilistico di moneta (avente corso) legale, lì dove si mescolano, in una delicatissima alchimia, pubblico e privato, autorità e fiducia, sovranità e autonomia.

Il filo rosso che unisce queste tendenze innovative è rappresentato dal progresso tecnologico, capace di trasfigurare il volto del sistema monetario e del mercato dei servizi e strumenti di pagamento, europeo e globale, in ogni suo lineamento. Per mezzo delle nuove tecnologie digitali, il mercato ha fatto irruzione nel momento *genetico* di emissione della moneta, sconfinando nelle prerogative correlate alla sovranità monetaria pubblica tradizionalmente appannaggio delle banche centrali nazionali o sovranazionali. Il riferimento corre evidentemente al fenomeno delle criptovalute, rappresentazioni digitali di valore, emesse da soggetti privati che operano sul web (*miners*), custodite su sistemi informatici in appositi portafogli digitali (*wallets*) e trasferite o negoziate per mezzo di chiavi crittografate [1]. Dall'avvento di Bitcoin nel 2008, ancor'oggi la più nota e diffusa, il panorama delle criptovalute – sul quale, per i limiti di questo lavoro, non è possibile soffermare l'analisi – ha conosciuto significative novità. Ai fini della riflessione che si intende condurre, merita di

[1] Nella dottrina più recente si vedano, senza pretesa di completezza, D. FAUCEGLIA, *La moneta privata. Le situazioni giuridiche di appartenenza e i fenomeni contrattuali*, in *Contr. Impr.*, 2020, 1254; M. SEMERARO, *Moneta legale, moneta virtuale e rilevanza dei conflitti*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, II, 239; M. CIAN, *La criptovaluta. Alle radici dell'idea giuridica di danaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2019, I, 315; C. PERNICE, Digital Currency *e obbligazioni pecuniarie*, Napoli, 2018; N. DE STASIO, *Verso un concetto europeo di moneta legale: valute virtuali, monete complementari e regole di adempimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 747 ss.



essere segnalata la nascita e la successiva esplosione [2] delle menzionate *stablecoins*, *crypto-asset* tipicamente agganciato o collegata al prezzo di una valuta *fiat*, ovvero di un'attività o di un paniere di attività finanziarie (materie prime o altre valute), pensata – come suggerito dal *nomen* stesso – per mantenere un valore tendenzialmente stabile nel tempo, e così rimediare alla volatilità quale caratteristica deficienza delle altre valute virtuali private [3]. Per tale conformazione, le *stablecoins*, più di altre criptovalute, ambiscono a fungere da mezzo di pagamento e ad assurgere a "moneta privata" complementare, o meglio *antagonista* rispetto alle "monete sovrane" munite di corso legale.

Proprio come le proverbiali monete, le *stablecoins* svelano due facce contrapposte: per un verso, possono concorrere al progresso nel campo dei pagamenti digitali, ad esempio contribuendo a rendere più efficienti i pagamenti transfrontalieri e le rimesse internazionali. Per altro verso, sono in grado però di generare rischi non indifferenti per la stabilità finanziaria e la sovranità monetaria, mettendo a repentaglio il monopolio del "batter moneta" degli Stati e delle loro banche centrali [4].

A tale ascesa delle forme di pagamento digitale e *mobile*, da un canto, e delle criptovalute, dall'altro, ha fatto da inevitabile contrappunto lo stato di crisi in cui versa la forma tipica di espressione della moneta pubblica, ossia il denaro contante, sempre più impiegato dai privati come riserva di valore per la fiducia riposta nella moneta sovrana, ma sempre meno come mezzo di adempimento delle obbligazioni pecuniarie [5], per il

---

[2] Il mercato di queste nuove risorse digitali è cresciuto di 20 volte tra il 2020 e il 2021, passando da una capitalizzazione di 4 a 80 miliardi di $. A maggio 2021, esistono 47 diverse *stablecoins* sul mercato, con sei che hanno una capitalizzazione superiore a 1 miliardo di $. Nell'ultimo anno, l'espansione ha rallentato il ritmo, consentendo in ogni caso un raddoppio della capitalizzazione delle 7 principali valute in circolazione da 90 a 180 miliardi di $. Dal 2015 fino al 2019 la *stablecoin* Tether ha avuto il monopolio assoluto. A marzo del 2022, invece, i Tether in circolazione rappresentano meno del 50% dell'intero universo di *stablecoins*. Per questi dati si veda l'articolo di M. MINNENNA, *Vincitori e vinti nella battaglia delle valute digitali private*, su *IlSole24Ore*, 18 aprile 2022, disponibile sul sito *https://www.ilsole24ore.com*. Sulle caratteristiche delle *stablecoins* e le loro possibili implicazioni sul sistema finanziario si veda il *paper* della CRYPTO-ASSETS TASK FORCE della EUROPEAN CENTRAL BANK, *Stablecoins: Implications for monetary policy, financial stability, market infrastructure and payments, and banking supervision in the euro area*, *in Occasional Paper Series*, n. 247, 2020; nonché D. BULLMANN, J. KLEMM, A. PINNA, *In search for stability in crypto-assets: are stablecoins the solution?*, in *Occasional Paper Series*, n. 230, 2019. Tutti i lavori scientifici della BCE che si menzioneranno nel testo sono disponibili sul sito *web https://www.ecb.europa.eu/*.

[3] A tal fine, l'emittente privato di norma si impegna a detenere un portafoglio di "attività di riserva" composto da valute o titoli, a valere sul quale le *stablecoins* possano essere rimborsate o scambiate.

[4] Sul punto si veda l'intervento del membro del comitato esecutivo della BCE F. PANETTA, *Stablecoin: due facce della stessa moneta*, 2020, reperibile sul sito *web* della BCE, il quale sottolinea che le *stablecoin* consentono di norma la conversione in moneta contante. Le modalità di conversione differiscono però da quelle relative ai depositi bancari o alla moneta elettronica: esse possono "risultare particolarmente vulnerabili al rischio di "corsa ai riscatti". In mancanza di una garanzia circa il valore di rimborso da parte dell'emittente, il prezzo della *stablecoin* oscillerebbe infatti in funzione del valore delle attività di riserva. Ciò potrebbe alimentare i riscatti qualora i detentori della *stablecoin* – sui quali ricadono i rischi di oscillazione dei prezzi – si attendano un calo significativo del valore di rimborso. Episodi di questa natura potrebbero verificarsi anche qualora gli emittenti garantiscano un determinato valore di rimborso della *stablecoin* ma non siano ritenuti in grado di onorare tale promessa. La necessità di far fronte ai riscatti potrebbe inoltre costringere l'emittente della *stablecoin* a liquidare le attività di riserva, innescando effetti di contagio sull'intero sistema finanziario. Nel caso di una *stablecoin* globale questi effetti potrebbero estendersi a più mercati contemporaneamente".

[5] In Italia, il rapporto tra il valore dei pagamenti effettuati in contanti sul totale dei pagamenti fisici è diminuito di 11 punti percentuali, al 58 per cento, tra il 2016 e il 2019; i pagamenti con carta costituiscono oltre la metà dei pagamenti e solo il 4% degli utenti non ha accesso a strumenti di pagamento digitale. L'espansione capillare del commercio *online* – consolidatasi in modo definitivo quale effetto collaterale dell'emergenza pandemica – ha determinato l'accelerazione del passaggio all'utilizzo di strumenti di pagamento digitali da parte della platea degli utenti e ha favorito la diffusione *online* di servizi di pagamento accessori, come quelli di disposizione e di informazione. In tema gli studi della ECB, *Study on the payment attitudes of consumers in the euro area (SPACE)*, 2020; nonché L. BALDO et al., *Inside the black box: tools for understanding cash circulation*, in *Banca d'Italia. Markets, Infrastructures, Payment Systems*, n. 7, 2021; A. ZAMORA-PÉREZ, *The paradox of banknotes: understanding the demand for cash beyond transactional use*", in *Bollettino economico BCE*, 2021; P. CIPOLLONE, *Il ruolo dell'euro digitale come àncora del sistema dei pagamen-*



cospirare di diversi ordini di ragioni: anzitutto, com'è di tutta evidenza, la conformazione strutturale del mercato digitale, nel quale il contante si rivela del tutto inadatto ad un impiego efficiente e rapido; in secondo luogo, il cambiamento nelle abitudini di pagamento (specie delle generazioni più giovani ma non solo) anche nell'*habitat* naturale del contante, il commercio *retail* nei punti vendita tradizionali, ed una sempre maggior fiducia verso gli strumenti rapidi ed efficienti come quelli *contactless*, che adoperano la tecnologia NFC (*Near Field Communication*), tanto attraverso le carte di pagamento che gli smartphone [6]; infine, gli stessi indirizzi di *policy* del legislatore sia europeo che municipale, il quale, com'è noto, ne limita o bandisce l'uso per finalità di contrasto all'evasione fiscale (specialità nostrana) e al finanziamento della criminalità organizzata e al terrorismo e, di contro, orienta il trasferimento della ricchezza monetaria, in particolare di non modesta entità, verso canali tracciabili e trasparenti.

In questo scenario tellurico, l'UE ha dato risposta a queste tensioni, mettendo in campo una manovra "a tenaglia": sul versante normativo, le istituzioni politiche hanno varato la proposta di Regolamento cd. MiCa [7] di regolazione del mercato delle cripto-attività, in via di approvazione, disciplinante l'emissione e la circolazione sia di "token collegati ad attività" [8] che di "token di moneta elettronica", nel cui spettro normativo potranno ricadere le *stablecoins* [9]. Contestualmente, sul versante della politica monetaria, prende forma e sostanza il progetto di emissione dell'Euro digitale (*infra* menzionato anche come *D€*), che si colloca sotto l'ombrello della nuova categoria delle *central bank digital currencies* (di seguito indicate anche come *cbdc*).

Per *cbdc* s'intende una moneta emessa in forma digitale, espressa in una valuta avente *corso legale*, costituente una posta di debito nel bilancio di una Banca centrale (e non di una banca privata), disponibile e utilizzabile da tutti i consociati e non soltanto da banche e altri attori istituzionali del sistema dei pagamenti. [10] Quattro ne sono pertanto, in termini schematici e alquanto approssimativi, gli elementi qualificanti: *i)* l'emissione diretta da parte di un'autorità monetaria sovrana espressa in una valuta *fiat*; *ii)* il *vestimentum* digitale; *iii)* la diffusione nel campo dei pagamenti al dettaglio; *iv)* il *legal tender*, vale a dire il potere liberatorio dai debiti di denaro in un determinato ordinamento giuridico.

---

ti, in *La digitalizzazione degli strumenti finanziari: opportunità e rischi*, Banca d'Italia, 2021, disponibile sul sito *web https://www.bancaditalia.it/.*

[6] In argomento si consenta il rinvio a G. MARINO, *Carte di pagamento con funzione contactless, uso non autorizzato e responsabilità dei prestatori di servizi di pagamento*, in *Oss. dir. civ. comm*., 2021, 137 ss.

[7] Si tratta della Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 settembre 2020 relativo ai mercati delle cripto-attività.

[8] Così al considerando 9 si afferma che i token collegati ad attività "[…] mirano a mantenere un valore stabile ancorandosi a diverse monete aventi corso legale, a una o più merci, a una o più cripto-attività o a un paniere di tali attività. Spesso la stabilizzazione del valore dei token collegati ad attività è finalizzata a far sì che i loro possessori li utilizzino come mezzo di pagamento per acquistare beni e servizi e come riserva di valore". Una definizione in questi termini si trova all'art. 3, n. 3, del MiCaR.

[9] I "token di moneta elettronica" sono "destinati a essere utilizzati principalmente come mezzo di pagamento" e "mirano alla stabilizzazione del valore ancorandosi a un'unica moneta fiduciaria" (considerando n. 9 MiCaR). È definito come "un tipo di cripto-attività il cui scopo principale è quello di essere utilizzato come mezzo di scambio e che mira a mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di una moneta fiduciaria avente corso legale" (art. 3, n. 4).

[10] Nella prima letteratura (economica) che si è occupata dell'argomento si veda M.K., BRUNNERMEIER, H. JAMES, J.-P. LANDAU, *The Digitalization of Money*, in *BIS Working Paper Series*, 2021, n. 941; E. URBINATI ET AL., *A digital euro: a contribution to the discussion on technical design choices*, in *Banca d'Italia, Markets, Infrastructures, Payment Systems*, n. 10, 2021; D. IKEDA, *Digital Money as a Unit of Account and Monetary Policy*, in *Open Economies Discussion Paper*, 2020, n. 15, disponibile su *https://www.imes.boj.or.jp/*. L'idea primitiva, pur sviluppata in un contesto storico e tecnologico affatto differente, rimonta a J. TOBIN, *The case for preserving regulatory distinctions*, in *Proceedings of the Economic Policy Symposium*, Federal Reserve Bank of Kansas City, 1987, 167 ss.



È in questa cornice che si iscrivono i processi, più o meno avanzati, di adozione delle monete digitali che si diffondono in ogni angolo del pianeta dai Caraibi [11], alla Svezia [12], dalla Cina (sulla quale si tornerà nel corso del lavoro) agli Usa [13], sino all'Europa verso la quale si volgerà partitamente l'attenzione. In ossequio all'adagio *motus in fine velocior*, nell'ultimo anno l'azione dei banchieri centrali è divenuta più risoluta e, di pari passo, il dibattito scientifico sul tema si va via via intensificando e approfondendo.

Nel corso della riflessione, si discuteranno brevemente i presupposti, gli obiettivi e i rischi correlati all'introduzione dell'Euro digitale e se ne valuteranno i risvolti dalla prospettiva civilistica, che vede nuovamente messe alla prova le categorie generali della moneta legale, dell'obbligazione pecuniaria e del suo adempimento.

2. – Nell'ottobre del 2020, la Banca centrale europea ha pubblicato il "*Report on digital Euro*", nel quale prende in considerazione, per la prima volta in via ufficiale, l'opportunità e le eventuali modalità di emissione di una nuova forma di moneta digitale pubblica circolante nell'Eurosistema [14]. A partire dall'ottobre del 2021, il progetto ha conosciuto una decisa accelerazione, con l'inaugurazione di una fase di investigazione e sperimentazione sul campo di durata biennale, all'esito della quale la Bce si riserva di compiere la scelta definitiva circa l'emissione o meno della nuova moneta digitale europea [15].

Se, ancora in tempi recenti, le *cbdc* venivano guardate con tangibile diffidenza dalle banche centrali, in particolare quella europea, che ne mettevano in luce più i rischi e le criticità che i benefici, una serie di fattori ha indotto un radicale mutamento di prospettiva, inclinando verso l'opportunità, se non la necessità, dell'adozione di un simile strumento [16]. I *perché* dell'introduzione del *D€* sono frutto del contesto generale

[11] Il primo *cbdc* ad essere entrato in vigore, con corso legale, è stato il cd. *sand dollar*, ufficialmente lanciato alle Bahamas e in altri stati caraibici nell'ottobre 2020.

[12] Sin dal 2017, la Riksbank svedese sta conducendo tra alti e bassi un progetto-pilota, denominato e-Krona, basata su una *distributed ledger technology*, utilizzabile dal grande pubblico come complemento al contante. Contestualmente, è all'esame la sua impiegabilità *offline*. Si veda SVERIGES RIKSBANK, *The e-krona pilot – test of technical solution for the e-krona*, aprile 2021, pubblicato *online* su *https://www.riksbank.se/*. Per una trattazione più dettagliata v. E. URBINATI et al., *A digital euro: a contribution to the discussion on technical design choices*, cit., 10.

[13] Dopo aver accusato un significativo ritardo rispetto ai diretti concorrenti, il dibattito sul Dollaro digitale è montato rapidamente e ha visto nel gennaio 2022 una presa di posizione di segno positivo nel White Paper pubblicato dalla FED (si veda il rapporto della FED, *Money and Payments: The US Dollar in the Age of Digital Transformation*, Gennaio 2022, consultabile *online* sul sito https://www.federalreserve.gov/publications/) e, subito a seguire, del Congresso (con la presentazione del disegno di legge denominato *Ecash Act*). La firma del presidente Biden sull'*Executive Order on Ensuring the Responsible Development of Digital Assets* ha dato inizio a una di "prova su strada" che dovrebbe – ma il condizionale è ancora d'obbligo – portare in un futuro prossimo all'adozione del dollaro digitale.

[14] Si tratta dell'ECB, *Report on a digital euro*, Ottobre 2020, che si legge su *https://www.ecb.europa.eu/*. Il rapporto è stato adottato in via congiunta con altre sette tra le principali banche centrali in giro per il mondo e alla *Bank for International Settlements (BIS)*. Si veda in particolare lo studio della BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Central bank digital currencies: foundational principles and core features*, Joint report by The Bank of Canada, European Central Bank, Bank of Japan, Sveriges Riksbank, Swiss National Bank, Bank of England, Board of Governors of the Federal Reserve and Bank for International Settlements, Ottobre 2020, disponibile su *https://www.bis.org/publ/*.

[15] Al primo rapporto ha fatto seguito, dapprima, una consultazione pubblica condotta dalla BCE in ordine ai benefici e ai rischi connessi all'Euro digitale e la pubblicazione dei relativi risultati nell'aprile del 2021, intitolato *Rapporto dell'Eurosistema sulla consultazione pubblica su un euro digitale*.

[16] In questi termini ad esempio C. BARONTINI e H. HOLDEN, *Proceeding with caution – a survey on central bank digital currency*, in *BIS Papers*, n.101, 2019, reperibile su *https://www.bis.org*; F. PANETTA, *21st century cash: Central banking, technological innovation and digital currencies*, 2018, disponibile sul sito *https://www.bancaditalia.it/*. Una posizione critica sulla necessità



prima fugacemente raffigurato. Su un primo versante, vanno ricercati nel menzionato declino del denaro contante e, per l'effetto, nella perdita di centralità della moneta "pubblica" emessa dalla banca centrale a favore della moneta "privata" di natura scritturale e sugli strumenti di pagamento digitali e mobili che, pur facendo capo al sistema valutario sovrano, riposano sulla garanzia della convertibilità in moneta legale [17]. Su un secondo versante, il vero agone della contesa è rappresentato – come anticipato – dall'espansione delle *stablecoins* e dall'incombente ingresso delle grandi *digital platforms* nel mercato dei servizi *lato sensu* finanziari, che si pongono in aperta competizione con le monete sovrane e il ruolo dei banchieri centrali [18].

Sotto questo fuoco incrociato, la BCE ha avvertito il rischio di un attentato alla propria sovranità monetaria europea, con le correlate incertezze per la stabilità dei mercati. In un sistema economico e finanziario che tende verso la piena digitalizzazione, il delicato gioco tra emissione della moneta sovrana e moltiplicazione della moneta privata rischia di incrinarsi o rompersi: la fiducia che i consociati ripongono nella moneta emessa da soggetti privati – e quindi la sua diffusa accettazione – risiede, infatti, nella possibilità di convertirla, al valore nominale, nella moneta priva di rischi emessa dalla banca centrale [19].

Sulla scorta di queste considerazioni, può individuarsi in prima approssimazione il *proprium* di quello che potrebbe essere l'Euro digitale nella visione della Bce espressa nei *report* ufficiali [20]. Una passività (*liability*) iscritta nei bilanci della Banca centrale, offerta in forma digitale, destinata all'utilizzo da parte dalla generalità dei consociati, cittadini e imprese, per i loro pagamenti al dettaglio. Il D€ integrerebbe, senza sostituirla, l'attuale offerta di contanti e depositi "all'ingrosso" delle banche centrali (*wholesale central bank deposits*). Si tratterebbe, in altri termini, di un altro modo per battere moneta, che si affianca alle banconote cartacee e alle monete metalliche, e non come una valuta parallela. Se ne postula, pertanto, la "convertibilità alla pari" con altre forme di manifestazione della moneta unica europea, come le banconote o le riserve di banche centrali ovvero ancora i depositi bancari. Se ne esalta, infine, la natura di moneta "pubblica", in quanto emessa direttamente dalla banca centrale e, per tale ragione, priva di quei rischi – di mercato, di liquidità, di credito – per quanto minimi, che i depositi bancari "privati" pur sempre scontano e il ruolo di àncora dell'offerta monetaria nel suo complesso. Al D€ dovrebbe, dunque, essere conferito corso legale dalla normativa europea [21].

Si tratta, in definitiva, di dar vita a una sorta di *chimera* tra il contante, tradizionale forma di circolante battuto dalla banca centrale, e le valute virtuali, nelle loro molteplici versioni. Rispetto al primo, il D€ guadagnerebbe per la sua spendibilità nel contesto dell'economia e della finanza digitale; rispetto alle seconde, si distinguerebbe nettamente per l'emissione da parte di un'autorità pubblica nell'esercizio della propria so-

---

delle *cbdc* si legge in C.J. WALLER, *CBDC – A Solution in Search of a Problem?*, 2021, pubblicato sul sito della BIS *https://www.bis.org/*.

[17] Così ECB, *Report on a digital euro*, cit., 10.

[18] Un ulteriore fattore si lega ad un'azione di rilancio della competizione nel settore dei servizi di pagamento, specie di quelli su carta, predominanti nel commercio al dettaglio sia digitale che non: il menzionato *report* della BCE sottolinea come il 70 per cento circa delle transazioni con carte effettuate in Europa faccia capo a ben noti soggetti extraeuropei, ponendo seri interrogativi sull'autonomia dell'Europa nel campo dei pagamenti e sulle possibili implicazioni in ordine alla tutela dei consumatori: si veda ECB, *Report on a digital euro*, cit., 10 ss.

[19] Così F. PANETTA, *Le valute digitali delle banche centrali: un'àncora monetaria per l'innovazione digitale,* 2021, *online* sul sito della BCE: "La convertibilità in moneta contante della banca centrale è quindi essenziale per preservare la fiducia nella moneta privata sia come mezzo di pagamento, sia come riserva di valore. In questo suo ruolo di àncora, la moneta della banca centrale è necessaria per l'ordinato funzionamento del sistema dei pagamenti, per la stessa stabilità del sistema finanziario; in ultima analisi, per conferire forza alla valuta e salvaguardare la trasmissione della politica monetaria e, di conseguenza, per tutelare la stabilità monetaria".

[20] Si veda l'ulteriore studio condotto dalla BCE a firma di U. BINDSEIL, F. PANETTA, I. TEROL, *Central Bank Digital Currency: functional scope, pricing and controls*, in *ECB Occasional Series Papers*, n. 286, 2021.

[21] Così ECB, *Report on a digital euro*, cit., spec. 6 ss.



vranità monetaria e per l'essere munito del corso legale nell'area Euro. Ancora, la sua destinazione all'uso da parte di un'ampia platea di utenti, consumatori e imprese, nel campo dei pagamenti *retail*, consente di differenziarlo da altre forme monetarie "pubbliche" note come "riserve di banca centrale" (o *wholesale central bank deposits*) [22]: nell'Eurosistema, le banche beneficiano già di un sistema di moneta digitale "all'ingrosso" (*wholesale cbdc*), che sfrutta la piattaforma TARGET2, gestita dalla Bce, consentendo il *settlement* delle continue operazioni a debito e a credito poste in essere esclusivamente nei rapporti tra banca centrale e istituti di credito [23].

In questo quadro, si stagliano gli obiettivi di *policy* perseguiti dalla futura valuta sovrana digitale, molteplici eppur uniti sotto l'egida della stabilità del sistema monetario europeo: *i)* la necessità di riallineare la moneta emessa dalla Bce ai cambiamenti radicali delle abitudini di commercio e di pagamento, sotto il segno della rivoluzione digitale; *ii)* lo stimolo alla concorrenza nel settore dei servizi di pagamento, in particolare nel commercio *retail*; *iii)* su un piano macroenomico, la configurabilità di un nuovo veicolo di politica monetaria; *iv)* infine, l'affermazione di un ruolo trainante del *D€* sulla scena geopolitica globale, al fine di sostenere la digitalizzazione dell'economia europea e l'indipendenza strategica dell'UE [24]. Quest'ultimo elemento legato al magmatico panorama internazionale, pur non menzionato nei documenti ufficiali, è destinato a incidere sulle scelte europee di politica monetaria: come detto, l'accelerazione della Cina e la discesa in campo della Fed e del congresso americano ne rappresentano potenti catalizzatori.

3. – La postura che assumerà il *D€* dipenderà dal concreto modello attuativo prescelto dalla Bce tra le diverse opzioni in campo, in funzione degli obiettivi perseguiti e dei possibili elementi di criticità. Considerazioni su questi aspetti, peraltro sovente caratterizzati da un alto tasso di tecnicismo, risulterebbero allo stato premature. In questa fase, è dunque opportuno limitarsi a delineare, alla luce dei *report* ufficiali della Bce e dei primi studi scientifici apparsi sul tema, la griglia entro la quale il banchiere centrale sarà chiamato a muoversi [25].

Sul piano delle scelte organizzative in ordine all'emissione e alla distribuzione e circolazione del *D€*, ad un polo si collocherebbe un approccio cd. *account-based*, quale modello di *design* del tutto centralizzato, al quale dare attuazione secondo due modalità alternative: in una prima, ogni soggetto sarebbe titolare di un conto presso la banca centrale, alla quale competerebbero tanto l'emissione della valuta digitale, quanto la sua distribuzione e, di conseguenza, la gestione del sistema dei pagamenti in *D€*; in una seconda modalità, di tipo intermediato, l'Eurosistema potrebbe continuare a interagire direttamente solo con gli intermediari vigi-

[22] In tema v. F. PANETTA, *Bringing European payments to the next stage: a public-private endeavour*, 16 giugno 2022, reperibile sul sito *web* della BCE.

[23] Al lancio nel 1999 del sistema TARGET (*Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer*), tecnicamente un insieme di sistemi nazionali connessi, è seguita la migrazione a TARGET2, progettata invece come un'unica piattaforma condivisa, nel 2007, gestita dall'Eurosistema. Le banche centrali e le banche commerciali possono inviare ordini di pagamento in euro a TARGET2, dove vengono elaborati e regolati in moneta di banca centrale, ovvero denaro detenuto in un conto presso una banca centrale. Per mezzo di esso, vengono regolati i pagamenti relativi alle operazioni di politica monetaria dell'Eurosistema, nonché le transazioni da banca a banca e commerciali. Ogni cinque giorni, TARGET2 elabora un valore vicino al PIL dell'intera area dell'euro, il che lo rende uno dei più grandi sistemi di pagamento al mondo. Più di 1.000 banche utilizzano TARGET2 per avviare transazioni in euro, per proprio conto o per conto dei propri clienti.

[24] V. ECB, *Report on a digital euro*, cit., 9 ss.

[25] Rispetto alle possibili soluzioni tecniche di attuazione del progetto sul *D€* si veda l'ulteriore lavoro della ECB, *Digital euro experimentation scope and key learnings*, Luglio 2021, sempre reperibile *online* sulla pagina della Banca centrale.



lati (banche e altri istituti di pagamento), che darebbero corso alle operazioni di trasferimento di moneta digitale per conto dei loro clienti [26].

Al polo opposto si avrebbe un sistema decentralizzato cd. *token-based*, anche esso attuabile secondo due diverse varianti: nella prima, il cd. *bearer instrument* dell'Euro digitale sarebbe un *wallet* dell'utente su una piattaforma *distribuited ledger*; in questa ipotesi, l'utente potrebbe trasferire il *D€* senza dover coinvolgere un intermediario nell'operazione di pagamento, secondo un modello *peer to peer*. Nella seconda variante, il titolo consisterebbe in un *hardware* (ad esempio una carta di pagamento anonima acquistabile negli esercizi commerciali o sul *web*), aprendo così all'utilizzo anche *offline* della moneta digitale. In zona mediana, si dislocano opzioni che integrano i suddetti meccanismi, cercando di non tagliar fuori il sistema bancario dai meccanismi di distribuzione della valuta e gestione dei pagamenti e di garantire la diffusione della moneta digitale. In ogni caso, il controllo dell'emissione della massa monetaria resta sempre nelle mani del banchiere centrale.

Il successo di queste delicate scelte di *design* della valuta digitale, cui la Bce è chiamata, dipenderà da una serie di chiavi: la disponibilità degli intermediari del sistema dei pagamenti a far circolare il *D€*, l'ampia accettazione tra i commercianti, la sistematica diffusione tra i consumatori. In quest'ottica, la Bce ritiene indispensabile che il *D€* possa essere trasmesso per il tramite dei principali servizi e strumenti di pagamento esistenti (operazione di *credit* e *debit transfer*, pagamenti con carte, *mobile payments etc.*). Inoltre, quale forma monetaria tecnologicamente all'avanguardia, la *cbdc* ben potrà prestarsi ad un impiego quale *currency* nella programmazione degli *smart contract*s, in uso nell'industria e nel commercio [27].

D'altro canto, la Bce vuole evitare il rischio opposto di un *exploit* eccessivo della valuta digitale unica, che possa determinare una corsa alla smobilitazione da parte di una massa critica di utenti dei depositi bancari in favore di portafogli di valuta digitale e, con ciò, un fenomeno di *disintermediazione* del sistema dei pagamenti dalla sua matrice bancaria. Corollari di tale questione sono le scelte relative alla capacità o meno del *D€* di produrre interessi, ove depositato presso un *wallet* digitale; e alla possibilità di fissare un tetto alla *cbdc* di cui ogni singolo utente possa esser titolare allo scopo di evitare che possa trasformarsi in uno strumento di investimento [28]. Non a caso, negli ultimi mesi, la Banca di Francoforte sembra orientarsi verso una piena integrazione con il sistema dei pagamenti esistente in armonia con i servizi offerti sul mercato, attraverso soluzioni *intermediate* dagli operatori del settore, stimolando piuttosto il gioco concorrenziale sul terreno dell'innovazione tecnologica e commerciale [29].

Altro aspetto centrale, rispetto al quale si attendono le valutazioni delle istituzioni europee, è rappresentato dalla tutela della *privacy* degli utenti e dalle modalità di trattamento dei dati personali di pagamento, oltre che dalla sicurezza da attacchi informatici. L'esito della prima consultazione pubblica della primavera dello scorso anno ha mostrato come per gli *stakeholders* la riservatezza sia appunto la caratteristica fondamentale

---

[26] Nell'ambito di questa prima opzione, la BCE sta prendendo in considerazione la possibilità di utilizzare l'architettura di sistema dei pagamenti nota come TIPS (*TARGET Instant Payment Settlement*), pienamente rodata nell'Eurosistema per la gestione dei bonifici istantanei, che consente il trasferimento di un valore in pochi secondi ogni giorno dell'anno. Sul punto ECB, *Report on a digital euro*, cit., 37-39.

[27] Cfr. ECB, *Report on a digital euro*, cit., 9 ss. Più velleitario pare il conseguimento dell'obiettivo dell'inclusione finanziaria da parte della BCE, ossia essere l'accessibile per coloro che non hanno conti bancari, telefoni cellulari o accesso a Internet, il quale richiederebbe necessariamente una soluzione di *design* dell'euro digitale che ne consenta un uso *offline*, fuori dal mercato digitale, attraverso un supporto materiale.

[28] Sul punto ECB, *Report on a digital euro*, cit., 18 ss.

[29] Così F. PANETTA, *Bringing European payments to the next stage: a public-private endeavour*, 2022, che si può leggere sul sito della BCE.



desiderabile in una valuta digitale unica europea [30]. Il grado di tutela dei dati personali varierà, come detto, in ragione del modello operativo di attuazione del *D€* varato dalla BCE: quanto più l'utilizzo della valuta digitale si fondi su un approccio *token-based*, e sulla non verificabilità dell'identità del titolare del *wallet* (ovvero sia disponibile anche per pagamenti *offline*), tanto più risulterà anonimo e, con ciò, garantita l'anonimato degli utenti; quanto più il sistema sia centralizzato (eventualmente con la possibilità di una gradazione del livello di protezione dei dati finanziari dei privati secondo l'ammontare dell'operazione, nel rispetto della disciplina europea e domestica in materia di antiriciclaggio), tanto più esso apparirà trasparente e tracciabile. Su questo punto, il D€ rischia di patire la concorrenza spietata delle valute criptate [31]. Non a caso, la BCE sottolinea come, d'altra parte, essa non persegua alcun interesse economico al trattamento e allo sfruttamento commerciale dei dati personali degli utenti stessi (sebbene lo stesso evidentemente non potrà dirsi per gli intermediari privati, coinvolti a vario titolo, nei diversi nodi del sistema).

Nell'analizzare i modelli attuativi del D€, è opportuno il confronto con il più avanzato tra i progetti di *cbdc* delle grandi economie, l'E-Yuan cinese, i cui risultati sicuramente orienteranno le valutazioni della Bce. Si tratta di una valuta digitale a corso legale che si affianca, ma non sostituisce, lo Yuan tradizionale come strumento di pagamento [32]. Gli E-Yuan non maturano interessi, per non far entrare la valuta digitale in diretta concorrenza con i depositi bancari. La People Bank of China (PBOC) ha scelto per l'E-Yuan una via intermedia tra un modello completamente centralizzato (cd. *account-based*) e uno decentralizzato (*token-based*), nel quale la chiave di volta del sistema è in mano agli intermediari finanziari autorizzati alla distribuzione dello E-Yuan. Infatti, la PBOC è l'unico soggetto emittente la valuta digitale, il quale tuttavia non interagisce direttamente con l'utente: si interpone un livello intermedio, affidato a banche commerciali e *web banks* autorizzate, che li immette in circolazione attraverso il proprio *network* [33]. Una volta in circolo, gli utenti possono utilizzare gli E-Yuan come *cash* digitale per transazioni *peer-to-peer* senza dover passare necessariamente attraverso l'intermediazione della banca, come viceversa si avrebbe con un conto corrente bancario tradizionale [34].

---

[30] Così si legge nel *Rapporto dell'Eurosistema sulla consultazione pubblica su un euro digitale*, cit., 12 ss.

[31] In questi termini ECB, *Report on a digital euro*, cit., 27.

[32] Cfr. il *White Paper* della PEOPLÈS BANK OF CHINA, *Progress of Research & Development of E-CNY in China*, Luglio 2021 che si può leggere su *http://www.pbc.gov.cn/en.*

[33] La diffusione dell'E-Yuan sta sicuramente beneficiando dell'ampia rete infrastrutturale costituito dai sistemi di pagamento *mobile* (come Alipay e WeChat), che vede la Cina al primo posto al mondo come percentuale di penetrazione all'interno della popolazione (39,5% – oltre 800 milioni di consumatori), oltre che di prove sul campo in poli come Pechino e Shanghai. I dati cinesi mostrano che a gennaio 2022 gli utenti che avevano effettuato almeno una transazione utilizzando l'E-Yuan erano 260 milioni. Le cifre relative al numero di transazioni (da 260.000 a 180 milioni nel corso del 2021) e al valore cumulato delle transazioni effettuate (da alcuni milioni a 13 miliardi di $ nello stesso intervallo di tempo) confermano una crescita molto rapida. Per i riferimenti statistici cfr. M. MINNENNA, *La corsa alle valute digitali: la cina scopre le carte*, 9 agosto 2021; ID., *Cina: la grande crescita silenziosa dello yuan digitale*, 14 febbraio 2021, entrambi pubblicati sul *Sole24Ore* e disponibili sul sito *https://www.ilsole24ore.com*. In tema lo studio di E.J. FULLERTON, P.J MORGAN, *The People's Republic of China's Digital Yuan: Its Environment, Design, and Implications*, 2022, disponibile sul sito dell'*Asian Development bank https://www.adb.org/publications.*

[34] Più nel dettaglio, tutti gli utenti sono obbligati ad attivare un *wallet* per poter ricevere e spendere E-Yuan ma, limitatamente alla sola ricezione e per importi modesti di spesa, non è necessaria un'identificazione forte dell'utente. Graduando le proprietà attribuibili ai *wallets* utilizzati dagli utenti, il perfezionamento di operazioni di importo più ingente può avvenire soltanto per il tramite dell'attivazione di una sorta di "account-premium", con piena identificazione dell'utente e tracciabilità delle transazioni superiori ad una soglia che al momento non è ancora identificata. L'anonimato totale non è comunque garantito nemmeno per le piccole transazioni, dato che si traduce semplicemente in un "oscuramento" delle informazioni nei confronti di soggetti terzi rispetto all'autorità (banche commerciali, altri utenti, amministrazioni locali). La banca centrale mantiene però la possibilità di accedere anche alle transazioni "anonime" in caso di richiesta del governo centrale.



4. – Sul piano formale, la Bce preannuncia nei suoi *report* ufficiali che il *D€* avrà corso legale.[35] Qui il tema della *cbdc* europea si riannoda allo statuto dogmatico del debito di somma di danaro, nella configurazione normativa consegnata, com'è noto, agli art. 1277 e seguenti c.c. e alla legislazione settoriale di estrazione europea in materia di servizi di pagamento. Dalla prospettiva civilistica, l'interprete è stimolato a scrutinare l'impatto che questa nuova epifania del denaro possa sortire sul concetto di moneta (avente corso) legale e sulla categoria dei mezzi di pagamento pecuniario.

Com'è noto, l'impianto dogmatico della moneta e delle obbligazioni pecuniarie ha tracciato, nella disciplina civilistica, una significativa traiettoria evolutiva, tanto sul piano del diritto positivo, che dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale[36]. Nei limiti di queste note, può ricordarsi che l'oggetto dell'obbligazione pecuniaria ha conosciuto un (faticoso) processo di "astrazione": si è trascorsi dalla riconduzione tradizionale al debito di dare cose determinate solo nel genere e fra loro fungibili (*Sachschuld*), riposante su una visione "materialistica" della moneta legale coincidente con i "pezzi monetari" emessi dallo Stato nella forma delle banconote e delle monete divisionarie[37]; al concetto della *disponibilità* giuridica del valore monetario dovuto[38], *ideal unit* espressa in termini aritmetici (*Betragschuld*) nella valuta avente corso legale[39].

Di pari passo con la tendenza alla dematerializzazione, ieri, e alla digitalizzazione, oggi, delle forme di manifestazione e dei canali di circolazione della ricchezza monetaria, ne è sortito, di riflesso, un mutamento anche della concezione dell'esatto adempimento dell'obbligazione pecuniaria. Il pagamento pecuniario si è progressivamente affrancato da una impostazione "reale", identificata univocamente nella *traditio pecuniae*, per la quale tradizionalmente si riconosceva potere liberatorio esclusivamente alla moneta metallica divisionaria e alle banconote stampate dalla Banca centrale, da consegnare nelle mani del creditore al suo domicilio in base alla previsione dell'art. 1182, comma 3, c.c.[40]. Di conseguenza, si è abbracciato il principio secondo cui l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria consista nella messa a *disposizione* del valore monetario dovuto riferito alla "moneta avente corso legale" di cui all'art. 1277 c.c.: il che ha consentito di equiparare *quoad effectum* alla consegna del denaro contante, mezzi di pagamento alternativi, come gli assegni o il bonifico, idonei a far circolare la cd. moneta scritturale (o bancaria) mediante operazioni contabili di trasferimento del valore monetario nella disponibilità giuridica del creditore[41].

---

[35] Si veda ECB, *Report on a digital euro*, cit., 24 ss. e spec. 33.

[36] Per una fotografia di questo percorso evolutivo si veda A. Di Majo, voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 269 ss.; Id., *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, 227 ss.; più di recente T. Dalla Massara, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2011.

[37] L'impostazione dogmatica classica nell'ordinamento italiano si lega, com'è noto, al pensiero di T. Ascarelli, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928; Id., *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, 1952; ID., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja– Branca*, Bologna-Roma, 1968.

[38] L'elaborazione dottrinale sulla categoria della disponibilità giuridica del valore monetario si lega, tra gli altri, a F. Giorgianni, *I crediti disponibili*, Milano, 1974, 371 ss.; E. Quadri, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, 1984; B. Inzitari, *Delle obbligazioni pecuniarie artt. 1277-1284*, cit., 80 ss.

[39] La teorizzazione dell'idea del denaro come unità ideale e puro valore si deve a A. Nussbaum, *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*, Tübingen, 1925. La nozione di *sum of money* quale unità ideale ed astratta si ritrova anche nella elaborazione di K. Olivecrona, *The problem of monetary unit*, New York, 1957, passim; nonché F.C. Mann, *The legal aspect of money*, Oxford, 1992. Nella letteratura italiana si vedano B. Inzitari, *La moneta*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da F. Galgano, VI, Milano, 1983, *passim*.

[40] Per una rappresentazione della concezione reale del pagamento cfr., per tutti, A. Di Majo, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., 269 ss.

[41] Due tappe fondamentali nell'elaborazione giurisprudenziale sono state, com'è noto, in tema di pagamento con assegno circolare: Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Corr. giur.*, 2008, 500 ss., con nota di A. Di Majo, *I pagamenti senza denaro contante nella «cashless society»*; ne ha esteso la portata all'assegno bancario, pur con le dovute differenze, Cass., sez. un., 4 giugno



È in questa cornice che vanno misurate le potenziali ripercussioni dell'introduzione del *D€* sul concetto civilistico di moneta *legale*. Il "corso legale" è, logicamente e cronologicamente, espressione dell'affermazione della natura della moneta come *segno*, piuttosto che come merce [42]: simbolo cioè, per ciò stesso ideale e astratto, della forza e dell'autorità monetaria statale e della fiducia che i consociati ripongono nella valuta sovrana (il Dollaro, la Lira, l'Euro *etc.*), quale che sia poi lo strumento concreto e pragmaticamente necessario di manifestazione di quell'unità astratta [43]. Pezzi monetari, carta moneta o valuta digitale, altro non sono che il *corpus mechanicum*, il veicolo, sempre meno tangibile, di manifestazione di un'*ens* ideale, quasi mistico. Nell'ineludibile anfibologia del termine moneta, il corso legale va riferito alla *mensura* ascarelliana [44], al *money of account* keynesiano da questi ritenuto causa prima del fenomeno monetario [45].
L'attribuzione del corso legale alla valuta digitale europea corroborerebbe, una volta di più, un'interpretazione evolutiva e sistematica della locuzione "moneta avente corso legale nello Stato" di cui all'art. 1277 c.c., che la identifica nell'unità monetaria astrattamente intesa, ossia nella valuta, alla quale la legge riconosce potere liberatorio in un certo ordinamento giuridico [46]. Sul piano normativo, il corso legale è, dunque, un predicato attribuito "artificialmente", per volizione del sovrano, alla moneta intesa come unità valutaria, che vale a indicarne la non rifiutabilità da parte del creditore e la capacità solutoria del debito pecuniario, qual che ne sia l'empirico e contingente strumento di trasmissione. Diversamente ragionando, si finirebbe per riproporre, soltanto in salsa moderna, quello schema di ragionamento che immedesima l'oggetto dell'obbligazione pecuniaria nel suo transeunte *medium*, prima metallico poi cartaceo ora di natura digitale, con un evidente controsenso storico, logico e normativo.

Al cospetto della costante trasformazione cui va incontro la fenomenologia del denaro risponde l'imperturbabile astrattezza ed elasticità della categoria dogmatica della disponibilità monetaria, capace di ridurre a unità lo statuto civilistico della moneta e delle diverse modalità di adempimento del debito pecuniario, e un domani anche del pagamento in *D€* [47]. In essa, infatti, si condensa l'interesse del titolare

---

2010, n. 13658, in *Studium iuris,* 2010, con nota di G. OLIVIERI, *Pagamento a mezzo assegno bancario*, 1174 ss. In dottrina si vedano le riflessioni di B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale,* in *Banca, borsa e tit. cred.,* 2007, I, 133 ss.; M. PENNASILICO, *L'estinzione dell'obbligazione pecuniaria mediante assegno circolare: a proposito di interpretazione «evolutiva» della legge,* in *Rass. dir. civ.,* 2010, 777 ss.

[42] Su questa somma distinzione si veda, per tutti, T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., 14.

[43] Storicamente, il corso legale si lega, infatti, all'inconvertibilità della carta moneta al sistema aureo. Il sistema inconvertibile fu adottato in Italia nel 1866, su provvedimento del ministro delle Finanze Antonio Scialoja, con l'obiettivo di far aumentare la circolazione della moneta cartacea rispetto a quella metallica: il biglietto bancario cessava di essere ciò che originariamente costituiva, ossia un titolo di credito, un pagherò al portatore per il pagamento di una determinata quantità di pezzi monetari; non dipendeva più dalla quantità metallica al valore di cambio, bensì esclusivamente dall'autorità dell'emittente e dalla fiducia che in esso il sistema ripone. Rispetto a questo fondamentale passaggio storico cfr. T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., 52-56. Per una riflessione sull'evoluzione della moneta G. LEMME, *Storia ed evoluzione della moneta,* in AA.VV., *Diritto ed economia del mercato*, a cura di G. LEMME, Padova, 2021, 490 ss.

[44] Com'è noto, l'illustre Maestro denunzia la confusione tra *mensura e mensuratum* (T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, 68-72), ritenendo che il *proprium* dell'obbligazione pecuniaria stia nel secondo, ossia nei pezzi monetari che ne compongono l'oggetto, e criticando apertamente la posizione di Nussbaum.

[45] "Money of account, namely that in which debts and prices and general purchasing power are expressed, is the primary concept of a theory of money": così si apre la fondamentale opera di J.M. KEYNES, *A treatise on money*, London, 1930, 3. Secondo K. OLIVECRONA, *The problem of monetary unit*, cit., 70, "two concepts of money are in common use in modern literature: money of account and money of payment.

[46] Sulle diverse interpretazioni della locuzione di cui all'art. 1277 c.c. v. A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., 30.

[47] Nello *ius positum* il concetto di disponibilità, riferito al valore monetario e al pagamento pecuniario, compare sia nel codice civile all'art. 1852, che nella legislazione settoriale in tema di servizi di pagamento (art. 23 d.lgs. 11/2010) e di contratti bancari (art.



rispetto al denaro, "bene la cui utilità, il cui godimento consiste tutto, e si esaurisce tutto, nella disposizione" [48]: avere denaro, che sia una sgualcita banconota in un vecchio portafogli o una chiave crittografata di un *wallet*, significa sempre poter disporre di un certo valore economico di scambio, capace di estinguere i debiti [49].

5. – Riannodando il filo della riflessione all'oggetto indagato, il *D€*, e in generale le *cbdc*, pur rappresentando una novità epocale e potenzialmente dirompente, segnano una linea di continuità lungo la descritta parabola evolutiva della moneta, che punta sempre nella direzione della dematerializzazione e dell'astrazione. In altri termini, si scrive una pagina nuova della storia dell'istituzione monetaria, figlia del progresso tecnologico, ma il *leit-motiv* sembra rimanere il medesimo.

Non può, tuttavia, sottacersi il rilevante tratto di novità e discontinuità che alimenta questa fase: la luce *crepuscolare* che avvolge la carta moneta quale tipica forma novecentesca di manifestazione della moneta legale; e, agli antipodi, l'alba delle *stablecoins* e delle criptovalute in genere, le quali lanciano un guanto di sfida alla sovranità monetaria pubblica, mettendo in crisi il paradigma, sinora tetragono, della *statalità* della moneta [50] (peraltro già mutato nella versione eurounitaria di Maastricht). Con queste ultime, il mercato ha dimostrato di saper penetrare sino all'atto *creativo* dell'emissione monetaria, incrinando il tradizionale monopolio delle banche centrali, sfruttando meccanismi in un certo senso parassitario rispetto alle valute sovrane (come dimostrato dall'aggancio delle *stablecoins* alle valute *fiat*). Ciò esorta a un ragionamento – che non può essere sviluppato in questa sede – sull'esistenza e sulla misura di un fenomeno monetario *privato* che stia *oltre* la moneta legale, a questa ora complementare ora antagonista, e sui presupposti e limiti della sua ammissibilità nel sistema privatistico, la quale potrebbe trovare fondamento in un'interpretazione evolutiva degli artt. 1278 e ss. c.c. E, dunque, sui cangianti confini tra pubblico e privato nell'istituto monetario.

Ai nostri fini, si coglie allora il senso strategico dell'operazione della Bce, non più procrastinabile vista l'impetuosità dell'evoluzione del mercato, pur esigendo la dovuta cautela specie per le possibili esternalità negative scaturenti sul comparto bancario: raccogliere la sfida lanciata dalle criptovalute, mettendo in circolazione il *contante del XXI secolo*, così da mantenere e rinsaldare il suo ruolo di direttore d'orchestra del sistema monetario, chiamato a dettare il tempo di una musica nuova.

Nel progetto del D€ si apprezza dunque, una volta ancora, la propensione all'evoluzione e la capacità di trasformazione della moneta, quale entità artificiale concepita dall'uomo in forme sempre più sofisticate ed emancipate dal suo sostrato cosale [51]: dalle monete metalliche aventi valore intrinseco alla carta-moneta loro "surrogato", originariamente titolo di credito verso lo Stato che accentra su di sé il monopolio del "battere

---

120 TUB). Su questi aspetti sia consentito il rinvio a una più diffusa riflessione in G. MARINO, *Dalla* traditio pecuniae *ai pagamenti digitali*, Torino, 2018, spec. 40 ss., anche per più puntuali spunti bibliografici.

[48] Sono le incisive parole di P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, 3 ed., Torino, 2012, 255.

[49] Così A. MAGAZZÙ, voce *Pagamento*, in *Diritto monetario*, V, *Dizionario del diritto privato*, a cura di N. IRTI, D. GIACOBBE, Milano, 1987, 537.

[50] Sul ruolo dello Stato nel batter moneta si diffonde T. ASCARELLI, voce *Divisa e divisa estera*, in *Nuovo Dig. it*., V, Torino, 1938, 87, nt. 2. Rinomata nella scienza economica è la formula secondo cui "*money is a creature of law*" formulata da G.F. KNAPP, *The State Theory of Money*, London, 1924, fondatore della teoria c.d. cartalista della moneta e ripresa da Keynes. Teoria avversata dalla Scuola austriaca fautrice della concezione c.d. metallista già a partire dal suo progenitore Carl Menger, poi proseguita da J. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica*, III, *Dal 1870 a Keynes*, trad. it. Torino, 1990, 1336 ss.

[51] Cfr. F. CARBONETTI, *Moneta*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 1985, 2, 11.



moneta"; dai crediti disponibili vantati verso il mondo bancario alle criptovalute, sino ad arrivare alle *cbdc*. Avanza quel processo di *spiritualizzazione* dell'idea dalla materia che ha accompagnato, sia pure in modo non lineare, la storia della moneta, che trova le sue avanguardie – in un certo senso collocate agli antipodi – nelle criptovalute, da un canto, e nelle valute digitali di banca centrale come l'Euro digitale, dall'altro: è qui che assistiamo alla massima *sublimazione* della disponibilità del denaro, che appare come puro simbolo di un valore economico, sussistente nella sola dimensione della realtà digitale.

JUS CIVILE



FRANCESCO CASTRONOVO

Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Siena

IL RECESSO DEL CONSUMATORE TRA FORMAZIONE DEL CONTRATTO E *COMMODUS DISCESSUS*

SOMMARIO: *1. Dal recesso di pentimento del codice civile al diritto di ripensamento del consumatore. – 2. La natura del c.d. recesso del consumatore. – 3. Il recesso di autotutela. – 4. Pratiche commerciali scorrette e rimedi. – 5. Il recesso come rimedio contrattuale specifico alle pratiche commerciali scorrette. – 6. Tra Delega al Governo per la revisione del codice civile e attuazione della dir. 2019/2161. – 7. Recesso di autotutela del consumatore e risarcimento del danno. – 8. Conclusioni.*

1. – Il recesso come diritto potestativo di abbandono del vincolo contrattuale costituisce uno degli istituti che caratterizzano il diritto dei consumatori di origine europea. Come manifestazione unilaterale di volontà contrastante con il consenso all'accordo contrattuale esso era una figura nota alla disciplina dei contratti, ma il diritto europeo ne ha fatto uno strumento a disposizione del consumatore avente una dimensione funzionale nuova, diversa da quella che lo connota nella disciplina comune del diritto dei contratti. L'art. 1373 cod. civ. lo prevede come facoltà che deve essere attribuita alla parte dal contratto: quando questo sia il caso, «tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione» [1]. Si tratta di uno strumento di scioglimento del contratto di struttura diversa, ma analogo riguardo all'effetto, al *contrarius consensus* [2], in questo senso significativamente previsto dall'articolo precedente [3]. In ambedue i casi con esso si manifesta,

[1] «Il contratto non può … essere di regola sciolto unilateralmente dalla parte. Successivamente alla sua conclusione la revoca del consenso è infatti preclusa dal principio della vincolatività del contratto (il contratto ha forza di legge fra le parti). Lo stesso contratto può tuttavia accordare ad una delle parti o ad entrambe il potere di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale. La disciplina del contratto indica tale facoltà come potere di recesso» (C.M. BIANCA, *Diritto civile – Il contratto*, Milano, 2000, 737). Cfr. anche R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, 1716: «Se la legge non attribuisce ai contraenti (espressamente o implicitamente) un diritto di recesso unilaterale, l'unica via per lo scioglimento del contratto è il mutuo dissenso: a meno che, appunto, il contratto stesso attribuisca a una delle parti (o ad entrambe, si può tranquillamente aggiungere) 'la facoltà di recedere dal contratto' (art. 1373 c.c.)».

[2] Su cui, in generale, cfr. A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980.

[3] Cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1715: «L'art. 1373 c.c., che appunto disciplina il recesso unilaterale convenzionale, fa seguito all'affermazione di principio secondo cui 'il contratto ha forza di legge fra le parti' e 'non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge' (art. 1372 c.c.)»; G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti – Appunti da una ricerca*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. DE NOVA, Milano, 1994, 1: «Dire che il contratto ha forza di legge significa affermare che non può essere modificato unilateralmente e che deve essere adempiuto, ma significa anche che non può essere sciolto unilateralmente: e dunque recesso e risoluzione costituiscono – insieme – un tema centrale per misurare la forza di legge di un contratto».

Cfr. anche F. GALGANO, sub art. 1373, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna, 1993, 58: «Il contratto può consentire ad una delle parti o ad entrambe la facoltà di sciogliere il contratto con il recesso unilaterale, in deroga al principio per il quale il contratto non può che essere sciolto che per mutuo consenso»; in giurisprudenza, cfr. ad es. Cass.



mediante dichiarazione unilaterale o contrattuale [4], il pentimento rispetto al contratto concluso [5]. A un contratto già concluso si riferisce anche il recesso di cui all'art. 1385, comma 2, cod. civ., ove il pentimento nasce dalla delusione di fronte all'inadempimento dell'altra parte nonostante la caparra confirmatoria, e per questo, nel suo presupposto di fatto ma non negli effetti, si accosta di più al recesso del consumatore [6].

Quest'ultima figura di recesso è quella che l'ordinamento italiano prevede all'art. 52, comma 1, del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo) per i contratti a distanza e quelli negoziati fuori dei locali commerciali, e consiste nel diritto di recedere «senza dover fornire alcuna motivazione», entro quattordici giorni dalla conclusione del contratto o diverso termine *a quo* altrimenti previsto in relazione alla natura e all'oggetto del contratto. Di natura analoga è il recesso che lo stesso cod. cons. prevede all'art. 67-*duodecies* per i contratti di servizi finanziari e all'art. 73 per i contratti di multiproprietà, così come quello previsto dall'art. 125-*ter* del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico bancario) nei contratti di credito ai consumatori.

Una figura che si accosta al recesso *ex* art. 1373 cod. civ. è il recesso di cui all'art. 41 del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (Codice del turismo) che, come il recesso di diritto comune, si esercita «prima dell'inizio del pacchetto», prima cioè che sia iniziata l'esecuzione del contratto, ma comporta un «rimborso all'organizzatore delle spese (da questo) sostenute».

Lasciando da parte quest'ultima figura, nonostante la comune denominazione, il recesso attribuito al consumatore dalla normativa speciale pone la questione della distanza rispetto alla figura codicistica, secondo la logica dei confronti suggeriti dalla disciplina di settore – o diritto secondo del consumo – con il diritto privato generale. Su un piano meramente descrittivo, la denominazione alternativa, avanzata in dottrina, di «diritto di ripensamento» [7], mette in luce quella che si può dire la caratteristica comune di *commodus discessus* dal contratto. La differenza emerge tuttavia non appena si approfondisca la diversa visione nella quale la figura consumeristica si incornicia e il diverso effetto specifico che la caratterizza rispetto al recesso di pentimento del codice civile [8]. Lo ha bene messo in evidenza un'autorevole dottrina, quando, a far da sfondo al diritto di

---

26 novembre 1987, n. 8876, che reputa «la clausola con la quale si attribuiscono ad uno o ad entrambi i contraenti la facoltà di recesso *ex* art. 1373 … derogativa al principio generale per il quale il contratto ha forza di legge tra le parti».

[4] Cfr. ad es. C. M. BIANCA, *Diritto civile – Il contratto*, cit., 733: «Per risoluzione negoziale si intende l'estinzione del contratto per atto di autonomia negoziale. La risoluzione negoziale unilaterale prende il nome di revoca o di recesso. Tendenzialmente il termine revoca indica l'atto negoziale estintivo di negozi unilaterali (es.: la procura) o di contratti stipulati nell'interesse preminente della parte revocante (es.: il mandato). Il recesso è invece il termine usato per indicare l'atto negoziale estintivo dei contratti in genere (1373 cc)». In giurisprudenza, cfr. ad es. Cass. 12 febbraio 1990, n. 987, che in punto di recesso osserva come esso «lungi dal costituire una facoltà normale delle parti contraenti, presuppone invece, a norma dell'art. 1373 c.c., che essa sia specificamente attribuita per legge o per clausola contrattuale».

[5] «Il recesso può … costituire lo strumento per riservare a una delle parti contraenti una nuova valutazione di convenienza dell'affare (*ius se poenitendi*)» (P. SIRENA, *I recessi unilaterali*, in *Effetti*, a cura di M. COSTANZA, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006, 119). Più in generale, il recesso è uno di quei rimedi approntati dall'ordinamento che «reagiscono contro difetti o problemi che toccano primariamente l'interesse particolare di una delle parti, la quale sarebbe pregiudicata dalla normale produttività degli effetti contrattuali: essi sono dunque accordati nell'interesse della parte protetta, cui specificamente giova la cancellazione del vincolo» (V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 680).

[6] Trattasi infatti di uno di quei casi in cui «la legge dà alla parte facoltà di recesso per consentirle di reagire contro eventi sopravvenuti che minacciano i suoi interessi contrattuali: la liberazione dal vincolo è il mezzo con cui la parte si tutela; e siccome la liberazione consegue automaticamente all'iniziativa della parte, definiamo questi recessi come recessi di autotutela» (V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 519).

[7] Suggerito da G. GRISI, *Gli istituti del diritto privato*, II, Napoli, 2005, 66.

[8] Di «imbarazzo classificatorio» parla A.M. BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, in *Enc. dir. – Annali*, IV, Milano, 2011, 966, il quale ripercorre la varietà di proposte dottrinali riguardo alla natura di questo recesso, e infatti conclude che esso «agisce sugli effetti, ma reagisce a fattori turbativi che risalgono al procedimento di formazione del contratto».



recesso del consumatore, ha affermato che «il vero principio della contrattazione consumeristica è il riconoscimento di uno stabile e definitivo impegno negoziale in capo al consumatore solo a condizione che sia realmente riscontrabile una sua determinazione effettiva all'assunzione del vincolo» [9]. In questa prospettiva si può affermare che secondo il legislatore europeo, di una volontà vera e convinta del consumatore è possibile parlare solamente quando, entro la scadenza del termine previsto, quest'ultimo non abbia dichiarato di volersi sottrarre al contratto; per contro, che quando tale dichiarazione arrivi, essa manifesta una volontà incerta e non convinta, che per questo approda allo svincolo dal contratto. Coerentemente se ne è concluso che «finché ne è ammesso l'esercizio, la manifestazione volitiva del consumatore è privata – *uno latere* – di serietà e concludenza impegnativa; (onde si tratterebbe del) ritiro di un'accettazione (che impedisce) di perfezionare un procedimento formativo del contratto» [10].

2. – Tale lettura esclude anzitutto la qualificazione del recesso come rimedio, pure autorevolmente proposta in dottrina [11]. Essa presuppone infatti un contratto già concluso, relativamente al quale sorga un'esigenza di tutela, laddove la 'sganciamento' del consumatore dal contratto preclude in radice una questione di tutela, salvo l'accertamento del ricorrere dei presupposti.

Esclusa l'assimilabilità, all'interno di uno stesso *genus*, al recesso di cui all'art. 1373 cod. civ., il c.d. recesso del consumatore non sembra potersi ridurre neppure entro il modello della condizione, sia che lo si intenda nel senso dello scioglimento del vincolo contrattuale (condizione risolutiva), sia che si qualifichi in senso sospensivo la mancanza di esso (condizione sospensiva). Anche nelle ipotesi in cui il dato testuale non precisa che l'esercizio ne è consentito «senza dover fornire alcuna motivazione», la mancanza di limitazioni all'iniziativa in tal senso del consumatore fa sì che, ove di condizione si intendesse parlare, si tratterebbe di condizione meramente potestativa [12]. L'arbitrarietà che caratterizza quest'ultima rende plausibile l'affermazione, anche recentemente sostenuta in dottrina [13], dell'identità di ragione che soggiace al divieto che espressamente riguarda solo la condizione sospensiva (art. 1355 cod. civ.), onde un recesso così qualificato urterebbe con la contrarietà dell'ordinamento nei confronti della costruzione o distruzione *ad libitum* del vincolo

---

Rilevano la disomogeneità delle fattispecie e delle categorie G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, XXXIX, 27, che osservano come «all'unicità della locuzione [recesso] corrisponda una sicura pluralità di funzioni», e come vi sia una «disomogeneità del linguaggio legislativo, giacché viene attribuita una denominazione affatto diversa ad atti che presentano una funzione analoga a quella percepita con negozi chiamati di 'recesso'». In senso generale cfr. anche G. DE NOVA, *Recesso*, cit., 10, che ritiene che «il tema del recesso appartiene – nel sistema del nostro codice – alla disciplina dei singoli tipi», confermando la difficoltà di individuare una figura generale unitaria della fattispecie.

[9] G. BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO, S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 353; cfr. anche ID., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai Principi di diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 337.

[10] G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 353. Cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Scritti*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 117, con riferimento alla prima disciplina delle vendite 'porta a porta' e dell'intermediazione mobiliare.

[11] Cfr. A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 709: muovendo dalla considerazione che il contratto già concluso, ai sensi dell'art. 1372 cod. civ. vincola le parti, attribuisce al recesso del consumatore natura di rimedio, in questo caso di natura stragiudiziale. In senso contrario, v. S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 595. Se il rimedio è uno strumento di risposta a un bisogno di tutela, e questa postula un conflitto, non è questo il caso del recesso del consumatore, nel quale il suo autore si limita a concludere negativamente un procedimento da lui stesso instaurato.

[12] «Dal punto di vista concettuale, il diritto di recesso corrisponde perfettamente alla condizione risolutiva potestativa, in cui anzi si identifica se è stato volontariamente previsto dalle parti contraenti» (P. SIRENA, *I recessi*, cit., 115).

[13] V. G. MARCHETTI, *Potestatività condizionale e scioglimento del contratto*, Milano, 2022, 246.



contrattuale [14]. Proprio su questo punto, tuttavia, la medesima dottrina ha sostenuto che il recesso *ex* art. 52 cod. cons. «dimostra … che non è estraneo al sistema un meccanismo … del rapporto contrattuale che ne rimette la prosecuzione alla mera volontà di uno dei contraenti … limitatamente ad alcuni settori in ragione dell'asimmetria dei contraenti e delle particolari modalità di conclusione del contratto» [15]. Se ne è tratta la conclusione nel senso di una figura che si distingue [16] sia dal recesso che dalla condizione risolutiva meramente potestativa [17]. Ma subito ne è sorto il problema se la relativa manifestazione di volontà del consumatore abbia o no efficacia retroattiva [18].

L'assenza nella legge di un'indicazione sul punto sembra suggerire l'idea che nelle fattispecie considerate quello che viene detto recesso, nonostante il *nomen iuris*, rilevi come figura di un procedimento [19] nel quale la formazione del contratto va in realtà oltre quella che la legge dice essere la sua 'conclusione'; conclusione che per questo diventa una figura diversa da come tradizionalmente intesa, essendo caratterizzata da una temporanea inconcludenza. Non regge, infatti, l'obiezione che la novella del 2014 al codice del consumo [20] abbia reso impraticabili le tesi che inquadrano il c.d. recesso nel procedimento di formazione del contratto, a causa della previsione di decorrenza del *dies a quo* «dal giorno della conclusione del contratto» [21]. Così come per il recesso, vale anche per la conclusione del contratto la necessità di stabilire previamente quale ne sia l'effettiva natura. E su questo terreno appare persuasiva la considerazione che i rimedi all'asimmetria delle parti – sia quelli che riguardano gli obblighi di informazione sia quelli che si convertono in vizi di invalidità come accade in particolare per le clausole vessatorie – meglio si situano sistematicamente nella fase di formazione del contratto, che in quella dell'esecuzione [22]. Sembra poi più ragionevole, piuttosto che un contratto che prima si crea e poi si distrugge, pensare a un contratto che, proprio perché la parte debole vi si trova in svantaggio di conoscenze e perciò di adeguatezza della costruzione della volontà, venga formandosi di pari passo allo stabilizzarsi di tale volontà. Su questa strada peraltro sembra indirizzare l'idea stessa che a fondamento di questo c.d. recesso stia la «mancanza di una ponderata ed esaustiva riflessione» nonché «una valu-

---

[14] «La regola [art. 1355 cod. civ.] trova la sua giustificazione nella mancanza di qualsiasi ragione di tutela giuridica per un atto che sia rimesso al mero arbitro del suo autore … Manifestare l'intenzione di vendere, ma subordinare la realizzazione del trasferimento al verificarsi o al mancare di una propria scelta equivale ad esprimere un'intenzione destinata a concretarsi solo in un momento successivo, allorché venga compiuto ciò che consente il verificarsi dell'evento dedotto in condizione. Questa possibilità non è ammessa dal nostro ordinamento» (M. COSTANZA, *Della condizione del contratto*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja – Branca – Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2019, 85).

[15] G. MARCHETTI, *Potestatività*, cit., 375.

[16] Peraltro, a ben vedere, la distinzione tra condizione e recesso ulteriormente rimarca come il recesso del consumatore sarebbe comunque più vicino alla seconda delle due figure e del tutto alieno rispetto alla prima; infatti «nel caso di recesso occorre una dichiarazione di volontà; nell'ipotesi di condizione basta un comportamento o meglio il compimento di un fatto, che costituisce l'evento dedotto» (M. COSTANZA, *Della condizione*, cit., 99).

[17] Né, peraltro, queste due ultime figure possono dirsi coincidere, benché si rilevino delle «similitudini funzionali»: «fra clausole condizionali e recesso esiste in ogni caso una differenza: il primo opera sostanzialmente come uno strumento di impugnazione del contratto; l'altra è un mezzo per impedire la prosecuzione di un rapporto negoziale che non ha più interesse per quella delle parti negoziali che gestisce l'evento dedotto in condizione» (M. COSTANZA, *Della condizione*, cit., 94).

[18] Cfr. G. MARCHETTI, *Potestatività*, cit., 375, 382 e 383. Infatti, quando si è sostenuta (rispetto alla disciplina originaria, cfr. C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, in *Il contratto inadempiuto*, a cura di L. VACCA, Torino 1998, 227) la natura di condizione risolutiva potestativa del recesso nei contratti stipulati fuori dei locali commerciali, se ne è affermata l'efficacia retroattiva.

[19] Cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 72.

[20] D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21.

[21] Cfr. G. MARCHETTI, *Potestatività*, cit., 379.

[22] Cfr. A. ALBANESE, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 2009, 351); A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. – Annali*, V, Milano, 2012, 376.



tazione incompleta» [23]. Una volontà negoziale che si instaura su tali basi non è una volontà consolidata, onde diventa difficile ritenere che su di essa la legge abbia inteso fondare un'autentica 'conclusione' del contratto. Si sostiene in dottrina che con misure come il diritto di ripensamento «si tende a valorizzare più la dinamica degli scambi … che la certezza delle contrattazioni» [24]: questa vocazione all'incertezza si manifesta in maniera più chiara e lineare con un vincolo che non finisce di concludersi piuttosto che con un vincolo che prima c'è e poi, *ad libitum*, cessa di esserci.

Questa particolare natura del recesso 'di formazione', come lo si può denominare, non risulta compresa dal Draft Common Frame of Reference (DCFR), che agli artt. II. – 5:201 e 202 disciplina il recesso dai contratti stipulati fuori dai locali commerciali e quello riguardante i contratti di multiproprietà come ipotesi particolari di una figura generale di recesso il cui esercizio «terminates the contractual relationship and the obligations of both parties under the contract» (art. II. – 5:105 (1).

3. – Per quanto in questa sede interessa, è stata ricordata in dottrina un'altra specie di recesso chiamato recesso di autotutela [25]. Esso manifesta il potere di una parte di sottrarsi al contratto quando questo si riveli non in grado di corrispondere, originariamente o a un certo momento del rapporto, all'interesse di colui che lo esercita. Interessante, nella prospettiva delle modalità di tutela del consumatore, si presenta l'art. 1893 cod. civ., che in materia di assicurazione prevede la facoltà di recesso dell'assicuratore quando l'altro contraente, senza dolo o colpa grave, sia stato autore di dichiarazioni inesatte o reticenze che non abbiano consentito all'altra parte di valutare con precisione il rischio oggetto del contratto. Qui il fondamento del recesso è una inadeguatezza del contratto rispetto allo scopo che le parti mostrano di voler perseguire. Quello che non riesce ad essere un vizio genetico, onde non si può dire che la volontà sia viziata in senso tecnico, viene assunto dalla legge in chiave funzionale, nel senso che, nonostante il contratto non risulti attaccabile sul fronte dei vizi, ugualmente l'ordinamento su un piano più rarefatto di correttezza del rapporto lo rende disdicibile, consentendo al contraente di ritrattare le cose dette o promesse [26]. L'idea di scopo sembra sostituire quella di volontà con la conseguenza che, in presenza di un vizio genetico non in grado di raggiungere l'annullabilità, consente al consumatore di affrancarsi ugualmente dal contratto. E si tratta di una figura di reazione dell'ordinamento giuridico che risulta congeniale al modello di pensiero che riguarda il consumatore, più attento all'efficacia della forma giuridica che alla sua calibratura per le linee nette della teoria tradizionale del contratto. In questo senso la figura di recesso che si sta considerando, nonostante la diversità dell'effetto, sul piano della politica del diritto si rivela omogenea a quella prima considerata di c.d. recesso o meglio di ripensamento che, come abbiamo visto, nasconde una volontà che non giunge a compimento e non è in grado di produrre il vincolo contrattuale. Infatti, con una modalità tecnica diversa, in ambedue la forma giuridica risulta ugualmente protesa a quello che è un *commodus discessus* dal contratto.

È appunto in quest'ottica che in dottrina si fa riferimento [27] a un recesso come strumento di tutela del con-

[23] G. MARCHETTI, *Potestatività*, cit., 383.

[24] G. GRISI, *Gli istituti*, cit., 70.

[25] I vari tipi di recesso vengono ricordati, nella prospettiva del diritto dei consumatori, da A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2020, 236 ss.

[26] «In una numerosa serie di ipotesi, il recesso consente alle parti di modificare o sciogliere il vincolo già esistente per la presenza di vizi originari del contratto o di vizi sopravvenuti successivamente alla conclusione di esso, atteggiandosi così il recesso come strumento parallelo all'annullamento o alla risoluzione» (G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *Recesso*, cit., 32).

[27] Cfr. *supra*, nota 22.



sumatore nei confronti delle pratiche commerciali scorrette. Sembra infatti ricorrere con riguardo a queste l'analogo presupposto di un contratto che non è necessariamente viziato nella volontà nei termini in cui il vizio si converta in annullabilità, ma allo stesso tempo non può dirsi che il consumatore abbia esercitato un'autonomia contrattuale libera da condizionamenti [28].

4. – Secondo la direttiva europea 11 maggio 2005, n. 29, pratica commerciale scorretta è quella in grado di «alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo … ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (art. 2, lettera e, dir. nonché art. 18, comma 1, lettera e, cod. cons.). Contro tali pratiche, però, la direttiva n. 29 del 2005, dedotta l'inibitoria che peraltro si situa lungo la linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato che la caratterizza [29], aveva lasciato scoperto il fronte delle tutele [30], e nella necessità di trovarne gli interpreti avevano già sperimentato la teorizzazione generale che «il diritto secondo non può deragliare dal primo se non in forza di una precisa regola derogatrice» [31], rifacendosi variamente ai rimedi del codice civile [32]. Del resto, i rapporti tra quest'ultimo e la disciplina di settore non si pongono esclusivamente nella logica 'generale-speciale', ma anche in quella del correre paralleli, nella quale la fonte generale continua a regolare ciò che quella speciale, per i suoi limiti intrinseci, non è in grado di raggiungere, e quella speciale associa nuove fattispecie a quelle note del diritto comune [33].

Sia con riguardo alle pratiche dette ingannevoli (art. 21 cod. cons.) che a quelle aggressive (art. 24 cod. cons.), il richiamo immediato della dottrina fu dunque quello relativo ai vizi della volontà: «come le pratiche commerciali ingannevoli sono state in grado di evocare il dolo quale causa di annullamento del contratto, le pratiche commerciali aggressive inducono a pensare alla violenza» [34]. A conclusione di un'analisi dedicata a esplorare affinità e differenze, la conclusione è stata però che «non esiste … una corrispondenza biunivoca tra gli istituti invalidanti della nullità e dell'annullabilità e le condotte scorrette contemplate dal codice del consumo» [35]. Quanto alla violenza, si è osservata la non sovrapponibilità tra «una condotta costituente molestia o coercizione che limiti considerevolmente la libertà di scelta del consumatore [e] ... la minaccia di un male ingiusto e notevole» [36] su cui si impernia la fattispecie dell'art. 1435 cod. civ. Circa il dolo, il rilievo è

[28] «Il recesso come strumento d'impugnazione assicura, insomma, la possibilità di ottenere lo scioglimento del vincolo, in ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste dalla disciplina generale del contratto o, per lo meno, con un procedimento più semplice e spedito» (G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *Recesso*, cit., 35).

[29] Cfr. in particolare l'art. 27 cod. cons.

[30] Cfr. ad es. C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, I, in partic. 366 ss., ove si legge che «la pratica scorretta … non può essere *di per sé e in quanto tale* causa di invalidità di un contratto»; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, II, 1681.

[31] C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi*, in *Diritti civile e diritti speciali*, a cura di A. PLAIA, Milano, 2008, 13. Sul piano positivo ne dà conferma l'art. 1469-*bis* cod. civ. Secondo A.M. BENEDETTI, *Recesso*, cit., 981, pur in ossequio a tale norma, «l'applicazione integrativa e residuale della disciplina generale del contratto» presuppone una valutazione di compatibilità con la logica dei contratti dei consumatori.

[32] Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir. – Annali*, Milano, 2012, V, 1110.

[33] Cfr. A. ALBANESE, *I contratti*, cit., 353; F. CASTRONOVO, *Violenza economica e annullamento del contratto*, Milano, 2021, 67 ss.

[34] L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Napoli, 2020, 240.

[35] L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza*, cit., 242. A tale conclusione era giunto anche E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contratto impr.*, 2013, 731. Ma si tratta di valutazione diffusa: cfr., ad esempio, G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 14 ss.

[36] A. RENDA, *Annullabilità*, in *Manuale di diritto privato*, a cura di M. PALADINI, D. MINUSSI, A. RENDA, Milano, 2019, 1640. Cfr.



che «se … il silenzio non sia circostanziato, e si risolva … in reticenza meramente colposa, l'esito di annullabilità non sarà praticabile» [37]. Come aveva sinteticamente già insegnato Mengoni, «la 'sorpresa' non è classificabile tra i vizi della volontà» [38].

Il risultato di relativa inadeguatezza della disciplina dei vizi della volontà nel caso delle pratiche commerciali scorrette rivelava quindi la necessità di individuare vie alternative. Tra queste, com'è ovvio, la responsabilità civile è la prima ad essere evocata, per la ragione che tra le tutele civili essa si è affermata come quella alla quale ricorrere come una sorta di tutela generica di cui servirsi ogni volta che non sia dato rintracciarne di più specifiche tra quelle predisposte dall'ordinamento. E questo ricorso quasi automatico alla responsabilità aquiliana ha fatto spesso dimenticare che anch'essa è costituita di elementi caratterizzanti, che come per ogni altra fattispecie vanno verificati nel caso concreto per giustificare un'applicazione che altrimenti difetta di presupposti [39]. L'altra ragione è che nel diritto dell'Unione europea, caratterizzato da una relativa povertà, la responsabilità civile, nella sua apparente semplicità, risulta essere il rimedio al quale in ogni caso non si può dire di no. Puntualmente perciò la Corte europea di giustizia, in questa prospettiva della responsabilità civile come ultima spiaggia per un consumatore in cerca di tutela, ha affermato che «la tutela risarcitoria può essere considerata come uno dei mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali» [40]. L'assunto, preso in sé, lascia scoperta la questione circa la fattispecie da considerare a monte dell'effetto risarcitorio: in particolare, se la responsabilità abbia natura contrattuale o extracontrattuale. Di questo la dottrina ha avuto modo di occuparsi, e su questo terreno la messa in luce della dimensione negoziale nella quale si concretizza l'efficacia della pratica commerciale scorretta ha reso possibile evidenziare la povertà di una soluzione che riducesse tutto alla responsabilità aquiliana [41].

5. – Ma al di là della responsabilità, la prospettiva che muove dal contratto coerentemente su di esso doveva saggiare il fronte della tutela; e proprio questo spiega la domanda prioritaria circa la possibile invalidità da vizi della volontà. Registrata la relativa inadeguatezza della risposta su questo piano, la ricerca ulteriore non poteva non riguardare i rimedi alternativi che un contratto stipulato sotto l'influenza di una pratica commerciale scorretta fosse plausibilmente in grado di attivare. In un quadro che è stato definito «il mosaico europeo» [42], in dottrina è stato notato e messo in luce un rimedio negoziale che da un lato non soggiace alle limitazioni cui le pratiche commerciali scorrette vanno incontro quando intendano farsi valere come fonte di

---

anche M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, Torino, 1995, 250, che in generale osserva come «una pressione, sia pure scorretta, ma che non rivesta i caratteri, cui l'art. 1435 c.c. condiziona l'esperibilità dell'azione di annullamento, non rileva sul terreno dell'invalidità: il contratto resta valido e giustifica la 'forza di legge' dell'assetto degli interessi che ne risulta».

[37] L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza*, cit., 239. Vari adattamenti del dolo evoca C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in *Enc. Dir. – I tematici*, 2021, I, 864, sulla scorta di M.R. MAUGERI, *Violazione*, cit. Ma, appunto, si tratta di adattamenti. Per la critica, cfr. L. GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità del contratto*, in *Jus*, 2020, 167. Cfr. anche M. MANTOVANI, *Vizi*, cit., 224, che reputa convincente piuttosto «riconoscere che al di qua della soglia del dolo causa di annullabilità, residuano ipotesi pur marginali e – per così dire – 'di confine' le quali, se sfuggono alle maglie del giudizio di invalidità, possono talora rilevare sul piano risarcitorio, in ragione del contegno riprovevole di uno dei contraenti alla luce della regola di correttezza, tenuto conto della natura del contratto, della qualità delle parti e delle circostanze che ne hanno accompagnato la conclusione, e sempreché – ovviamente – la condotta scorretta sia fonte di pregiudizio per il contraente vittima del 'bonario inganno'».

[38] L. MENGONI, *Autonomia*, cit., 117.

[39] Cfr. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 239 ss.

[40] CGUE 19 settembre 2018, C-109/2017.

[41] Cfr. L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza*, cit., 199 ss., 245 ss.

[42] Cfr. L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza*, cit., 263 ss.



un vizio della volontà, dall'altro si rivela in grado di dissolvere il vincolo contrattuale sulla base della presa d'atto che quest'ultimo sia assunto sulla spinta di «una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole» (art. 18, comma 1, lettera e, cod. cons.), dunque da una volontà non sufficientemente consapevole sul piano cognitivo, anche se non necessariamente «idonea ad indurre in errore il consumatore» (art. 21, comma 1, cod. cons.).

Si tratta di un rimedio adottato nel diritto inglese [43] proprio come strumento di reazione alle pratiche commerciali scorrette, e corrispondente a quello che nella nostra nomenclatura deve chiamarsi recesso, trattandosi di un «right to unwind in respect of a business to consumer contract», che esprime precisamente il fine di sciogliere unilateralmente il vincolo contrattuale. Anche in questo caso il diritto di recesso si rivela consono alla tutela del consumatore, come figura di recupero a posteriori di un potere sul contratto del quale il consumatore risulta sprovveduto al momento della conclusione per l'asimmetria negativa che lo caratterizza rispetto al professionista. All'interno di questa comune funzione di tutela del consumatore, lo stesso contesto nel quale questo recesso è previsto ne mostra la diversità rispetto al c.d. recesso di pentimento. Di quest'ultimo si è detto prima che recesso non è, dato che opera sulla stessa (non) formazione del vincolo, laddove il rimedio previsto dal *Consumer protection amendment* si rivolge a un contratto concluso, nei termini di una vera e propria impugnativa negoziale.

La rilevata differenza [44] è corroborata dalla considerazione che il c.d. recesso di pentimento si inscrive in un arco limitato di tempo, a conferma del fatto che esso risolve l'incertezza circa la conclusione del contratto, la quale non può durare se non un tempo breve, ma non ha bisogno di alcuna giustificazione; il recesso di impugnazione, invece, ha una limitazione temporale di tre mesi [45] e si riferisce a un contratto pienamente efficace, che «comes to an end so that the consumer and the trader are released from their obligations under it» [46]. È significativo che esso al momento in cui fu adottato aveva proprio la funzione di ovviare alla mancanza di rimedi privatistici specifici contro le pratiche commerciali scorrette. Opportunamente perciò esso è stato richiamato in dottrina [47] come figura da tenere presente nella analoga situazione nella quale, così come per gli altri ordinamenti dell'Unione europea, la direttiva n. 29/2005, non avendo previsto specifici rimedi privatistici, aveva lasciato il consumatore ai rimedi di diritto comune costituiti da un lato dalla precaria ricorribilità all'invalidità da vizi della volontà e dall'altro dalla consueta facile risorsa della responsabilità, di cui pure abbiamo ricordato come la disinvolta affermazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea circa «la tutela risarcitoria» sembra saltare a piè pari i problemi relativi alla natura e ai presupposti di questa.

6. – Per ovviare a tale carenza, il nostro legislatore, nel disegno di legge n. 1151 del 19 marzo 2019, *Delega al Governo per la revisione del codice civile*, all'art. 1, lettera g, ha preso in considerazione le pratiche commerciali scorrette, parlando di «invalidità del contratto», e quindi facendo presagire una impugnativa negoziale analoga a quella dei vizi della volontà [48]. Successivamente è giunta la direttiva europea n. 2161 del

[43] *The Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014* alle *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008*, art 27 E, 27I, 27.

[44] Cfr. pure L. Guffanti Pesenti, *Scorrettezza*, cit., 266 ss.

[45] Art. 27 E (3) *The Consumer Protection (Amendment) Regulations*, 2014.

[46] Art. 27 F (1) (a) *The Consumer Protection (Amendment) Regulations*, 2014.

[47] Cfr. L. Guffanti Pesenti, *Scorrettezza*, cit., 265 ss.

[48] Sul punto, v. le perplessità sollevate da C. Granelli, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità del contratto: il D.D.L. S1151 di revisione del codice civile*, in *Jus*, 2020, 179, 182 ss. Per un commento all'art. 1, lettera g, cfr. P. Gaggero, *La comminatoria*



2019, la quale, con l'obiettivo di «generale migliore applicazione e … modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori», ha inserito un nuovo art. 11-*bis* nella direttiva n. 29 del 2005, prevedendo al comma 1 gli attesi rimedi, «compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto». Dell'inadeguatezza della qualificazione di invalidità abbiamo già detto; riguardo alla nuova previsione della direttiva, si può poi notare, anzitutto, l'attitudine a una certa sciatteria – da tempo rilevata nella normativa prodotta dall'Unione europea – di considerare il risarcimento del danno come misura primaria di tutela, che invece negli ordinamenti nazionali casomai figura come rimedio di seconda istanza, e perciò subordinato, rispetto a rimedi specifici; dall'altra parte, pur all'interno di tale scelta, è evidente l'incuria di non indicare i presupposti di quello che è un mero effetto giuridico, del quale appunto occorre costruire la fattispecie.

Si conferma l'idea che il diritto europeo non si costruisca sul modello della fattispecie bensì su quello dei rimedi, idea che proprio attraverso il diritto europeo è trapelata nella cultura degli ordinamenti nazionali, come se fosse una connotazione qualificante del diritto di questo tempo. Sembra sfuggire, in proposito, la diversa funzione delle fonti nella generalità del diritto europeo e nella particolarità degli ordinamenti nazionali [49], nel senso che laddove il diritto europeo si rivolge a questi ultimi perché diano concretezza a un determinato orientamento legislativo, quando si serve come in questo caso della direttiva si limita – o dovrebbe limitarsi – a indicare gli obiettivi rispetto ai quali sono gli ordinamenti nazionali a individuare i mezzi (cfr. l'art. 288 TFUE). Anche in questo caso, perciò, dovrebbe essere l'ordinamento interno a predisporre lo strumento (fattispecie) necessario al risarcimento del danno in favore del consumatore. Purtroppo però il legislatore nazionale non pare pienamente consapevole del piano diverso delle fonti sul quale si trova rispetto al legislatore europeo, e sempre più frequentemente si limita a riprodurre le norme così come le trova nelle direttive. Proprio questa ragione spiega come mai pure all'interno dell'ordinamento domestico si possa teorizzare una disciplina che si limita a prevedere i rimedi senza preoccuparsi di costruirne le fattispecie.

Lo stesso potrebbe accadere in questo caso, dato che la nuova direttiva, come accennato, oltre al risarcimento del danno e alla riduzione del prezzo, nel testo italiano parla di «risoluzione del contratto». Sembrerebbe questa la corrispondenza linguistica più vicina a quello che il testo inglese della direttiva indica come «termination». In proposito è stato subito rilevato che alla parola inglese non necessariamente corrisponde quella italiana 'risoluzione'. Tale corrispondenza può riconoscersi nell'art. III.-3:502 DCFR, e prima ancora nell'art. 9:301 dei Principi di Diritto europeo dei Contratti, che disciplinano il rimedio contro l'inadempimento essenziale. Ma se si pone attenzione all'art. III.-1:109 DCFR, si trova che quello che in questa norma è un diritto della parte di liberarsi dal vincolo contrattuale «sembra piuttosto traducibile con 'recesso unilaterale'» [50]. Tale dovrebbe essere il rimedio da adottare nell'attuazione della direttiva n. 2161 del 2019 all'art. 11-*bis*. Sarebbe così superata la difficoltà rilevata in dottrina circa l'applicabilità per analogia alle fattispecie degli articoli 18 e seguenti cod. cons. delle norme che prevedono il rimedio del recesso [51]. Tuttavia già in queste, nonostante la frammentarietà, sembra possibile rinvenire un nucleo comune [52]: se si confronta,

---

d'invalidità derivante da pratiche negoziali scorrette o da talune altre circostanze, in *Materiali per una revisione del codice civile*, a cura di V. Cuffaro, A. Gentili, Milano, 2022, II, 169.

[49] Cfr. in generale A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 44, che osserva come «l'europeizzazione del diritto delle fonti è sicuramente il più rilevante fattore nella trasformazione delle fonti del diritto e nello spostamento del baricentro di rilevanza ermeneutica delle norme».

[50] L. Guffanti Pesenti, *Scorrettezza*, cit., 283 ss.

[51] Cfr. M.R. Maugeri, *Violazione*, cit., 1681.

[52] Le caratteristiche comuni del recesso del consumatore ricavabili dalla varia disciplina sono indicate da A. Barenghi, *Diritto*, cit., 246 ss.



ad esempio, la disciplina del recesso nei contratti a distanza o stipulati fuori dei locali commerciali e quella relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, o ancora in materia di multiproprietà, rispettivamente agli articoli 55, 67-*duodecies* e *terdecies* e 74, quel che si ricava è che queste sono tutte norme che pongono termine al contratto, sia che tale effetto si voglia intendere come mancata conclusione del procedimento di formazione – come nel caso del c.d. recesso di pentimento – sia come scioglimento di un contratto già efficace. Peraltro, nello stesso DCFR il rimedio che viene chiamato col nome ad esso proprio, *withdrawal*, viene qualificato dall'art. II.-5:105 (1) con l'effetto di *termination*, onde a stare strettamente aderenti a questa terminologia si rischia un esito incerto. Quello che risulta dal linguaggio di questi testi è una scarsa precisione, dato che, come si può facilmente convenire, adoperare lo stesso termine per chiamare da un lato il classico rimedio sinallagmatico che è la risoluzione e dall'altro il potere unilaterale di scioglimento del vincolo contrattuale non denota consapevolezza della differenza di presupposti, la quale dovrebbe condurre alla qualificazione dei rispettivi rimedi in maniera diversa riguardo agli effetti, e perciò a una denominazione a sua volta diversa.

Ritornando allora alla direttiva, poiché da un punto di vista formale non si può qualificare la dicitura 'risoluzione' come traduzione dell'inglese *termination*, dato che ogni Stato membro ha diritto agli atti formali dell'Unione come originariamente redatti nella sua lingua secondo il principio ricavabile dall'art. 55 TUE, quel che si può dire è che il rimedio in questione va considerato per quello che intende essere. In questa chiave è fin troppo evidente che non si tratta né si può trattare di un rimedio sinallagmatico [53]. Come è stato ben chiarito in dottrina, le pratiche commerciali scorrette «assumono … i connotati della violazione dell'obbligo di … buona fede … in presenza del quale, con tutta evidenza, il nostro ordinamento non contempla il rimedio della risoluzione del contratto» [54]: quello, infatti, contro cui reagisce la risoluzione è la rottura del vincolo di corrispettività [55]. Le pratiche commerciali scorrette sollecitano invece il rifiuto del contratto in quanto viziato dalla violazione della buona fede. Esso dovrebbe avere le caratteristiche del *right to withdrawal* disciplinato agli artt. II.-5:101 ss. DCFR, che all'art. II.-5:102 ne prevede l'esercizio «by notice to the other party», senza indicazione di motivi, e all'art. II.-5:103 la necessità della previsione di un termine. Questa figura di recesso, da un lato, come si è appena considerato, riproduce il profilo del c.d. recesso di pentimento, dall'altro, come prevede l'art. II.-5:101 (1), è applicabile ogni volta che «a party has a right to withdraw from a contract within a certain period». Il DCFR dunque suggerisce che il recesso noto al codice del consumo solo come recesso di pentimento vada generalizzato a ogni ipotesi in cui il recesso sia adeguato a risolvere un problema di tutela del consumatore, come abbiamo visto ipotizzare in dottrina per le pratiche commerciali scorrette. Se ne può concludere che il recesso come figura dell'armamentario a disposizione del consumatore, nelle ipotesi in cui è positivamente previsto come strumento di pentimento rispetto al vincolo contrattuale si manifesta come specie di una figura più generale, l'altra specie della quale è appunto il recesso di autotutela, destinato a reagire a un contratto che, pur concluso, diversamente dall'ipotesi alla quale reagisce la prima specie, ugualmente si innesta in una debolezza del consumatore che rende precario il vincolo.

7. – La questione di maggiore rilievo attiene agli effetti del recesso e alla liquidazione del rapporto che il

[53] Cfr. C. Granelli, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, cit., 870.

[54] L. Guffanti Pesenti, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art.3, co. 1, n. 5) dir. 2019/2161 UE*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 657.

[55] Cfr., ad esempio, C. Castronovo, *La risoluzione*, cit., 227.



contratto ha comunque creato. Qui bisogna considerare che parliamo di recesso perché la violazione della buona fede che non ammonta a vizio della volontà non consente di qualificare il contratto come realmente viziato. Se si accetta questo punto di partenza, si deve coerentemente ritenere che il recesso non ha a suo fondamento una invalidità del contratto; esso perciò non necessita di quella retroattività che trova giustificazione in quest'ultima [56]. Si tratta, piuttosto, di una «liquidazione» [57] del rapporto, rispetto al quale si riconosce che, nonostante la scorrettezza del professionista, il contratto è stato validamente concluso e ha prodotto effetti che è necessario regolare nuovamente dal momento in cui il rapporto viene sciolto. In questo senso suggerisce la prospettiva che, muovendo dalla distinzione tra regole di (in)validità e regole di responsabilità [58], ne constata l'insufficienza mettendo in luce una terza via: se la nuova direttiva, inserendo il nuovo art. 11-*bis* nella direttiva n. 29 del 2005, parla ora di scioglimento del vincolo contrattuale (*termination* o c.d. risoluzione), intende andare oltre l'invalidità, evitando gli effetti che la caratterizzano, prima fra tutte la retroattività.

Lo scioglimento del vincolo contrattuale estinguerà le reciproche obbligazioni, onde il consumatore, così come sarà liberato della propria, dovrà restituire il bene ricevuto dal professionista. Poiché, come si è detto, il recesso non trova fondamento in una violazione del sinallagma contrattuale, non dovrebbero valere i vincoli di restituzione che caratterizzano i contratti sinallagmatici nel senso che le restituzioni che conseguono allo scioglimento del vincolo debbono riprodurre al contrario il sinallagma in quella che si configura come un'esecuzione del contratto in senso inverso. Si tratta piuttosto, come si è accennato, di un rapporto di liquidazione, nel quale alla restituzione del bene il consumatore deve aggiungere il vantaggio che abbia conseguito per l'uso che ne abbia fatto, incremento che tende a ristorare la diminuzione di valore nel frattempo subita dal bene; di questo valore andrà diminuita la prestazione del consumatore che il professionista dovrà restituire [59]. Ovviamente, permane la questione del danno patito dal consumatore per avere stipulato un contratto sotto la spinta di una condotta contraria a buona fede. Essa rimane comune alle altre due modalità di tutela previste dalla direttiva n. 2161 del 2019 nel nuovo art. 11-*bis* aggiunto alla direttiva n. 29 del 2005: la riduzione del prezzo e il recesso.

Anche per questo profilo l'individuazione nel recesso del rimedio idoneo ad agire sul vincolo contrattuale esclude che il risarcimento possa essere quello che segue al contratto inadempiuto. Se infatti il recesso trova fondamento nella violazione dell'obbligo di buona fede, concretizzatosi in una informazione ingannevole o comunque distorsiva della determinazione contrattuale del consumatore, non viene in questione l'inadempimento contrattuale. La categoria di riferimento che invece immediatamente viene in considerazione è quella della responsabilità precontrattuale, nella quale il danno risarcibile deve esprimere l'interesse della parte pregiudicata a non addivenire al contratto. In proposito, essendo scontato ormai che «non vi è … motivo di ritenere che la stipulazione di un contratto valido ed efficace sia di ostacolo a … un'azione risarcitoria fondata sulla vio-

---

[56] In senso contrario, A. M. BENEDETTI, *Recesso*, cit., 973, secondo il quale la retroattività garantirebbe al consumatore l'assenza di costi che potrebbero indurlo a mantenere un contratto non desiderato. Cfr. anche G. MARCHETTI, *Potestatività*, cit., 383, che parla di un'efficacia *ex tunc*, ma in base a un'analogia con l'art. 1360 cod. civ., che per le ragioni espresse prima nel testo, circa l'irriducibilità del recesso alla condizione, non è dato vedere.

[57] La categoria del rapporto di liquidazione trova spazio nell'esperienza tedesca rispetto al *Rücktritt* come figura potestativa di scioglimento unilaterale del vincolo contrattuale (cfr. C. CASTRONOVO, *La risoluzione*, cit., 211, nt. 11; 242, nt. 84).

[58] Cfr. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

[59] La logica delle conseguenze dell'estinzione del vincolo contrattuale è quella indicata dalla CGUE, 3 settembre 2009, causa C-489/07, *Pia Messner c. Firma Stefan Krüger*: la buona fede non consente al consumatore di pretendere di restituire un bene abusato – onde se questo sia il caso, il diritto di recesso risulta esercitato illegittimamente – mentre dell'uso corretto che del bene sia stato fatto fino al recesso deve tenersi conto secondo il principio relativo all'arricchimento ingiustificato.



lazione della regola posta dall'art. 1337» [60], il danno risarcibile in conseguenza di pratiche commerciali scorrette segue il modello richiesto da tale norma [61] se è vero, come prima abbiamo considerato, che rispetto al contratto tali pratiche sono da inquadrare nella violazione dell'obbligo di buona fede che grava sulle parti nella fase di formazione. Al riguardo un punto critico potrebbe essere la distanza tra l'autore della pratica scorretta e la vittima della medesima, quando il contratto sia concluso con un professionista diverso all'interno della catena di mercato che giunge al consumatore [62]. Ma nel momento in cui si possa affermare che il contratto è stato concluso per influenza decisiva della pratica scorretta, il professionista che ha stipulato con il consumatore, sia o no lui stesso l'autore della pratica riconosciuta come scorretta, non se ne può dire estraneo e, avendone tratto beneficio, ne subirà il riflesso negativo derivante dalla violazione della buona fede [63]. In proposito si deve precisare che quella richiamata è buona fede in senso oggettivo [64], onde il significato di ricondurre attraverso la violazione di essa la responsabilità del professionista al modello contrattuale si manifesta precisamente nel senso che allora la colpa non può essere invocata come elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità [65], come invece deve essere nella responsabilità aquiliana secondo l'art. 2043 cod. civ. Sarà invece il professionista a doversi scagionare dalla responsabilità, secondo il modello dell'art. 1218 cod. civ. [66].

8. – L'analisi sin qui condotta ha cercato di approfondire le ragioni per cui il recesso, inventato dal diritto europeo del consumo come misura singolare di fuga dal contratto in relazione a caratteristiche particolari della stipulazione – come nei contratti a distanza e in quelli stipulati fuori dei locali commerciali –, o in ragione della rilevanza particolare riconosciuta al tipo contrattuale – come nel caso della multiproprietà e della commercializzazione a distanza di servizi finanziari –, possa diventare strumento significativo e utile di *commodus discessus* del consumatore da un contratto improprio come nel caso della reazione alle pratiche commerciali scorrette.

Tale recesso da un lato supera le difficoltà che deriverebbero dal forzare le dette pratiche entro i canoni più rigorosi e rigidi dei vizi della volontà; in secondo luogo, aderendo al contratto, risolve in maniera diretta la questione di tutela del consumatore senza cadere nella genericità del solo risarcimento del danno.

---

[60] Cass. 29 settembre 2005, n. 19024. In dottrina, v., anzitutto, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Scritti*, cit., II, 273. Più di recente, cfr. A. RENDA, *Obblighi informativi e responsabilità contrattuale da contratto valido*, in *Jus*, 2020, 109, ove l'opportuna precisazione che non ogni difetto di informazione ammonta a condotta scorretta fonte di responsabilità; A. ALBANESE, *L'obbligo di informazione nelle trattative: proposta di riforma e sistema del codice civile*, in *Jus*, 2020, 141, con l'altrettanto importante rilievo, ai fini del nostro tema, che «l'alterazione della volontà negoziale … è di per sé insufficiente a fondare una responsabilità precontrattuale, ove non sia conseguenza di una condotta contraria alla buona fede».

[61] «Si tratta … di tutti i costi strumentali alla stipulazione, dei quali si rivela un'ingiustificata inutilità che una condotta secondo buona fede avrebbe consentito all'altra parte di evitare» (C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, Milano, 2007, II, 339).

[62] Infatti, come nota E. LABELLA, *Pratiche*, cit., 737, «l'ordinamento impone al professionista un obbligo … di … diligenza professionale, che è qualcosa di più della semplice buona fede e che si inserisce in un momento che è qualcosa di meno di una trattativa in senso classico».

[63] Se per il professionista autore della pratica scorretta ma non controparte del consumatore vale l'affermazione che la trattativa (che in questo caso manca) si può dire sostituita dalla pubblicità (cfr. L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza,* cit., 675), nel caso del professionista non autore della pratica scorretta ma controparte del contratto con il consumatore vale la reciproca: la pratica scorretta in esito alla quale il contratto viene stipulato 'colora' di mala fede la trattativa.

[64] In generale, cfr. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

[65] Cfr. A. ALBANESE, *Responsabilità precontrattuale*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, Napoli, 2018, III, 1711.

[66] Cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 531 ss.

JUS CIVILE



MARTINA D'ONOFRIO

Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Verona

NULLITÀ DI CLAUSOLE ABUSIVE, INTERPRETAZIONE E (LIMITATO) RUOLO DEL GIUDICE IN SEDE DI INTEGRAZIONE CONTRATTUALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI LUSSEMBURGO

SOMMARIO: *1. Il caso. – 2. L'obbligo di chiarezza e i limiti del sindacato della Corte di Giustizia sulle clausole abusive. – 3. La ricostruzione giurisprudenziale delle conseguenze dell'abusività. – 4. Il rifiuto dell'integrazione giudiziale. – 5. L'integrazione legale mediante norme dispositive in seguito alla nullità di clausole essenziali. – 6. Al confine tra interpretazione e integrazione. – 7. Rimane spazio per un intervento integrativo giudiziale?*

1. – Con riguardo alla questione delle conseguenze della nullità di una clausola abusiva, la disposizione di cui all'art. 6 della direttiva 93/13, si limita a stabilire che le clausole che rechino uno squilibrio tra diritti e obblighi derivanti dal contratto «non vincolano il consumatore»[1]. Tale asettica formulazione ha sollevato una serie di dubbi a cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha tentato volta per volta di rispondere, arrivando a fornire una disciplina 'pretoria' con riguardo a diversi profili del regime della nullità di clausole abusive[2].

Uno degli aspetti su cui i giudici di Lussemburgo si sono soffermati in una recente pronuncia concerne l'eventuale spazio interpretativo concesso al giudice al fine di riempire il vuoto residuato in seguito alla dichiarazione di nullità della clausola abusiva[3].

In particolare, nel caso in esame, due consumatori concludevano con un istituto bancario polacco un contratto di mutuo ipotecario per una somma corrispondente a 100.000 Euro in zloty polacchi, indicizzato in va-

[1] Sul significato dell'espressione utilizzata dal legislatore europeo e la sua trasposizione nell'ordinamento italiano in termini di 'inefficacia', si veda A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 403 ss.

[2] Sottolineano il ruolo fondamentale della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul tema S. PAGLIANTINI, *L'effettività della tutela consumeristica in stile rococò: massimo e minimo di deterrenza rimediale terra una Corte di giustizia epigona di Dedalo e delle sez. un. 19597/20 sotto scacco di un rinvio pregiudiziale*, in *Foro it.*, 2021, V, 275 ss., il quale afferma che la «parabola esegetica della direttiva 93/13/Cee» è «divenuta simbolo per eccellenza di una nomenclatura edittale rimasta formalmente intatta ma perché assiologicamente scalzata da un creazionismo interpretativo della Corte di giustizia sopravanzante la valutazione originaria del legislatore europeo»; nonché G. DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali 'di protezione' nel diritto comunitario dei contratti*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2009, 192, secondo il quale la Corte di Lussemburgo è pervenuta «all'elaborazione *praeter legem* di una serie di principi che sono andati ad affiancare ed integrare i precetti espressamente dettati dall'art. 6 della direttiva 93/13, dando così vita ad un regime normativo assai più ricco e completo di quello contemplato dal testo del provvedimento comunitario».

[3] Corte di Giustizia UE 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P. c. A. SA*, di cui si può leggere un primo commento in J. GRUBER, *Verbraucherdarlehen in Fremdwährung; missbräuchliche Vertragsklauseln; Auslegung*, in *Wirtschafts- und Bankrecht*, 2022, 104 ss.



luta estera (il franco svizzero). I mutuatari firmavano altresì una dichiarazione in cui manifestavano la volontà di accendere un mutuo indicizzato in valuta estera, pur essendo consapevoli del rischio di cambio.

Le fluttuazioni del tasso di conversione tra zloty e franco comportavano una differenza di una somma corrispondente a circa 6.000 Euro tra l'importo rimborsato e quello che i ricorrenti avrebbero dovuto rifondere qualora il mutuo fosse stato denominato in zloty polacchi.

I mutuatari, ritenendo abusiva la clausola di indicizzazione del mutuo in valuta estera, decidevano di proporre un ricorso chiedendo in loro favore il pagamento di circa 10.000 Euro. La supposta abusività della clausola derivava dall'ambiguità della medesima, tant'è vero che le parti ne davano interpretazioni discordi: mentre per la banca il tasso di cambio da considerare sarebbe stato quello indicato nella tabella dei tassi in vigore presso di sé, per i mutuatari lo stesso si sarebbe dovuto determinare sulla base di un tasso di cambio oggettivo, come quello fissato dalla Banca Nazionale Polacca.

Secondo il giudice nazionale adito dal consumatore, la clausola presentava in effetti una dose di ambiguità dovuta alla genericità della sua formulazione, tale da far emergere profili di abusività; in particolare, la pattuizione sembrava porsi in contrasto con gli obblighi di informazione e trasparenza previsti dall'art. 5, dir. 93/13.

Con riferimento al giudizio di abusività, due erano gli interrogativi per i quali sorgeva – secondo la corte nazionale – l'esigenza di un rinvio pregiudiziale.

In primo luogo, il Tribunale polacco domandava ai giudici di Lussemburgo se il livello di chiarezza richiesto dalla normativa dovesse essere tale da permettere al consumatore di determinare autonomamente il tasso di cambio in qualsiasi momento ovvero se fosse sufficiente la correttezza linguistica e grammaticale.

La seconda questione riguardava invece la legittimazione del giudice, posta l'abusività della clausola caratterizzata da eccessiva genericità, ad avvalersi del potere conferitogli dal diritto nazionale – in particolare dall'art. 65 del codice civile polacco – di indagare sulla comune intenzione delle parti, al fine di trovare una soluzione interpretativa con riguardo alla determinazione di un criterio per fissare un tasso di cambio che garantisse l'equilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti, in modo da sopperire alla genericità della clausola, sanandone così il carattere abusivo. In particolare, il giudice polacco proponeva di interpretare la pattuizione nel senso di individuare il tasso di cambio nel valore di mercato della valuta estera.

Il collegio giudicante, dopo avere affermato – con riguardo al primo interrogativo – la necessità che la clausola venisse redatta in modo chiaro e comprensibile, di modo che un consumatore normalmente informato fosse posto in grado di calcolare autonomamente il tasso di cambio applicabile, affronta il secondo quesito, fondando il proprio ragionamento sui principi delineati dalla giurisprudenza precedente.

Si anticipa sin d'ora che, allineandosi alla tendenza che vede il ruolo del giudice molto circoscritto in sede di integrazione contrattuale a seguito della nullità di clausole abusive, la Corte giunge a negare il potere di interpretare la pattuizione in modo da rivederne il contenuto: più specificamente, ribadisce che la conseguenza dell'abusività di una clausola dev'essere la pura e semplice disapplicazione della medesima.

Nondimeno, sembra opportuno nel prosieguo ripercorrere i diversi approdi della giurisprudenza europea che hanno contribuito a delineare i tratti della disciplina degli esiti della nullità di cui al sopra menzionato art. 6, dir. 93/13.

2. – Prima di entrare nel merito delle questioni anticipate, occorre delimitare i confini del giudizio di abusività.

La dir. 93/13 all'art. 4, comma 2, preclude il sindacato del giudice nei confronti delle clausole che riguar-



dino la «definizione dell'oggetto principale del contratto», ovvero la «perequazione tra il prezzo e la remunerazione». La clausola oggetto del caso di specie contribuisce a definire il margine di guadagno della banca a fronte del finanziamento, sicché si potrebbe pensare che la stessa rientri nell'ambito dell'esclusione prevista dalla disposizione in esame. La Corte nega tuttavia che la clausola controversa si occupi della definizione nell'oggetto o della perequazione tra il prezzo e il servizio offerto, sicché esclude che la stessa ricada entro il campo di applicazione della norma citata [4].

Inoltre, a prescindere dalla questione se la pattuizione sia o meno compresa nell'ambito di esclusione di cui al sopra menzionato art. 4, comma 2, pare opportuno soggiungere che in base a tale disposizione l'esonero dal sindacato giudiziale opera «purché tali clausole siano redatte in modo chiaro e comprensivo», sicché, qualora – come nel caso in esame – sorgessero invece dubbi in merito alla chiarezza della pattuizione, tornerebbe in gioco il dovere del giudice di valutarne l'abusività [5].

Oltretutto, l'obbligo di redigere ogni clausola di modo che risulti chiara e comprensibile è sancito altresì dall'art. 5, dir. 93/13, che – secondo il *dictum* della Corte – si applica anche quando l'oggetto della pattuizione rientra nella sfera di applicazione del poc'anzi analizzato art. 4, comma 2 [6].

Come anticipato, con riguardo al contenuto del dovere di stilare le clausole in maniera chiara e comprensibile, il giudice del rinvio si chiedeva se fosse sufficiente la mera correttezza formale e grammaticale della clausola ovvero se sia necessario porre il debitore nella condizione di calcolare autonomamente l'importo della rata da rimborsare.

Tra le due alternative la Corte – sulla scia di un precedente orientamento [7] – sceglie senz'altro la via di maggior tutela a favore del consumatore. Invero, alla luce della *ratio* del sistema di protezione che la direttiva è volta a costruire al fine di sopperire alle situazioni di asimmetria informativa, i giudici di Lussemburgo interpretano estensivamente il dovere imposto dall'art. 5, affermando che il medesimo non soltanto implica la necessaria intellegibilità dal punto di vista formale e grammaticale del testo contrattuale, ma impone altresì di giungere a un più elevato livello di chiarezza, che consenta a un consumatore normalmente avveduto di comprendere il funzionamento della clausola, nonché le conseguenze economiche che dalla stessa derivano.

---

[4] In tal senso, cfr. nr. 37 della sentenza in esame, in cui si afferma che «la controversia di cui al procedimento principale non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio dall'altro lato, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, di tale direttiva».

[5] Le stesse argomentazioni si trovano in Corte di Giustizia UE 30 aprile 2014, C-26/13, *Árpad Kásler c. OTP Jelzálogbank Zrt.* Sulla sentenza, cfr. F. SCAVONE, *Le clausole abusive e gli effetti della declaratoria di nullità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea: il caso 'Kàsler c. OTP Jelzalogbank Zrt'*, in *Contr. impr.*, 2014, 102 ss. Sui limiti del sindacato della Corte, si vedano M. DELLACASA, *Il sindacato sui termini dello scambio nei contratti di consumo: nuovi scenari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 324 ss.; F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 48 ss. Per quanto riguarda il nostro ordinamento, l'orientamento della Corte di Lussemburgo è stato altresì recentemente accolto da Cass. 31 agosto 2021, n. 23655, in *Giur. it.*, 2022, 579 ss., con nota di P. GALLO, *I mutui indicizzati al franco svizzero al vaglio della Cassazione*.

[6] Chiara sul punto è la sentenza in esame al n. 38, ove vengono richiamate le statuizioni di Corte di Giustizia UE 3 marzo 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch c. Bankia*, in *Juscivile*, 2021, 1957 ss., con nota di V. D'ALESSANDRO, *Trasparenza e abusività delle clausole di indicizzazione degli interessi*, nella quale, al n. 46, si stabilisce che l'obbligo di chiarezza «si applica in ogni caso, anche quando una clausola rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 4, paragrafo 2, di detta direttiva e anche se lo Stato membro interessato non ha trasposto tale disposizione». Su tale pronuncia, cfr. anche C. SARTORIS, *Clausola (abusiva) di risoluzione anticipata e poteri del giudice nella sentenza 'Bankia' della Corte di Giustizia*, in *Persona e mercato*, 2019, 9 ss.

[7] In precedenza, sul punto, già Corte di Giustizia UE 5 giugno 2019, C-38/17, *GT c. HS*, in *Foro it.*, 2020, IV, 23 ss., con nota di A. IULIANI, *La trasparenza consumeristica nell'interpretazione della Corte di giustizia e della dottrina*; nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 16 ss., con nota di E. VALLETTA, *Finanziamenti in valuta estera: l'omessa indicazione del tasso di cambio nel contratto*. Di recente, anche Corte di Giustizia UE 10 giugno 2021, C-776/19 e C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance*; Corte di Giustizia UE 3 marzo 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch c. Bankia*.



Non indicando a quale valore si dovesse fare riferimento nell'operazione di cambio valuta indispensabile al fine di quantificare l'esatto importo della rata da rimborsare, la clausola di cui al caso di specie sembra dunque essere censurabile, giacché non consente al consumatore di calcolare di volta in volta la somma dovuta e, dunque, più in generale, di determinare l'entità del sacrificio economico che si assume mediante la sottoscrizione.

Una volta accertata l'illegittimità di una pattuizione così configurata, occorre individuare le conseguenze di siffatta abusività.

3. – La direttiva 93/13 all'art. 6 stabilisce che le clausole abusive inserite in un contratto con un consumatore non vincolano quest'ultimo, ferma restando la validità del negozio, se il medesimo possa sopravvivere senza la clausola ritenuta abusiva. Si tratta in sostanza di una nullità parziale necessaria, che nel nostro ordinamento viene recepita dall'art. 36 cod. cons. e rappresenta un'eccezione alla regola di cui all'art. 1419 cod. civ., in base al quale la nullità si estende all'intero contratto ove risulti che le parti non lo avrebbero concluso senza la parte affetta da nullità.

Come si accennava in esordio, la formulazione dell'art. 6, dir. 93/13, si presenta piuttosto ellittica, sicché lascia ampi margini all'interprete nella concreta individuazione della sorte del contratto che contenga previsioni vessatorie. Ci si deve chiedere in quale misura, a seguito dell'eliminazione della pattuizione abusiva, venga in rilievo il meccanismo dell'integrazione contrattuale [8].

Al fine di meglio circoscrivere il perimetro dell'indagine, si deve precisare che non s'intende in questa sede affrontare la questione della violazione di norme imperative e della conseguente sostituzione di clausole nulle con i parametri fissati legislativamente. Il fenomeno su cui ci si soffermerà è quello della deroga a norme suppletive, e dunque di per sé disponibili da parte dell'autonomia privata [9], allorquando la divergenza

[8] Il tema è stato affrontato ampiamente da S. PAGLIANTINI, *L'effettività della tutela consumeristica in stile rococò*, cit., 275 ss.; ID. *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 561 ss.; A. D'ADDA, *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir. – I tematici*, *Contratto*, Milano, 2021, 626 ss.; ID., *Giurisprudenza comunitaria e 'massimo effetto utile per il consumatore': nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, 22 ss.; ID., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 173 ss.; F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, cit., 37 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 554 ss.; F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2014, 737 ss.; G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in S. PAGLIANTINI, G. D'AMICO, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, 213 ss.; L. VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. impr.*, 2011, 1407 ss.; ID., *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004; A. FEDERICO, *L'integrazione del contratto e la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle clausole abusive*, in *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione. Convegno in onore del prof. V. Scalisi (Messina, 27-28 maggio 2016)*, Milano, 2018, 297 ss.; ID., *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008; F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. impr.*, 2006, 673 ss. Di recente, anche M.P. GERVASI, *Clausole abusive e mutui ipotecari secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2021, 1576 ss.; C. SARTORIS, *Nullità di protezione e integrazione del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, 609 ss.; P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto nel diritto dei consumatori tra integrazione cogente, nullità 'nude' e principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele*, in *Giust. civ.*, 2020, 713 ss.; P. MENGOZZI, *La Corte di giustizia e la trasparenza da assicurare nella conclusione di contratti con i consumatori*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, 765 ss. In precedenza, già L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei 'contratti del consumatore' nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III.2, Milano, 1998, 535 ss.; V. RIZZO, *Clausola 'dubbia' e interpretazione 'più favorevole' al consumatore (Art. 1469-quater, comma 2, c.c.)*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III.2, Milano, 1998, 673 ss.; C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, I, 5 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, I, 45 ss.

[9] Circa la derogabilità del diritto dispositivo, si veda l'ampia analisi di M. GRONDONA, *Ritardo nel pagamento e debolezza del creditore: operatività e limiti dell'autonomia privata contrattuale*, Torino, 2011, 97 ss.



tra la disciplina fissata dalla legge, che dovrebbe astrattamente realizzare una situazione di equilibrio ideale nel regolamento contrattuale, e le pattuizioni a cui sono addivenute le parti risulti abusiva e dunque censurabile ai sensi della dir. 93/13, in quanto importi «un eccessivo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto» [10].

La Corte di Giustizia, mediante numerose pronunce susseguitesi nell'ultimo decennio, ha tentato di colmare il vuoto di disciplina concernente il problema delle sorti del contratto da cui venga espunta una clausola considerata abusiva. Lo sforzo pretorio di ricostruire il regime applicabile a tali fattispecie ha lasciato però residuare non pochi dubbi e suscitato diverse critiche con riguardo ad alcune delle scelte operate, che sembrano potenzialmente collidere con la *ratio* di tutela sottesa alla dir. 93/13.

Le strade percorribili sarebbero in astratto tre: la soluzione più radicale è rappresentata dalla pura e semplice obliterazione della clausola, con l'esclusione ogni forma di integrazione del contratto; altrimenti, potrebbe sostenersi l'integrazione contrattuale per mezzo di norme dispositive, che la pattuizione abusiva era andata a derogare; oppure, è forse ipotizzabile un intervento giudiziale che riporti a equità il contenuto del contratto sperequato per mezzo della clausola invalida.

Nel prosieguo si cercherà anzitutto di analizzare la posizione della Corte con riguardo a ognuna delle tre vie, al fine di delineare il quadro giurisprudenziale in cui si inserisce la recente decisione in esame, per scorgere tratti di continuità ed elementi di novità di quest'ultima.

4. – L'ultima tra le possibili opzioni sopra prospettate, ossia quella che prevede un ruolo centrale del giudice è stata fermamente rigettata dalla Corte di Giustizia nel 2012, interpellata in sede di rinvio pregiudiziale, nella sentenza *Banco Español de Crédito* [11].

Nel caso di specie, il supremo organo giurisdizionale dell'Unione era chiamato a pronunciarsi sulla compatibilità alla direttiva 93/13 di una disposizione spagnola che consentiva al giudice di ridurre il saggio degli interessi moratori qualora risultassero eccessivamente elevati. Secondo la Corte, il potere di integrazione giudiziale contrasterebbe con l'art. 6 della direttiva, in base al quale il contratto rimarrebbe vincolante nei medesimi termini, a seguito della caducazione delle clausole abusive. Il giudice avrebbe dunque unicamente il dovere di considerare queste ultime *tamquam non essent*, non essendo invece legittimato a integrare il contenuto del contratto.

Siffatto esito sembrerebbe altresì conforme all'obiettivo di armonizzazione del diritto consumeristico degli Stati membri. Invero, qualora fosse riconosciuto al giudice un potere creativo, i diversi giudici nazionali potrebbero integrare il contratto secondo modalità e parametri mutuati dal proprio ordinamento di appartenenza, rischiando così di pregiudicare l'uniformità a cui mira il legislatore europeo.

---

[10] Si cita la formulazione letterale dell'art. 3, dir. 93/13. Sul tenore linguistico di tale articolo, in particolare sull'inciso in base al quale, ai fini dell'abusività, il citato squilibrio debba riscontrarsi «malgrado la buona fede», si veda E. FERRANTE, *Alcune considerazioni 'malgrado' o 'contro' la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 541 ss.

[11] Così Corte di Giustizia UE 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, in *Contratti*, 2013, 16 ss., con nota di A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e 'massimo effetto utile per il consumatore': nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in cui, al punto 65, si legge: «risulta pertanto dal tenore letterale del paragrafo 1 di detto articolo 6 che i giudici nazionali sono tenuti unicamente ad escludere l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima. Infatti, detto contratto deve sussistere, in linea di principio, senz'altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile».



Ma la ragione che più di ogni altra spinge la Corte verso la decisione in tal senso deve leggersi alla luce della *ratio* della direttiva, che mira a scoraggiare i professionisti dall'inserimento di previsioni nocive nei confronti del consumatore. Invero, l'integrazione giudiziale rischierebbe di eliminare l'effetto deterrente che scaturisce dalla caducazione *tout court* delle clausole ritenute abusive [12]. Infatti, se al giudice fosse riconosciuto il potere di ridurre a equità il contenuto della pattuizione, il professionista sarebbe indotto a tentare comunque di inserirla nel contratto, rischiando – nel peggiore dei casi – che il giudice, anziché eliminare totalmente la clausola, soltanto ne argini gli effetti sino a ripristinare l'equilibrio.

Orbene, l'effetto dissuasivo della totale espunzione della clausola risulta di regola più incisivo rispetto alla sostituzione della stessa con una norma dispositiva: invero, mentre la disciplina legale solitamente mira a porre in essere una situazione di ideale equilibrio tra i sacrifici di ciascuna parte, la totale obliterazione della clausola conduce a uno sbilanciamento in favore del consumatore. Per esempio, è chiaro come quest'ultimo risulterebbe alquanto avvantaggiato in casi come quello da cui si sono prese le mosse, in cui alla mera espunzione dell'indicizzazione al franco svizzero conseguirebbe la restituzione dell'importo mutuato al valore nominale [13].

Nondimeno, se si guarda alle conseguenze a livello sistematico di questo orientamento, ci si accorge che l'esito anelato dal supremo organo giurisdizionale dell'Unione Europea è quello di fare in modo che i professionisti, guidati dal timore verso la censura di pattuizioni che modifichino a loro sfavore la disciplina legale, tendano a evitare di inserirle, cosicché si realizzi il bilanciamento codificato dal legislatore europeo [14].

I medesimi principi venivano poi confermati un anno dopo dalla sentenza *Asbeek Brusse*, nella quale – richiamando le argomentazioni utilizzate nella pronuncia *Banco Español* – si negava il potere del giudice di ridimensionare l'entità di una clausola penale sproporzionata [15].

Ulteriori puntualizzazioni sono poi state aggiunte dalla successiva giurisprudenza europea con riguardo al dovere di eliminare le clausole abusive: in particolare, nella sentenza *Abanca* viene dichiarata non conforme alla direttiva l'obliterazione soltanto di alcuni degli elementi della pattuizione che equivalga sostanzialmente alla revisione del contenuto della stessa [16]. Nella successiva decisione *Bank BPH* si precisa poi che l'eliminazione parziale di una clausola è ammissibile solamente qualora la porzione coinvolta corrisponda a un obbligo contrattuale distinto [17]. Da tali pronunce si evince quindi che, nel caso di clausola indivisibile, vengono travolte anche le sue componenti che sarebbero di per sé valide [18].

La *ratio* di tale orientamento si mostra coerente con il precedente rifiuto dell'integrazione del giudice: la Corte mira a evitare che mediante l'eliminazione 'selettiva' si pervenga di fatto a una revisione giudiziale della pattuizione invalida.

---

[12] In questo senso, sempre Corte di Giustizia UE 14 giugno 2012, C-618/10, cit., in particolare al punto 69.

[13] Avanza tale considerazione P. GALLO, *I mutui indicizzati al franco svizzero al vaglio della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2022, 586.

[14] Così S. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in S. PAGLIANTINI, G. D'AMICO, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, 123 s.

[15] Corte di Giustizia UE 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse c. Jahani BV*. Sulla pronuncia, si vedano R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jőrös e Asbeek Brusse*, in *Juscivile*, 2013, 388 ss.; M. DELLACASA, *Judicial review of 'core terms' in consumer contracts: defining the limits*, in *ERCL*, 2015, 152 ss.

[16] Corte di Giustizia UE 26 marzo 2019, C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria SA c. Al. Ga.*

[17] Corte di Giustizia UE 29 aprile 2021, C-19/20, *I.W. c. Bank BPH SA*.

[18] Su questo aspetto, cfr. S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, cit., 561 s.



5. – Sin qui si è trattato dell'integrazione giudiziale, ma il panorama si complica allorché ci si chieda se sia ammissibile l'integrazione mediante norme suppletive che disciplinano gli stessi aspetti della clausola dichiarata abusiva.

Con riguardo all'integrazione legale, il *leading case* può considerarsi la sentenza *Kásler* del 2014 [19].

In tale decisione la Corte di Giustizia si occupava di un caso di mutuo indicizzato in valuta estera, simile a quello oggetto della pronuncia da cui si sono prese le mosse. La clausola di indicizzazione veniva ritenuta abusiva e dunque priva di effetto. Tuttavia, poiché la stessa veniva considerata una previsione essenziale, senza la quale il contratto non sarebbe potuto rimanere in vita e fermo restando il divieto di integrazione giudiziale, i giudici si trovavano di fronte a un bivio: caducare *tout court* il contratto, ovvero ammettere l'integrazione per mezzo di norme suppletive.

Appare chiaro il rischio della nullità totale del contratto, potenzialmente in grado di pregiudicare il consumatore, il quale si sarebbe trovato a dover rifondere in un'unica soluzione l'intera somma mutuata. Proprio dalla salvaguardia di quest'ultimo dagli effetti delle restituzioni conseguenti alla nullità muovono le argomentazioni che spingono la Corte ad ammettere in questi casi l'integrazione per mezzo di norme dispositive. Se così non fosse, infatti, il consumatore sarebbe spesso portato ad accettare la presenza di una clausola, nonostante la sua vessatorietà, pur di non dover subire le conseguenze restitutorie della nullità. A questo riguardo si deve rammentare che il giudice è tenuto a effettuare la valutazione circa l'abusività della clausola anche d'ufficio, senza necessità che il consumatore sollevi la questione [20]; tuttavia, trattandosi di una c.d. nullità di protezione, il consumatore può decidere di rinunciare alla tutela in suo favore.

L'ipotesi appena delineata, ossia quella dell'abusività di una clausola essenziale è però l'unica in cui la giurisprudenza europea ammette l'introduzione nel contratto di norme suppletive in luogo della pura obliterazione della pattuizione nulla.

Tale fermezza della Corte non è tuttavia andata esente da critiche: in tutte le sentenze sinora citate, i giudici di Lussemburgo enfatizzano il tenore letterale del già menzionato art. 6, dir. 93/13, secondo cui le clausole abusive «non vincolano il consumatore», per affermare la necessaria neutralità dell'intervento del giudice, il quale non dovrebbe far altro che disapplicare la previsione affetta da nullità. Sennonché, come da molti già osservato, l'eliminazione di una clausola mai può risultare *in toto* neutrale, invero, essa stessa comporta la creazione di una regola, che va a sostituire quella (abusiva) stabilita dall'autonomia privata [21].

Inoltre, una soluzione così *tranchant* spesso determina a danno del professionista uno squilibrio, che pare risultare eccessivo in assenza di una scelta legislativa espressa in tal senso.

---

[19] L'integrazione mediante norme dispositive in ipotesi di nullità di clausole essenziali è ammessa da Corte di Giustizia UE 30 aprile 2014, C-26/13, *Árpad Kásler c. OTP Jelzálogbank Zrt*. Sulla sentenza, ampiamente S. PAGLIANTINI, *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore 'costituzionalizzato': la 'dottrina' della Corte di Giustizia da 'Árpád Kásler' a 'Dziubak'*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1258 ss. Aveva sostenuto l'ammissibilità dell'integrazione mediante norme dispositive già parecchi anni prima C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., 41 s.

[20] La rilevabilità d'ufficio è stabilita anche in Corte di Giustizia UE 30 maggio 2013, C-397/11 *Jőrös c. Aegon Magyarország Hitel Zrt*, cu cui R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jőrös e Asbeek Brusse*, cit., 388 ss.

[21] A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e 'massimo effetto utile per il consumatore'*, cit., 26 s.; ID., *Integrazione del contratto*, cit., 632; S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, cit., 563 s.; D. VALENTINO, *La caducazione delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza comunitaria*, in *Persona e mercato*, 2016, 165 s. In favore dell'integrazione mediante norme dispositive si esprimeva, già al termine del secolo scorso, C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., 39 ss. Fondano sull'art. 1374 cod. civ. la legittimità dell'integrazione mediante norme suppletive F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 559; F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2014, 744.



Una presa di posizione del nostro legislatore orientata alla totale obliterazione della clausola abusiva si riscontra, per esempio, nel nostro ordinamento con riguardo agli interessi usurari *ex* art. 1815 cod. civ. In quest'ipotesi è infatti proprio la norma, animata da una finalità punitiva, a sancire che qualora il tasso d'interesse superi la soglia d'usura non siano dovuti interessi [22].

Oltretutto, in altre ipotesi la correzione giudiziale della clausola potrebbe risultare, anche per il consumatore, più conveniente rispetto alla totale espunzione della medesima: si pensi all'ipotesi affrontata dalla sopra menzionata sentenza *Abanca*, in cui viene decisa l'eliminazione *tout court* di una clausola che consentiva al professionista di risolvere stragiudizialmente il contratto previa intimazione. L'obliterazione di tale facoltà apre la strada al creditore per chiedere la risoluzione giudiziale per inadempimento, nonché per procedere con l'ordinaria esecuzione forzata, giacché sarebbe venuta meno la causa di improcedibilità – rappresentata dalla necessaria preventiva intimazione stragiudiziale – che impediva l'instaurazione del giudizio. Si assiste così a un deterioramento della posizione del debitore-consumatore, il quale si troverebbe esposto al rischio di subire una procedura per lui maggiormente gravosa [23].

6. – Per quanto sin qui considerato, la Corte altro non ha fatto che confermare l'orientamento precedente sui diversi aspetti trattati. Un profilo sul quale invece con la decisione in esame si aggiunge un tassello al mosaico della disciplina delle clausole vessatorie è quello concernente il ruolo dell'interpretazione nel contesto della valutazione di abusività. Peraltro, l'esposizione condotta dal supremo organo giurisdizionale dell'Unione presenta diversi nodi problematici.

A ben vedere, in astratto, la ferma ostilità della Corte nei confronti dell'integrazione giudiziale non escluderebbe di per sé il dovere del giudice di interpretare le previsioni contrattuali nel senso più favorevole al consumatore, come stabilito dall'art. 5, dir. 93/13 [24]. Tutto sembrerebbe dunque giocarsi sul confine tra la (doverosa) attività interpretativa e la (vietata) integrazione giudiziale [25].

Orbene, volendosi sintetizzare i punti di approdo a cui è giunta l'elaborazione dottrinale nel corso degli ultimi decenni, la distinzione tra le due operazioni in esame si fonda sulle fonti che vanno a comporre il regolamento contrattuale: mentre l'interpretazione consiste nell'accertamento del significato dei segni con cui viene manifestata la volontà delle parti [26], l'integrazione vede affiancarsi alla cd. fonte privata altre fonti legali [27]. In altre parole, mentre con l'interpretazione – in base a criteri soggettivi od oggettivi – si opera una

---

[22] A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e 'massimo effetto utile per il consumatore': nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, cit., 30; F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, cit., 66.

[23] Così osserva S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, cit., 563.

[24] L'art. 5, dir. 93/13, dispone che «in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore». Circa tale criterio, si veda S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia (il dopo Radlinger aspettando le clausole 'floor', sullo sfondo del nuovo art. 1190 'Code civil')*, in *Contratti*, 2016, 1029 ss.; ID., *Interpretazione (ed integrazione) dei contratti asimmetrici (Atto secondo)*, in *Contratti*, 2016, 1147 ss.

[25] Circa i confini tra interpretazione e integrazione, cfr., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*^{2}, Milano, 2000, 412 s.; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1991, 23 ss.; V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, 392 s.

[26] V. ROPPO, *Il contratto*^{2}, Milano, 2011, 436, definisce l'interpretazione come «l'operazione che individua il giusto significato dei segni con cui le parti hanno manifestato la volontà contrattuale». Sul ruolo dell'interpretazione, si veda C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992.

[27] Per V. ROPPO, *Il contratto*^{2}, cit., 457, l'integrazione consiste nella «costruzione del regolamento contrattuale ad opera di fonti eteronome, cioè diverse dalla volontà delle parti». Sulla disciplina codicistica dell'integrazione del contratto, cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004; M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*,



scelta tra più potenziali significati attribuibili alle espressioni utilizzate dalle parti, mediante l'integrazione si verifica una vera e propria addizione di norme rispetto a quelle previste dai contraenti nel contesto del regolamento di interessi fissato nell'accordo.

Nella prospettiva del giudice del rinvio, l'attività che egli si apprestava a svolgere nel caso in esame non consisteva in una vietata revisione del contenuto della pattuizione, bensì in un'interpretazione della volontà delle parti, fondata su una previsione codicistica che espressamente gli attribuiva un corrispondente potere. Nel ragionamento del giudice polacco tale disposizione rappresenterebbe una norma suppletiva che interverrebbe a colmare la lacuna residuata a seguito dell'espunzione della clausola abusiva.

Nondimeno, l'argomentazione, così come espressa dal giudice polacco, risulta senz'altro censurabile alla luce della giurisprudenza sovrannazionale.

Anzitutto, nella decisione in esame, la Corte nega che si versi in un caso in cui la clausola controversa rivesta un ruolo essenziale per la sopravvivenza del contratto, sicché sarebbe preclusa anche l'integrazione per mezzo di norme suppletive.

Anche volendosi assumere l'essenzialità della clausola in esame, sembrerebbero a ogni modo frapporsi ostacoli all'operazione integrativa ipotizzata dal giudice del rinvio. Invero, la norma su cui si fonderebbe l'intervento di quest'ultimo sarebbe l'art. 65, comma 2, del codice civile polacco – pressoché analogo al nostro art. 1362 cod. civ. – in base al quale nell'interpretazione del contratto il giudice ha il dovere di indagare la comune intenzione delle parti.

Orbene, tale disposizione è espressione di un principio generale che guida l'attività interpretativa; non reca invece la disciplina legale di un particolare profilo del regolamento contrattuale, sicché non potrebbe qualificarsi alla stregua di una norma dispositiva. In questa affermazione la Corte si allinea ai principi già affermati nella sentenza *Dziubak*, che aveva stabilito l'inammissibilità di un'attività integrativa fondata su norme che rinviino genericamente all'equità o agli usi [28]. L'inadeguatezza di tali norme a giustificare un intervento integrativo è dovuta al fatto che esse non sono state oggetto di una valutazione specifica del legislatore in ordine all'equilibrio che dovrebbero stabilire tra diritti e obblighi dei contraenti [29].

Di recente, la Corte ha poi negato che la funzione integrativa delle norme suppletive possa essere svolta, in mancanza di queste ultime, da un parere non vincolante dell'organo giurisdizionale supremo dello Stato membro interessato [30].

1988, 524 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*[2], a cura di E. GABRIELLI, Assago, 2006, 1149 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il codice civile. Commentario. Art. 1374-1381*, fondato e già diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F.D. BUSNELLI, Milano, 2013; F. SANGERMANO, *Il controllo giudiziale dell'equilibrio delle prestazioni contrattuali tra apparente interpretazione correttiva e reale integrazione dell'atto di autonomia privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 758 ss. Per uno studio sul ruolo e la disciplina dell'integrazione contrattuale in comparazione tra diversi ordinamenti di *civil law* e *common law*, si veda V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, Milano, 2018.

[28] Con gli stessi argomenti nega la natura di norma suppletiva a una disposizione nazionale che preveda l'integrazione per mezzo di usi ed equità Corte di Giustizia UE 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak c. Raiffeisen Bank International AG*, in *Foro it.*, 2020, IV, 22 ss., con nota di A. PALMIERI, *Il ruolo trainante della Corte di Giustizia nella messa in opera della disciplina sulle clausole abusive. Spunti dal caso 'Dziubak' e dintorni*. Fortemente critico nei confronti di tale decisione F. ESPOSITO, *'Dziubak' is a fundamentally wrong decision: superficial reasoning, disrespectful of national courts, lowers the level of consumer protection*, in *ERCL*, 2020, 538 ss.

[29] Tale riflessione si legge in Corte di Giustizia UE 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak c. Raiffeisen Bank International AG*, cit., al n. 61, in cui si afferma che le norme in esame «non risultano, in ogni caso, essere state oggetto di una valutazione specifica del legislatore al fine di stabilire tale equilibrio, di modo che tali disposizioni non beneficiano della presunzione di non abusività». Sul punto, S. PAGLIANTINI, *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore 'costituzionalizzato'*, cit., 1283; S. PAGLIANTINI, A. PALMIERI, *Il post-vessatorietà come una 'Baustelle im Dunkeln'?*, in *Foro it.*, 2021, IV, 294 ss.

[30] Cfr. Corte di Giustizia UE 31 marzo 2022, C-472/20, *Lombard Pénzügi és Lízing ZRT c. PN*.



Il ragionamento del giudice polacco finalizzato ad attribuire rilievo all'interpretazione avrebbe dovuto seguire una diversa strada.

Non rileva in questo contesto il divieto di integrazione giudiziale. L'interpretazione è infatti un'attività pressoché indispensabile [31], nonché prodromica rispetto alla eventuale integrazione e, a ben vedere, sembra collocarsi ancor prima del giudizio di abusività per mancata trasparenza [32]: una clausola è infatti censurabile qualora in seguito all'interpretazione del suo testo secondo i canoni ermeneutici previsti da ogni singolo ordinamento rimangano zone di oscurità. Sicché, se davvero un comune intendimento tra le parti con riguardo alla clausola in esame vi fosse stato, nemmeno si sarebbe posta la questione della sua abusività per mancata chiarezza. Tuttavia, come emerge dalla narrativa, non sussisteva alcuna volontà comune dei contraenti, ed è proprio la diversità nel modo di intendere la clausola di indicizzazione ad aver dato origine alla controversia.

L'attività ermeneutica avrebbe piuttosto dovuto lasciarsi guidare dai criteri di interpretazione oggettiva: primo tra tutti il principio del *favor consumatoris* di cui al citato art. 5, dir. 93/13. Tale parametro avrebbe consentito al giudice di interpretare la clausola nel senso più favorevole al consumatore, evitando al contempo di sollevare un rinvio pregiudiziale e di suscitare la reazione della Corte in opposizione all'integrazione giudiziale.

Ciò non toglie che l'argomentazione di quest'ultima, benché coerente con i precedenti giurisprudenziali dello stesso organo, non sembra in realtà pertinente nel caso di specie, in cui un'interpretazione conforme al diritto europeo avrebbe consentito di evitare a monte il giudizio di abusività.

7. – A margine, pare infine utile soffermarsi su un ultimo aspetto. Come si è già osservato, nel caso di specie, la Corte sembra non considerare essenziale la pattuizione controversa. Nondimeno, in un caso pressoché analogo, come quello affrontato nella pronuncia *Dziubak*, i giudici di Lussemburgo erano andati oltre; in particolare, sottolineando che l'espunzione di una clausola di indicizzazione, ferma restando la validità del contratto, sebbene astrattamente configurabile, sarebbe sfociata in un mutamento della natura dell'operazione.

In effetti, una volta eliminata la pattuizione nulla, il contratto sarebbe divenuto un mutuo non indicizzato. Tuttavia, in base al principio secondo il quale rimarrebbero ferme le altre previsioni contenute nell'accordo, il tasso di interesse permarrebbe immutato e dunque più basso rispetto a quello che si sarebbe fissato nel caso in cui il mutuo fosse stato erogato in valuta locale e non indicizzato.

Nella sopracitata sentenza *Dziubak* i giudici concludevano nel senso della nullità totale del contratto in ipotesi come quella in oggetto, in cui la sopravvivenza del rapporto sarebbe stata di per sé possibile, ma avrebbe in realtà snaturato l'operazione voluta dai contraenti.

Come si è già affermato, *nulla quaestio* nel caso in cui esistano norme dispositive idonee a integrare il contratto: si dovrebbe in tal caso seguire il percorso tracciato dalla sentenza *Kásler*. Rimane da chiedersi tuttavia che cosa accada nell'ipotesi in cui non vi siano norme suppletive volte a disciplinare l'aspetto regolato dalla clausola caducata.

Appare evidente che la conclusione nel senso della nullità totale del contratto condurrebbe in molti casi

[31] V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 440, sottolinea infatti che «il vecchio brocardo *in claris non fit interpretatio* va dunque respinto, se lo s'intende nel senso che la chiarezza del testo contrattuale esclude radicalmente l'attività interpretativa».

[32] Nel senso della precedenza dell'interpretazione rispetto all'integrazione, di recente, A. D'ADDA, *Integrazione del contratto*, cit., 611.



alla perdita di effettività della tutela consumeristica, in quanto, pur di evitare le conseguenze restitutorie della nullità totale di un contratto, per es. di mutuo, il consumatore potrebbe essere spinto a mantenere in vita il contratto, seppur viziato da una clausola abusiva.

Sono proprio queste le ipotesi nelle quali sarebbe forse opportuno attribuire al giudice un ruolo di maggior rilievo.

A tali situazioni di criticità la Corte ha di recente tentato di fornire una risposta nella sentenza *Banca B. SA*, riconoscendo al giudice nazionale la facoltà di rinviare le parti a una trattativa finalizzata a giungere a una disciplina equilibrata del profilo su cui verteva la clausola affetta da nullità [33]. Tale proposta non appare tuttavia risolutiva, in quanto lascia residuare il problema qualora i contraenti non pervengano a un accordo.

La negazione *tout court* di uno spazio di manovra entro il quale il giudice sia legittimato a intervenire in via integrativa al fine di scongiurare una nullità totale svantaggiosa per il consumatore parrebbe invero contraddire la stessa *ratio* della direttiva e gli obiettivi che la medesima si pone [34].

In una delimitata cerchia casi sarebbe forse sufficiente consentire quella che nell'ordinamento tedesco è conosciuta come *ergänzende Vertragsauslegung* [35], la cui base giuridica viene rinvenuta nel combinato disposto tra i § 157 e 306, comma 2, BGB [36]. Questa, infatti, non si fonda su elementi soggettivi, bensì integra la disciplina giuridica di un negozio sopperendo alle lacune (anche sopravvenute) del contratto, introducendo norme che – secondo buona fede – realizzano un equilibrio contrattuale oggettivo tra le parti [37].

Stando alla gran parte degli studiosi tedeschi un'attività così configurata non si porrebbe in contrasto con il diritto europeo [38]. In particolare, non contrasterebbe con il menzionato divieto giurisprudenziale di utilizzare disposizioni generali quali norme suppletive, in quanto in effetti a essere introdotte nel contratto sarebbero previsioni riferite al singolo tipo contrattuale preso in considerazione. In altre parole, data una determinata operazione negoziale, la disciplina verrebbe completata, per gli ambiti non coperti dalle norme dispositive, da precetti di creazione giurisprudenziale che *ex fide bona* consentano di realizzare l'equilibrio tra le parti.

Nell'ordinamento italiano la 'norma veicolo' per introdurre nel regolamento contrattuale previsioni che consentano di mantenere in vita il contratto potrebbe essere rappresentata dall'art. 1374 cod. civ., sebbene il

---

[33] Si fa riferimento a Corte di Giustizia UE 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B. SA c. A.A.A.*, in *Foro it.*, 2021, IV, 288 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, A. PALMIERI, *Il post-vessatorietà come una 'Baustelle im Dunkeln'?*.

[34] C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., 37, già nei primi anni che seguirono all'emanazione della direttiva sottolineava che «ogni soluzione interpretativa che, sotto pretesto di un rigore ermeneutico orientato in senso opposto a quello significato dal legislatore con le parole riferite, avesse come esito finale la delusione dell'interesse del consumatore andrebbe contro lo spirito della legge o, in termini più tradizionali, contro la volontà del legislatore».

[35] In generale, in tema di *ergänzende Vertragsauslegung*, si vedano, per tutti, H. KÖTZ, *Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung*, in *JuS*, 2013, 289 ss.; U. EHRICKE, *Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden Vertragsauslegung*, in *RabelsZ*, 1996, 661 ss.; W. HENCKEL, *Die ergänzende Vertragsauslegung*, in *AcP*, 1960/1961, 106 ss. In lingua italiana, V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., 91 ss.

[36] Sin dalla pronuncia del BGH 1 febbraio 1984, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1984, 1177 s., la giurisprudenza tedesca ha infatti incluso nella locuzione «gesetzliche Vorschriften» norme e principi deducibili mediante interpretazione integrativa. Sul punto, si veda l'analisi di M.C. DALBOSCO, *La 'Tagespreisklausel' nell'esperienza giuridica tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 91 ss.

[37] Sottolinea questo aspetto C. HERRESTHAL, *Unionsrechtskonformität der ergänzenden Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2021, 589 ss., secondo la quale nella *ergänzende Vertragsauslegung* «Ziel ist nicht die Durchsetzung der Privatautonomie der konkreten Vertragsparteien des Rechtsstreits durch das Zu-Ende-Denken der konkreten privatautonomen Regelung, sondern die Durchsetzung von beiderseitigem Interessenschutz mittels Vorgabe einer judikativ formulierten Ersatzregelung».

[38] Nel senso della conformità della *ergänzende Vertragsauslegung* al diritto europeo, si veda, C. HERRESTHAL, *Unionsrechtskonformität der ergänzenden Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln*, cit., 589 ss., nonché gli autori ivi citati in nt. 2. Cfr., inoltre, F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, cit., 58 s., nt. 27.



medesimo fosse inizialmente riferito soltanto alle lacune originarie dell'accordo. Invero, nel codice del 1942 in caso di nullità per contrarietà a disposizioni imperative erano previsti i meccanismi sostitutivi di cui agli artt. 1339 e 1419, comma 2, cod. civ., mentre una nullità conseguente alla deroga abusiva di norme dispositive nemmeno sarebbe stata immaginabile [39]. Un'interpretazione evolutiva di tale norma, che permetta di utilizzarla anche in queste ultime ipotesi, sembrerebbe tuttavia suggerita dall'esigenza di tutelare il consumatore dalle gravose conseguenze della nullità totale e può trovare una base giuridica nel rinvio di cui all'art. 38 cod. cons., in forza del quale per quanto non previsto dalla disciplina consumeristica deve applicarsi il codice civile [40].

Senz'altro fondate sono le ragioni di scetticismo nei confronti di un potere di revisione da parte del giudice [41]; tuttavia, un utilizzo dell'integrazione giudiziale, guidato dai canoni dell'equità e della buona fede, potrebbe ritenersi giustificato dall'esigenza di evitare la nullità totale: non si tratterebbe di un indiscriminato potere di correzione giudiziale, bensì di un intervento come *extrema ratio* limitato allo stretto necessario al fine di scongiurare la caducazione *tout court* del contratto, qualora questa risulti eccessivamente gravosa a carico del consumatore.

Invero, poiché l'intervento integrativo del giudice sarebbe limitato ai casi in cui si tratti di una clausola essenziale e in cui siano assenti norme dispositive e dovrebbe inoltre ispirarsi all'equilibrio degli interessi da realizzare nell'operazione voluta dalle parti, una ricostruzione così configurata, da una parte, non pare concedere al giudice spazi così ampi da minare l'esigenza di uniformità di applicazione della direttiva negli Stati membri ovvero l'effetto deterrente della medesima; dall'altra, avrebbe il pregio permettere la più piena realizzazione della *ratio* di tutela del consumatore sottesa alla direttiva [42].

[39] G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., 262, nt. 94.

[40] Discorre di «interpretazione evolutiva» G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., 262, nt. 94; mentre A. FEDERICO, *L'integrazione del contratto e la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle clausole abusive*, cit., 316, esprimendosi in favore dell'applicabilità dell'art. 1374 cod. civ. al fine di integrare il contratto a seguito della nullità di una clausola in forza del rinvio di cui all'art. 38 cod. cons., sostiene che «non sembra che possa parlarsi soltanto di una interpretazione evolutiva, ma, piuttosto di una diversa funzione assolta dall'integrazione, conformativa, appunto, del regolamento contrattuale». Favorevole a un intervento integrativo del giudice, come *extrema ratio*, P. GALLO, *I mutui indicizzati al franco svizzero al vaglio della Cassazione*, cit., 586.

[41] Con riguardo alle ragioni del rifiuto dell'integrazione giudiziale, si rinvia al § 2.

[42] S. PAGLIANTINI, A. PALMIERI, *Il post-vessatorietà come una 'Baustelle im Dunkeln'?*, cit., 299 s., affermano che «se una rettifica giudiziale può servire a sterilizzare gli effetti di una nullità totale sconveniente, il diritto nazionale che dovesse prevederla incrementerebbe (in realtà) il livello di tutela consumeristica».

JUS CIVILE



EMILIANO TROISI

PhD in Law – Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli

DECISIONE ALGORITMICA, BLACK-BOX E AI ETICA: IL DIRITTO DI ACCESSO COME DIRITTO A OTTENERE UNA SPIEGAZIONE

SOMMARIO: *1. Decisione algoritmica e Intelligenza Artificiale: il falso mito della neutralità dell'algoritmo. – 2.* Black-box *e AI etica: il problema dell'opacità dei processi. – 3. GDPR: le 'informazioni significative' tra 'generale funzionalità dell'algoritmo' e 'diritto a ottenere una spiegazione'. – 4.* Segue. *Il diritto d'accesso come informazione ex post. – 5. Limiti. Il dato letterale dell'art. 22. – 6.* Segue. *Segreto commerciale e diritto d'autore: il difficile bilanciamento. – 7. Conclusioni.*

1. – Decisione algoritmica, trattamento automatizzato dei dati, intelligenza(e) artificiale(i); sono termini (e fenomeni) spesso correlati, talvolta – nella narrazione – anche in modo confusivo. Pertanto, pur senza pretese di nitidezza – abbisognando, ogni discorso che si proponga di contribuire alla generale trattazione di un problema, riferirsi anzitutto ad una certa sistemazione dello stesso – qualche premessa classificatoria risulta imperativa.

Quella che chiamiamo, in questa sede, decisione algoritmica è il risultato – l'output – di un cosiddetto processo decisionale automatizzato (spesso individuato dall'acronimo inglese A.D.M., *Automated Decision Making*), espressione che si riferisce – in senso ampio – a null'altro che qualunque procedimento che consenta, attraverso l'impiego di strumenti tecnologici, di prendere decisioni senza, o comunque con irrilevante coinvolgimento umano. Una tale definizione non implica, dunque, ma chiaramente include, l'utilizzo delle tecnologie cd. di Intelligenza Artificiale, come più in generale qualsiasi tecnica informatica che, basandosi su algoritmi – ovvero una sequenza di operazioni eseguibili da un processore [1] – consenta di eseguire compiti ripetitivi con i dati senza la necessità di una costante guida umana [2].

Tra questi, i sistemi di IA – volendoli definire brevemente – e accogliendo una delle definizioni tra le più accreditate – si distinguono in quanto, essenzialmente, dei sistemi razionali [3] capaci di '*agire e pensare uma-*

[1] *Treccani online*, voce *Algoritmo*, *https://www.treccani.it/vocabolario/algoritmo/.*

[2] Nell'ambito dello *State-of-the-Art Report* su *Algorithmic decision-making* di *Algo:aware*, studio del dicembre 2018 commissionato dal *DG Connect (Directorate General for Communications Networks, Content and Technology)*, Dipartimento della Commissione Europea, l'agoritmo decisionale (*decision making algorithm*) viene definito più in generale come "*A software system – including its testing, training and input data, as well as associated governance processes – that, autonomously or with human involvement, takes decisions or applies measures relating to social or physical systems on the basis of personal or non-personal data, with impacts either at the individual or collective level.*" e di conseguenza "*the definition of algorithmic decision-making is to be interpreted as a decision taken by a decision-making algorithm*".

[3] S. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Prentice Hall, 2009. Per approfondire, quanto all'ambito più strettamente giuridico, appare utile fare rinvio anche a M. DURANTE, voce *Intelligenza artificiale. Applicazioni giuridiche*, in *Dig. it. Terza appendice di aggiornamento della IV edizione. Disc. Privatistiche*, vol. II, II Agg., 714 ss.



namente'[4]; in grado, cioè, di risolvere problemi imitando quello che sarebbe il comportamento umano in circostanze analoghe. Un sistema intelligente è capace di raccogliere dati da un certo *data-base* o ambiente di riferimento, interpretarli[5] e – alla luce dell'obiettivo da raggiungere – decidere quale sia l'azione o la decisone migliore, quindi agire di conseguenza[6] in modo pressoché automatico[7]. Questo processo decisionale è condotto dalla macchina – a seconda delle tecniche di AI implementate – applicando schemi ragionativi statici ovvero ricorrendo a tecniche di apprendimento automatico (e.g. *machine learning*, *deep learning, reti neurali, decision trees* e altre). Senza entrare nel dettaglio, basti sapere – ai nostri fini – che in quest'ultimo caso la macchina, anziché eseguire regole di comportamento pre-impartite in modo definito, elabora 'da sola' e dinamicamente – in applicazione di algoritmi di apprendimento e adattivi – la regola decisionale; in taluni casi risultando, perciò, anche in grado di rispondere e adattarsi meglio ai cambiamenti dell'ambiente o affinare, con l'esperienza di utilizzo, la capacità di generare un *output* adeguato[8].

Queste tecniche fanno dell'IA uno strumento incredibilmente utile, capace di giungere a decisioni e fare predizioni molto prima ed in modo più accurato di quanto farebbe l'essere umano, per di più in contesti che richiedono l'analisi di enormi quantità di dati – spesso anche non strutturati[9]– altrimenti proibitiva per l'agente umano. I dati sono infatti la materia prima dei processi algoritmici. La diffusione capillare di reti di dati e infrastrutture ICT come *Internet*, l'ascesa di social media e piattaforme digitali, rendono possibile una raccolta massiva di dati da varie fonti – esseri umani, macchine, organizzazioni – forniti spontaneamente, frutto di osservazione o tracciamento (si pensi al diffondersi esponenziale di sensori e del cd. *Internet of Things*), frutto di inferenza: è il caso dei cd. dati derivati e della *Big Data Analytics*[10]. è questa enorme disponibilità di dati[11], unita alla capacità dell'Intelligenza Artificiale di ricavarne 'valore' individuandovi correlazioni – facendo *clustering*, estraendo quindi dai dati, in maniera automatica, informazioni che possono mettere in evidenza tendenze, fenomeni, prevedere esiti e comportamenti[12], profilare utenti[13] – che ha dato e da slancio ad investimenti e applicazioni dell'Intelligenza artificiale in un numero sempre crescente di settori, tanto privati che pubblici, da Banche, Finanza e settore assicurativo, fino al Fisco, l'assistenza sanitaria, l'Agricoltura, l'Ambiente, il Marketing. In tutti questi ambiti, enorme appare il potenziale dell'IA quale *boo-*

---

[4] M. SOMALVICO, F. AMIGONI, V. SCHIAFFONATI, *Intelligenza Artificiale*, in S. PETRUCCIOLI (a cura di), *Storia della scienza*, vol. IX, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2003, 615-624; AA.VV., *Artificial Intelligence and life in 2030*, *One hundred year study on Artificial Intelligence*, Stanford University Press, 2016, p. 5.

[5] Ragionando su di essi o elaborando le informazioni desunte dai dati.

[6] Modificando eventualmente l'ambiente (naturale o virtuale) in cui opera o comunque proponendo un certo output, la soluzione ad uno specifico problema

[7] Cfr. la definizione elaborata dal Gruppo di esperti istituito dalla Commissione europea in High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG), *A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines*, Brussels, 18 dicembre 2018.

[8] *Amplius*, v. Y. BATHAEE, *The Artificial Intelligence Black Blox And The Failure of Intent and Causation*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 31, n. 2, 2018, 890 ss.

[9] È il caso degli algoritmi di auto-apprendimento.

[10] Si veda, anche con riferimento alle rinnovate esigenze di tutela che ciò comporta, F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali e le sfide dell'intelligenza artificiale*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino 2018 (*I diritti nella 'rete' della rete*), 3 ss. (in particolare da p. 40).

[11] Si è parlato infatti della nostra come di una *data-driven society*; PENTLAND, A., *The data-driven society*, in *Scientific American*, Vol. 309, n. 4, 2013, 78-83, stable URL: *https://www.jstor.org/stable/10.2307/26018109.*

[12] M.C. CARROZZA et al., *Automazione e Autonomia: dalla definizione alle possibili applicazioni dell'Intelligenza Artificiale*, in FONDAZIONE LEONARDO, *Statuto Etico e Giuridico dell'IA*, 2019.

[13] Per una definizione e un approfondimento sul tema dell'*automated profiling*, M. HILDEBRANDT, *Defining Profiling: A New Type of Knowledge?*, in M. HILDEBRANDT, S. GUTWIRTH (eds.) *Profiling the European Citizen*, Springer, 2008. *https://doi.org/10.1007/978-1-4020-6914-7_2.*



ster della prosperità umana; come strumento promettente per migliorare il benessere individuale e sociale e il bene comune nonché favorire progresso e innovazione [14].

Qual è, dunque, il problema? L'IA può essere usata, com'è ovvio, per scopi criminali; può essere intrusiva, violare la riservatezza, la vita privata delle persone; soprattutto, può sbagliare [15]. L'uso di sistemi di *Automated Decision Making* può portare a decisioni distorte, dannose per l'essere umano, discriminatorie e lesive dei diritti fondamentali della persona; mette a rischio il diritto dell'uomo ad avere un libero ed equo accesso a beni e servizi,all'in formazione; a non essere manipolato a sua insaputa da forme di *marketing* scorrette, aggressive e invadenti; minaccia, come vedremo, la legittima pretesa a contestare le decisioni lesive assunte da una macchina o, soprattutto, a che queste non siano assunte in modo poco trasparente e sulla base, magari, di dati errati e incompleti [16].

Tutto ciò lo si è compreso bene, forse, dallo scandalo di Cambridge Analytica quando è stato chiaro che i nostri 'Mi Piace' su *Facebook* – meglio, i profili psicometrici che potevano ricavarvisi – oltre che per 'invadere' la nostra privacy, potevano essere utilizzati per 'orientare' le opinioni politiche degli utenti [17] attraverso un *microtargeting* comportamentale. Ma i casi sono innumerevoli; arcinoto quello di COMPAS – acronimo di *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* – sistema di *machine learning* usato da diversi stati americani fin dal 2001 quale *tool* a servizio del giudice per valutare il rischio di recidiva dei condannati e che ha dimostrato, a parità di altre condizioni, di essere discriminatorio nei confronti dei criminali neri afroamericani. Ancora due, curiosi: il sistema di raccomandazione di Amazon [18], nel 2017, che agli avventori che cercavano di acquistare un certo agente chimico sulla piattaforma, suggeriva tra gli articoli 'spesso comprati insieme' altri prodotti che, combinati, avrebbero potuto essere utilizzati per fabbricare un esplosivo artigianale: addirittura un set di pallini per massimizzare la letalità dell'ordigno [19]; il caso di Tay, il *chatter bot* capace di auto-apprendimento sviluppato da Microsoft e lanciato su Twitter nel 2016, "diventato" razzista e antisemita in meno di un giorno [20].

---

[14] sul possibile valore aggiunto di una Intelligenza Artificiale al servizio dell'uomo e della società, si veda lo Studio dell'European Parliamentary Research Service (EPRS), *European framework on ethical aspects of artificial intelligence, robotics and related technologies. European added value assessment*, del Settembre 2020, per cui, in sintesi, "*The analyses of this European added value assessment suggest that a common EU framework on ethics has the potential to bring the European Union €294.9 billion in additional GDP and 4.6 million additional jobs by 2030*".

[15] Cosí si apre il *Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale* della Commissione Europea – COM(2020) 65 final del febbraio 2020: "*L'intelligenza artificiale* […] *cambierà le nostre vite migliorando l'assistenza sanitaria (ad esempio rendendo le diagnosi più precise e consentendo una migliore prevenzione delle malattie), aumentando l'efficienza dell'agricoltura, contribuendo alla mitigazione dei cambiamenti climatici e all'adattamento ai medesimi, migliorando l'efficienza dei sistemi di produzione mediante la manutenzione predittiva, aumentando la sicurezza dei cittadini europei e in molti altri modi che possiamo solo iniziare a immaginare. Al tempo stesso, l'intelligenza artificiale (IA) comporta una serie di rischi potenziali, quali meccanismi decisionali opachi, discriminazioni basate sul genere o di altro tipo, intrusioni nelle nostre vite private o utilizzi per scopi criminali*.".

[16] Tra gli altri, v. B. CASEY, *Title 2.0: Discrimination Law in a Data-Driven Society*, in *J. L. & MOB.*, 2019, p. 36, *https://doi.org/10.36635/jlm.2019.title*; K. CRAWFORD, *The Hidden Biases in Big Data*, in *Harv. Bus. Rev.*, 2013, *https://perma.cc/E95C-TUQU*; si veda anche il nostro E. TROISI, *AI e GDPR: l'Automated Decision Making, la protezione dei dati e il diritto alla 'intellegibilità' dell'algoritmo*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 1/2019, online: *https://universitypress.unisob.na.it/ojs/index.php/ejplt/article/view/1027/276*.

[17] Per approfondire la vicenda: *https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/data-war-whistleblower-christopher-wylie-faceook-nix-bannon-trump; https://www.nytimes.com/2018/03/18/us/cambridge-analytica-facebook-privacy-data.html?*.

[18] Si veda *www.channel4.com/news/potentially-deadly-bomb-ingredients-on-amazon.*

[19] L'algoritmo in questione funziona secondo una logica nota come *collaborative filtering*: se un numero di persone considerevole compra sia X che Y, i due prodotti saranno con grande probabilità correlati; cfr. M. AIROLDI, D. GAMBETTA, *Sul mito della neutralità algoritmica*, in *The Lab's Quarterly*, XX, 4, 2018, 25.

[20] *https://www.theguardian.com/world/2016/mar/29/microsoft-tay-tweets-antisemitic-racism*.



Si è ormai infranto l'iniziale mito della neutralità algoritmica [21]; le macchine intelligenti sono create, programmate e addestrate ('*trained*') da operatori umani e perciò come l'uomo sono fallibili, possono 'ragionare', o 'imparare a ragionare' in modo distorto [22]. Le regole date alla macchina dal suo programmatore – con cui poi questa interpreta la conoscenza e si muove nel suo ambiente di riferimento – possono rifletterne pregiudizi culturali, anche benevoli e non intenzionali [23]. Nei sistemi basati sui dati, come i sistemi di apprendimento automatico, poi, distorsioni possono derivare anche dalla raccolta dei dati, che possono essere insufficienti, incompleti o viziati; dall'addestramento, per *bias* indotte dall'interpretazione umana dei dati, in caso di algoritmi ad apprendimento supervisionato, o – quando *un-supervised* – a causa dell'apprendimento online e dell'auto-adattamento tramite l'interazione con gli utenti (si pensi ai comuni algoritmi di *ranking*). Queste distorsioni possono condurre a decisioni inique [24].

2. – Altro – generale e più grande problema, e che qui maggiormente interessa – è quello dell'opacità, che si riflette sulla possibilità di sindacare la decisione assunta con mezzi automatici [25].

I set di dati, i processi che determinano la decisione degli algoritmi, il perché di una certa decisione che incida la sfera giuridica di una persona dovrebbero essere tracciabili, trasparenti, spiegati; ciò anche per mettere in condizione l'interessato di contestarne i contenuti. Non sempre invece lo sono, o lo sono adeguatamente: vuoi per scelta [26] – per ragioni competitive, di tutela del *know-how* – o per limiti tecnologici: è il caso di quegli algoritmi che propriamente chiamiamo '*black-box*', sistemi i cui meccanismi inferenziali non sono (completamente) prevedibili *ex ante* [27] o che, comunque, non rendono sempre possibile spiegare perché un modello abbia generato un particolare risultato o decisione (e quale combinazione di fattori vi abbia contribuito) [28].

---

[21] M. AIROLDI, D. GAMBETTA, *op. cit*., 29.

[22] J. BURRELL, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 1/2016, 1-12, per cui l'affermazione che gli algoritmi classifichino le informazioni, e quindi decidano, in modo più "oggettivo", non può essere presa alla lettera dato il grado di giudizio umano coinvolto nella progettazione degli algoritmi stessi, in particolare sotto il profilo della definizione dei criteri di *clustering*, la pre-classificazione dei dati di allenamento e la regolazione di soglie e parametri decisionali.

[23] Su come i sistemi di classificazione possano essere e siano concretamente influenzati, anche con conseguenze di notevole portata, dal 'punto di vista' di chi li costruisce, si veda l'interessante lavoro di G.C. BOWKER, S.L. STAR, *Sorting Things Out: Classification and Its Consequences*, Cambridge, MA.

[24] Si veda, sul punto, High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG), *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, 8 April 2019; FONDAZIONE LEONARDO, *Statuto Etico e Giuridico dell'IA*, 2019.

[25] Tra gli altri, J. BURRELL, *op. cit.*, per cui "*opacity seems to be at the very heart of new concerns about 'algorithms'*(operating on data) *among legal scholars and social scientists*".

[26] Il fortunato appellativo di 'Black Box Society' si deve a Frank Pasquale, che magistralmente ne delinea i tratti con espressioni altrettanto evocative quali '*the Secret Judgments of Software*' e '*the Secrecy of Business and the Business of Secrecy*'; cfr. F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard, 2015.

[27] Ma è talvolta possibile – va sottolineato – studiarne il comportamento analizzando le risposte che esso produce a fronte delle sollecitazioni che riceve. Cosiddetti 'explanatory tools'(o post-hoc explanation techniques, c.f.r. J. ZHONG, E. NEGRE, *AI: To interpret or to explain?,* INFORSID, 2021) sono in grado di ricostruire ex-post il funzionamento di taluni modelli decisionali 'opachi'; in particolare risultati del modello esaminato verrebbero spiegati trovando i collegamenti tra le caratteristiche dei dati di input e i risultati o costruendo un modello più semplice per approssimare il modello originale (*ivi*, p. 6); la precisione e affidabilità di queste 'spiegazioni' viene contestata, ad esempio, da C. RUDIN, *Stop explaining black box machine learning models for high stakes decisions and use interpretable models instead*, in *Nature Machine Intelligence*, Vol. 1, n. 5, 2019, 206-215.

[28] J. BURRELL, *op. cit.*, p. 3, con cui si può facilmente concordare, distingue 3 tipologie di opacità degli algoritmi decisionali, che così descrive: "*Three distinct forms of opacity include: (1) opacity as intentional corporate or institutional self-protection*



L'insorgenza di questi problemi e la crescente preoccupazione, anche dovuta al timore che la diffidenza verso i nuovi strumenti tecnologici potesse limitarne la diffusione nel mercato, ha portato all'adozione di una serie di Carte Etiche – di derivazione pubblica o anche privata – a tutti i livelli: internazionale, europeo, nazionale [29].

Muovendo dall'idea secondo cui – poiché la tecnologia digitale diventa una parte sempre più centrale di tutti gli aspetti della vita umana – le persone dovrebbero potersi fidare di tale tecnologia [30] e questa debba essere sviluppata al servizio dell'uomo, essere etica e rispettare i diritti fondamentali, si sono individuati una serie di principi e requisiti cui i sistemi intelligenti, le rispettive applicazioni, i produttori, programmatori ed utilizzatori dovrebbero attenersi. Leva, o una delle principali leve, di questa strategia [31] per una IA '*human-centric'* e '*trustworthy*', per usare le parole del Gruppo di Esperti sull'intelligenza artificiale nominato dalla Commissione europea [32], è proprio la trasparenza [33]. Spesso, presupposto fondamentale per garantire che i diritti umani fondamentali e i principi etici siano rispettati, protetti e promossi [34].

Se l'I.A. deve essere sviluppata al servizio dell'uomo, l'uomo dev'essere messo in grado di servirsene

---

and concealment and, along with it, the possibility for knowing deception; (2) opacity stemming from the current state of affairs where writing (and reading) code is a specialist skill and; (3) an opacity that stems from the mismatch between mathematical optimization in high-dimensionality characteristic of machine learning and the demands of human-scale reasoning and styles of semantic interpretation". V.si anche Y. BATHAEE, *op. cit.*; D. CASTELVECCHI, *Can We Open the Black Box of AI*, in *Nature*, Vol. 538, 2016, 20 ss.

[29] Un tentativo, ben riuscito ma già non completo, di mappare le varie Carte etiche, Dichiarazioni di principi o Linee Guida, suddivise per contesto geo-politico e analizzate per contenuti, lo si deve a A. JOBIN, M. IENCA, E. VAYENA, *Artificial Intelligence: the global landscape of ethics guidelines*, in *Nat. Mach. Intell*., 2019. Per citarne qualcuno tra i più rilevanti: Ad Hoc Expert Group (AHEG) for the preparation of a draft text of a recommendation on the ethics of artificial intelligence, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), *First Draft Of The Recommendation On The Ethics Of Artificial Intelligence*, SHS/BIO/AHEG-AI/2020/4 REV.2, 7 September 2020; Council of Europe, *Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems*, CM/Rec(2020)1; più risalente e limitata al settore Giustizia: European Commission For The Efficiency Of Justice (CEPEJ), *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, December 2018; nell'ambito dell'Unione Europea: High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG), *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, 8 April 2019; in Italia si segnala il documento a cura della Task force sull'Intelligenza Artificiale dell'Agenzia per l'Italia Digitale, *Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino*, 2018. Tra le dichiarazioni di principi di matrice privata, celebre quella redatta in seno al Future of Life Institute e sottoscritta da circa 1800 ricercatori e quasi 4000 altri *endorsers*, alcuni celebri come Stephen Hawking o colossi del digital market come Elon Musk e Jaan Tallinn: *The Asilomar AI Principles*, 2017, *https://futureoflife.org/ai-principles/*.

[30] Così la Commissione Europea, *White Paper on Artificial Intelligence. A European approach to excellence and trust*, COM(2020) 65, 19 febbraio 2020.

[31] Europea; si veda Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions, *Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence*, COM(2019) 168 final, 8 april 2019.

[32] Si veda il già citato High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG), *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, 8 April 2019.

[33] Così nel già citato documento dello Ad Hoc Expert Group (AHEG) for the preparation of a draft text of a recommendation on the ethics of artificial intelligence, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), *First Draft of The Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*, SHS/BIO/AHEG-AI/2020/4 REV.2, 7 September 2020, III (2) §39, secondo cui cui "*transparency may contribute to trust from humans for AI systems".* Si veda anche il documento stilato dal National Institute of Standards and Technology (NIST) statunitense: AA.VV., *Four Principles of Explainable Artificial Intelligence*, disponibile online, nella versione di bozza, col seguente doi: *https://doi.org/10.6028/NIST.IR.8312-draft*.

[34] Cosí, testualmente, Ad Hoc Expert Group (AHEG) UNESCO, Ibid., III (2) §37. Sul rapporto tra trasparenza e fiducia v.si H. FELZMANN, E. FOSCH-VILLARONGA, C. LUTZ, A. TAMÓ-LARRIEUX, *Transparency you can trust: transparency requirements for artificial intelligence between legal norms and contextual concerns*, in *Big Data & Society*, 1/2019, 1-14; J. SCHOEFFERA, Y. MACHOWSKIA, N. KUEHLA, *A Study on Fairness and Trust Perceptions in Automated Decision Making*, 2021, online su *arXiv*: *arXiv:2103.04757v1*.



consapevolmente [35]: ha il diritto di essere sempre a conoscenza del fatto che sta interagendo con un sistema di IA [36]; deve poterne capire lo scopo, le capacità e le modalità di funzionamento (si parla di '*explicability*') e le decisioni, per quanto possibile, devono poter essere spiegate a coloro che ne sono direttamente o indirettamente interessati [37] (si parla di '*explainability*' [38]) affinché possano (c.f.r. '*contestability*') sindacarne le modalità e il contenuto, potendo a questo scopo ricorrere all'intervento umano.

3. – Posto, dunque, un pacifico dovere etico di trasparenza dell'algoritmo [39] e di spiegazione della (singola) decisione raggiunta con mezzi automatizzati, occorre chiedersi se esista – e in che termini (cioè con quale ampiezza) – un corrispondente diritto sul piano dello *ius positum* – e quali siano i suoi limiti, di natura giuridica ma anche tecnologica.

Quadro giuridico generale [40] di riferimento, almeno nei casi in cui il trattamento decisionale automatizzato riguardi dati personali è dato dal Regolamento (EU) 2016/679 (in sigla, GDPR) [41]. L'articolo 22 del Regola-

---

[35] AA.VV., *Paper sui Principi etici*, in FONDAZIONE LEONARDO, *Statuto Etico e Giuridico dell'IA*, 2019.

[36] Così §78, High-Level Expert Group on Artificial Intelligence – Ethics Guidelines for Trustworthy AI, 8 April 2019..

[37] Così High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG), IBID., §53.

[38] Alla explainability si riferisce il punto III (2) §40 della richiamata Proposta di Raccomandazione UNESCO sulla'etica dell'IA., Cit., per cui *"Explainability refers to making intelligible and providing insight into the outcome of AI systems. The explainability of AI systems also refers to the understandability of the input, output and behaviour of each algorithmic building block and how it contributes to the outcome of the systems. Thus, explainability is closely related to transparency, as outcomes and sub-processes leading to outcomes should be understandable and traceable, appropriate to the use context".*

[39] Secondo quanto risulta dallo studio condotto nel 2019 da A. JOBIN, M. IENCA, E. VAYENA, *op. cit.*, 7 ss., 'Transparency' è il principio più diffuso nella letteratura attuale, presente in 73 degli 84 documenti analizzati, sebbene con diverse sfumature di significato, riassunte dalle locuzioni: 'transparency, explainability, explicability, understandability, interpretability, communication, *disclosure, showing'.*

[40] Disposizioni specifiche possono trovarsi, invece, ad esempio, nell'ambito della normativa a tutela dei consumatori; per una panoramica della situazione e dei problemi specifici, si v, tra gli altri, M. GROCHOWSKI, A. JABLONOWSKA, F. LAGIOA, G. SARTOR, *Algorithmic transparency and explainability for EU Consumer Protection: unwrapping the regulatory premises*, in *Critical Analysis of Law*, Vol. 8, n. 1, 2021, 43-63.

[41] Il 21 aprile 2021 la Commissione UE ha pubblicato una proposta di Regolamento per l'intelligenza artificiale, il c.d. AI Act, con cui si intende definire il quadro regolatorio per lo sviluppo e immissione in commercio di sistemi di intelligenza artificiale. Secondo un approccio regolatorio progressivo basato sul rischio – che può essere inaccettabile (per cui il sistema viene vietato), alto, oppure basso o minimo – i sistemi IA considerati ad alto rischio saranno consentiti sul mercato europeo subordinatamente al rispetto di determinati requisiti obbligatori e previa certificazione di conformità. Tra questi requisiti c'è la trasparenza. L'art.13 del Proposal dispone infatti che i sistemi ad alto rischio siano progettati e sviluppati in modo tale da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire agli utenti di interpretare l'output del sistema e utilizzarlo adeguatamente, e siano forniti con precise istruzioni per un uso appropriato. Per gli altri sistemi, reputati a rischio minore, sono imposti soltanto obblighi di trasparenza molto limitati, ad esempio in termini di fornitura di informazioni per segnalare l'utilizzo di un sistema di IA nelle interazioni con esseri umani; peraltro con deroghe ampie e già oggetto di diverse critiche (si pensi ad esempio alla non applicabilità dell'obbligo di trasparenza ai sistemi di riconoscimento biometrico usati a fini di prevenzione e accertamento di reati). Non è questa la sede adatta per estendere il discorso all'analisi dell'impianto normativo dell'AI Act; tuttavia, non si possono trascurare alcuni brevi rilievi. Innanzitutto, posto che l'Intelligenza artificiale richiede un massivo trattamento di dati, molto spesso personali, è di tutta evidenza che il futuro Regolamento sull'AI dovrà funzionare in modo complementare al GDPR, armonizzandosi con le previsioni e gli obblighi di quest'ultimo, eventualmente specificandolo e/o integrandolo con riferimento alle peculiarità dei sistemi 'intelligenti'; tuttavia – proprio in un punto di un chiaro raccordo tra le due discipline (anche di principio) – il Proposal sembra carente, col rischio di ingenerare vuoti normativi (anche gravi) o incertezze, finanche in ordine ai ruoli e alle competenze delle Autorità di controllo coinvolte. Oltre però alle perplessità connesse alla mancanza di un'adeguata armonizzazione col Regolamento generale per la protezione dei dati (per le censure si rinvia al Parere congiunto n.5/2021 di EDPB e GEPD sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale; online qui: *https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpbedps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-52021-proposal_en*), ciò che preoccupa della proposta in commento è l'ina-



mento [42] espressamente sancisce il diritto dell'interessato a "*non essere sottoposto ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione* [43]*, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*". Il divieto, ai sensi del paragrafo 2 dello stesso articolo, non si applica solo se, e nella misura in cui i trattamenti decisionali automatizzati sono necessari per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento oppure siano basati sul consenso dell'interessato [44].

Sorvolando sulla portata di questa deroga – peraltro non l'unica [45] – che ammette, sostanzialmente,

---

deguatezza, sotto il profilo della previsione di meccanismi di tutela (anche per le molte deroghe) e redress – cioè meccanismi che consentano agli utenti che subiscono decisioni automatizzate pregiudizievoli di ottenere un rimedio diretto – (assenti), a superare la disciplina dell'art. 22 GDPR, che non copre l'intero ambito di applicazione dei sistemi decisionali automatizzati potenzialmente dannosi ed è – come si vedrà –per molti versi precaria, perciò oggetto di annosa critica in dottrina. Anche sotto lo specifico profilo della trasparenza, non essendo sempre possibile – anche per i limiti tecnologici di cui diremo *infra* – ottenere una previa spiegazione comprensibile dei risultati prodotti dalla macchina, l'EDPB e il GEPD non mancano di segnalare (v. parere congiunto n.5/2021, cit., spec. §72) come il regolamento sull'Intelligenza artificiale dovrebbe promuovere modalità nuove, più proattive e tempestive per informare gli utenti dei sistemi di IA in merito allo status decisionale in cui si trova il sistema in ogni momento, predisponendo allarmi rapidi su risultati potenzialmente nocivi affinché le persone i cui diritti e le cui libertà potrebbero essere compromessi dalle autonome decisioni della macchina siano in grado di reagire o impugnare le decisioni in questione.

[42] Non si tratta, peraltro, di un'assoluta novità legislativa, posto che il problema del trattamento decisionale automatizzato era già affrontato, con una previsione di divieto meno ampia di quella attuale, dall'art. 15 e dal considerando 41 della Direttiva 95/46/CE. *Amplius*, tra gli altri, L.A. BYGRAVE, *Automated Profiling: Minding the Machine: Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling*, in *Comput. Law Secur. Rev.*, 17, 2001, 17-24.

[43] Di trattamento automatizzato il Regolamento non dà una precisa definizione, l'art. 22 (1) vi include però espressamente la profilazione. Ai sensi dell'art. 4, per profilazione, nell'ambito del GDPR, si intende qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di questi per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare e prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica". La profilazione è quindi una specie di trattamento automatizzato che consiste nell'esercizio, da parte di un software, un motore inferenziale, di un'operazione deduttiva capace di ricavare cioè da una certa quantità di dati inseriti in un data-set – analizzati e individuate tra loro, automaticamente, delle correlazioni statistiche – altri dati relativi a caratteristiche o schemi comportamentali attribuibili ad un determinato individuo o gruppi di essi al fine di classificarlo/i in precisi gruppi o categorie e/o predirne probabili comportamenti futuri.

[44] Va sottolineato che sono in ogni caso vietati i trattamenti automatizzati e le profilazioni che coinvolgano i dati sensibili di cui all'art. 9 del GDPR, salvo che l'interessato abbia prestato il proprio consenso esplicito o questo sia consentito da apposita base normativa nel diritto dell'Unione o degli Stati Membri e purché, anche in questo caso, il trattamento sia necessario per motivi di interesse pubblico e proporzionato alla finalità perseguita. I dati trattati poi, ai sensi dell'art. 5 del Regolamento, perché il trattamento (automatizzato) sia lecito, devono, com'è noto, essere raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; come è stato opportunamente rilevato, l'apprendimento automatico alla base di sistemi ML coinvolge *set* di dati esistenti ed altri flussi di dati in tempo reale in processi dinamici complessi e dagli esiti a volte non completamente prevedibili, difficili da conciliare con l'esigenza di una compiuta individuazione anticipata delle finalità del trattamento cui acconsentirsi *ex ante*, al punto che taluno arriva a revocare in dubbio la stessa possibilità di esprimere un consenso realmente informato a trattamenti affidati a sistemi *black-box* (v. C. KUNER, D.J.B. SVANTESSON et al., *Machine learning with personal data: is data protection law smart enough to meet the challenge?*, in *International Data Privacy Law*, vol. 7, n. 1, 2017, 1 ss.).

[45] il GDPR ammette pure, infatti, che possa essere consentito – ai sensi del paragrafo 2, lettera b) dell'articolo in esame – adottare decisioni sulla base di un trattamento automatizzato in altre singole ipotesi previste da apposita norma autorizzativa del diritto dell'Unione o dello Stato Membro cui è soggetto il titolare del trattamento; ciò eccezionalmente pur in assenza del consenso dell'interessato e sempre che siano, anche qui, adottate misure adeguate alla tutela delle persone fisiche coinvolte. Secondo il Considerando 71 del Regolamento queste ipotesi possono includere, ad esempio, l'utilizzo di trattamenti informatizzati a fini di monitoraggio o prevenzione di frodi od evasione fiscale, ma in ogni caso deve ritenersi necessario – a parere di chi scrive – che il ricorso a tali meccanismi risulti giustificato alla luce del perseguimento di scopi di rilevante interesse pubblico e la relativa compressione dei diritti e delle libertà dei soggetti coinvolti sia proporzionata. In questi casi il Regolamento si limita a prescrivere l'obbligo per il legislatore di prevedere misure adeguate a tutela dei singoli ma il diritto a richiedere l'intervento umano e a contestare eventualmente la decisione non risulta assicurato dal paragrafo 3 dell'art. 22 (come invece negli altri casi esaminati), seppur nulla toglie, ovviamente, che le norme autorizzative di tali trattamenti, nel prevedere le salvaguardie richieste, possano predisporre forme di tutela anche più ampie.



l'*Automated Decision Making* in presenza di tutte quelle condizioni autorizzative per così dire "consensuali" [46] – che sarebbero idonee, almeno in teoria, ad assicurare una più ampia consapevolezza dell'interessato [47] – si prevede che nelle ipotesi in cui il trattamento decisionale automatizzato sia consentito, il titolare del trattamento ha il dovere – ai sensi del paragrafo 3 dell'esaminando art. 22 GDPR – di adottare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi del *data subject*, e tra questi, in particolare, è tenuto in ogni caso a garantirgli il diritto ad ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestarne la decisione.

Ulteriori prescrizioni per il caso di trattamenti decisionali automatizzati così come definiti dall'art. 22 sono contenute negli articoli 13 (2)(f),14 (2)(g) e 15 (1)(h) del Regolamento.

Queste disposizioni, con formulazione identica, prevedono – nel caso degli articoli 13 e 14 nell'ambito dell'informativa, nel caso dell'art. 15 quale portato del diritto di accesso – che l'interessato ha il diritto di essere informato circa "*l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione, di cui all'art. 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi,* [a ricevere, *n.d.a.*] *informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato*".

Sulla base di queste norme, il titolare del trattamento (decisionale automatizzato, s'intende) è tenuto dunque a uno specifico dovere di informazione, e quindi di trasparenza (che coinvolga: esistenza di un processo decisionale automatizzato/informazioni significative sulla logica dell'algoritmo/importanza e conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato); e se è vero – come è stato sostenuto – che nell'intero discorso prescrittivo del GDPR, l'obiettivo della sicurezza della circolazione dei dati personali risulta affidato a una strategia incentrata, anzitutto, sulla trasparenza dei processi di trattamento dei dati [48], è evidente che il dovere di trasparenza in questione deve interpretarsi, in ogni caso, come un *quid pluris* – qualcosa in più – rispetto al 'contenuto minimo' dell'Informativa già dovuta per qualsivoglia trattamento. Ogni altra interpretazione, di senso cioè 'riduttivistico', renderebbe, infatti, del tutto superflua la specificazione del legislatore europeo; senza contare che una norma di maggiore tutela ben si giustificherebbe per la maggiore lesività (potenziale) dell'ADM [49], che il legislatore decide per l'appunto di regolare con una previsione di divieto.

Percorrendo questa direttrice, l'informazione di cui agli articoli 13 (2)(f),14 (2)(g) e 15 (1)(h) del Rego-

---

Amplius, v. MALGIERI, G., *Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other "suitable safeguards" in the national legislations*, in *Computer Law & Security Review*, 35(5), 2019, *http://dx.doi.org/10.1016/j.clsr.2019.05.002*.

[46] Si v. il nostro E. TROISI, *AI e GDPR: l'Automated Decision Making, la protezione dei dati e il diritto alla 'intellegibilità' dell'algoritmo*, cit.

[47] Con la conseguenza che deve ritenersi illegittimo in tutti i casi in cui l'interessato non vi abbia acconsentito espressamente attraverso una propria consapevole manifestazione di volontà, o direttamente, o nell'ambito di un più complesso rapporto contrattuale, sul presupposto però, in quest'ultimo caso, che il trattamento automatizzato sia da considerarsi necessario alla conclusione o all'esecuzione dell'accordo. Questo in punto di diritto; per chi voglia approfondire invece il tema dell'efficacia del meccanismo del consenso informato in ambiente digitale ad assicurare la consapevolezza, e quindi la tutela dell'interessato, si fa rinvio a I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, 67-106; e al recente L. GATT, I.A. CAGGIANO, R. MONTANARI (eds.), *Privacy and Consent. A Legal and UX&HMI Approach for Data Protection*, Suor Orsola University Press, 2021, che affrontano il tema con approccio empirico e dignità statistica, accompagnando alla lettura giuridica l'analisi comportamentale.

[48] Cfr. R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contratto e Impresa*, 3/2019, p. 861.

[49] Quando il trattamento automatizzato è anche idoneo a produrre effetti giuridici o comunque a incidere in modo analogo significativamente sulla persona i cui dati sono trattati, non è più soltanto la privacy del data-subject ad essere in pericolo ma il suo diritto a non essere discriminato, ad avere un libero ed equo accesso a beni e servizi, a non essere manipolato a sua insaputa da forme di marketing scorrette, aggressive e invadenti, ma anche la legittima pretesa a contestare le decisioni lesive di una macchina o, soprattutto, a che queste non siano assunte in modo poco trasparente e sulla base, magari, di dati errati e incompleti.



lamento (e quindi la 'logica dell'algoritmo' e le 'conseguenze previste') deve consistere certamente in qualcosa di più della indicazione in forma coincisa, chiara, facilmente accessibile ed intellegibile [50] delle categorie di dati trattati e delle finalità del trattamento, oltreché della modalità automatizzata dello stesso [51]. Il dubbio è se un tale dovere di trasparenza si spinga però fino a poter considerare giuridicamente sancito, sul piano del diritto positivo, un diritto del soggetto interessato dal trattamento alla '*disclosure*' dell'algoritmo – cioè quantomeno a qualcosa in più della generale logica funzionale implicata dal sistema, un diritto ad 'aprire la scatola nera' [52] e guardarci dentro – e, di più ancora, un diritto alla 'spiegazione' della specifica decisione che lo riguarda e che incida sulla sua sfera giuridica: le ragioni, le circostanze individuali per cui una precisa decisione, con un preciso contenuto, sia stata adottata dall'algoritmo nei suoi riguardi [53].

Com'è stato acutamente osservato [54] le prescrizioni di cui agli artt. 13(2)(f) e 14(2)(g), che impongono un dovere di trasparenza da assolversi, appunto, nell'ambito dell'informativa privacy – in un momento, quindi, logicamente precedente al trattamento decisionale – non possono che riferirsi alla generale funzionalità dell'algoritmo e al tipo di decisioni normalmente attese dal suo funzionamento con valutazione astratta ed *ex ante* ('conseguenze *previste*' dice infatti il testo normativo). Il contenuto del diritto conoscitivo dell'interessato – riferito a queste basi giuridiche – è quindi necessariamente limitato e sicuramente inidoneo a fondare un dovere di 'motivazione' della decisione automatica. Tuttavia il riferimento alle "informazioni significative", alla "importanza" e le "conseguenze previste" per l'interessato impongono al titolare del trattamento, se non certo una *disclosure* dell'algoritmo [55], quantomeno di fare luce, in modo accessibile a tutti, sui principali criteri di funzionamento dello stesso [56], fornendo anche "informazioni sul trattamento previsto o futuro,

---

[50] Considerando 39 GDPR.

[51] Per B. GOODMAN, S. FLAXMAN, *European Union Regulations on algorithmic decision-making and a "right to explanation"*, in *AI Magazine*, vol. 38, n. 3, 2017, 50-57 oppure online: *https://arxiv.org/abs/1606.08813v3*, "*It is reasonable to suppose that any adequate explanation would, at a minimum, provide an account of how input features relate to predictions, allowing one to answer questions such as: Is the model more or less likely to recommend a loan if the applicant is a minority? Which features play the largest role in prediction?*".

[52] l'espressione è di Messinetti; v. R. MESSINETTI, *op. cit.*

[53] Si tenga presente che il Considerando 71 del GDPR menziona espressamente il diritto alla "spiegazione" dell'interessato, in tali termini: "Il trattamento dovrebbe essere subordinato a garanzie adeguate, che dovrebbero comprendere la *specifica informazione all'interessato* e il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una *spiegazione della decisione* conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione (il corsivo è nostro)." Come fanno notare però S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, vol. 7, n. 2, 2017, 76-99, dopo un'attenta analisi di tutti i lavori preparatori, tale formulazione, originariamente inserita nella proposta di Regolamento, è in seguito espunta dal testo infine sottoposto ad approvazione legislativa. Ricostruisce la genesi della disposizione anche C. DJEFFAL, *The normative potential of the European rule on Automated Decisions: a new reading for Art. 22 GDPR*, in *ZaöRV* 80/2020, 847-879.

[54] S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *op. cit.*

[55] nel senso della non necessarietà della *divulgazione dell'algoritmo*, per adeguarsi al livello minimo di trasparenza richiesto dal Regolamento, v.si Article 29 Working Party's *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, n. 251 del 3 Ottobre 2017, per cui, nel versione italiana del testo: "Il regolamento impone al titolare del trattamento di fornire informazioni significative sulla logica utilizzata, ma *non necessariamente una spiegazione complessa degli algoritmi utilizzati o la divulgazione dell'algoritmo completo* (il corsivo è nostro).".

[56] La complessità non è una scusa per non fornire informazioni all'interessato. Il Considerando 58 al GDPR afferma che il *principio di trasparenza* è "particolarmente utile in situazioni in cui la molteplicità degli operatori coinvolti e la *complessità tecnologica* dell'operazione fanno sì che sia difficile per l'interessato comprendere se, da chi e per quali finalità sono raccolti dati personali che lo riguardano, quali la pubblicità online (*corsivo* nostro)". Alla luce di un'interpretazione che guardi al contesto delle disposizioni regolamentari – in particolare ai requisiti di chiarezza, intelligibilità, accessibilità, semplicità di linguaggio che presidiano all'informazione cui ha diritto in via generale l'interessato soggetto a un trattamento dei propri dati personali ex art. 12 (1) GDPR – deve escludersi che il legislatore europeo voglia riferirsi ad un dovere di *mera 'disclosure' dell'algoritmo*, soprattutto se inteso nella sua veste mate-



nonché sulle possibili conseguenze del processo decisionale automatizzato sull'interessato"[57] Le informazioni fornite dovrebbero tuttavia essere sufficientemente complete perché l'interessato possa comprendere i motivi alla base della decisione[58] ed esprimere un valido consenso ai sensi dell'art. 4 GDPR[59]. Si pensi ad una pratica di finanziamento interamente gestita online per cui una banca si affidi ad algoritmi di profilazione per individuare il punteggio di affidabilità creditizia della persona richiedente (*credit scoring*) e decidere quindi se concedere o respingere il prestito e quale tasso d'interesse proporre[60]. Laddove la decisione si basi *unicamente* (art. 22 GDPR) o comunque *sostanzialmente* su tale punteggio, il titolare del trattamento dovrà spiegare all'interessato che sarà valutato da un algoritmo e come questo funziona – non la formula matematica, bensì in che modo il sistema 'ragiona' – quindi, quali informazioni sono prese in considerazione (es. *situazione lavorativa e reddituale; grado di indebitamento; storia creditizia; ecc*.); quali sono le fonti (es. *dati forniti dall'interessato nel modulo di domanda o ottenuti da terzi; dati già raccolti in occasione di precedenti rapporti; informazioni derivanti da pubblici registri; ecc*.); quali circostanze incidono maggiormente sulla decisione e in che modo (es. individuando una possibile casistica; facendo ricorso a simulazioni); come sono classificati gli utenti (quanti e quali sono i *ranks* considerati, in base al punteggio); come e quanto lo *score* incide sulla domanda di credito. Per rendere queste informazioni (*cfr*. i*mportanza* e *conseguenze previste* di tale trattamento) *significative* e comprensibili, dovrebbero essere forniti esempi reali e concreti del tipo di possibili decisioni ed effetti per l'interessato.[61] Il titolare del trattamento dovrà anche spiegare brevemente all'interessato quali misure adotta per evitare, ad esempio, malfunzionamenti e distorsioni dell'algoritmo, e informarlo che ha diritto a chiedere il riesame della decisione invocando l'intervento umano (*cfr.* art. 22(3) GDPR). Oltre a questo[62], dovrebbe anche chiarire che l'utente ha diritto a conoscere (avere *accesso* a) il *pun-*

---

matica come cioè *architettura di sistema*, dovendosi piuttosto ritenere che quello che qui interessa, e compete al titolare del trattamento esplicare – magari in aggiunta alla funzione matematica che sostanzia l'algoritmo in questione – è la sua *concreta implementazione*: il *contesto* in cui è applicato, gli *scopi perseguiti*, le *tecniche applicate* e magari anche degli *esempi circa il suo concreto funzionamento*. Solo allegando tali circostanze all'informativa dovrebbe potersi ritenere assolto quel *dovere "esplicativo"* che il legislatore sembrerebbe richiedere.

[57] In tal senso si esprime Article 29 Working Party, *op. cit.*, aggiungendo anche che "*per rendere queste informazioni significative e comprensibili, dovrebbero essere forniti esempi reali e concreti del tipo di possibili effetti*".

[58] Cosí, testualmente, Article 29 Working Party, *op. cit.*

[59] A tal proposito, si veda, ad esempio, la recente Cass., sez. I, 25 maggio 2021 n. 14381 (ord.) sulla validità del consenso reso dall'utente che non è venuto preventivamente a conoscenza dello schema esecutivo di un algoritmo (nel caso di specie un algoritmo di *rating*, impiegato da parte resistente per l'elaborazione di profili reputazionali degli utenti); nel cassare la pronuncia di merito la Suprema Corte, parlando proprio di "*scarsa trasparenza dell'algoritmo*" ha infatti affermato che "in tema di trattamento di dati personali, il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato" con la conseguenza che "nel caso di una piattaforma web (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche, incentrata su un sistema di calcolo con alla base un algoritmo finalizzato a stabilire i punteggi di affidabilità, *il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati*" (il corsivo è nostro).

[60] La fattispecie è evocata nel Considerando 71 del Regolamento.

[61] I corsivi si riferiscono alla lettera degli artt. 13(2)(f) e 14(2)(g) GDPR.

[62] Se fin qui si resta in area – per così dire – speculativa, oltre che generale, quando si tratti di attività procedimentale algoritmizzata della Pubblica Amministrazione, quando cioè sistemi decisionali automatizzati siano usati in sede decisoria pubblica, il contenuto minimo del dovere di trasparenza imposto al titolare del trattamento (in questo caso, un soggetto pubblico nell'esercizio di un potere autoritativo) è ben più definito (e – deve ritenersi – marcato), grazie al già intenso contributo interpretativo della giurisprudenza. Il Consiglio di Stato, in particolare, nella pronuncia n. 8472/2019 (v.si commenti di A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2020, 366 ss.; M. TIMO, *Algoritmo. Il Procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio Di Stato*, in *Giur. it*., 2020, 5, 1190 ss.) – in parte richiamando ma superando il precedente n. 2270/2019 – con statuizione di principio, afferma (para 15.1), nell'interpretare quello che definisce *principio di conoscibilità*, ovvero il principio – introdotto dal GDPR – per cui per cui ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che



teggio assegnatogli dall'algoritmo e i motivi – cioè gli antecedenti logici – di questa classificazione; ma ci arriviamo subito.

Se, come detto, si può facilmente convenire che gli obblighi di trasparenza di cui agli artt. 13(2)(f) e 14(2)(g) non paiono idonei a fondare un vero e proprio diritto del *data subject* alla spiegazione *ex post* della decisione automatizzata, non convince invece un'interpretazione altrettanto restrittiva dell'art. 15(1)(h) del Regolamento, variamente fondata, in dottrina, sul dato letterale della disposizione [63] – identica alle preceden-

---

lo riguardino ed in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata, che "*tale diritto* […] *va accompagnato da meccanismi in grado di decifrarne la logica. In tale ottica, il principio di conoscibilità si completa con il principio di comprensibilità* […]". Più in particolare, chiarisce come (para 13.1) "*il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) debba essere 'conoscibile', secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico. Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti";* la "formula tecnica" deve essere cioè corredata "*da spiegazioni che la traducano nella "regola giuridica" ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile*". Ciò "*al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato*." L'assenza di un tale livello minimo di *comprensibilità* (possiamo dire, spiegazione) dell'algoritmo costituisce, di per sé, a parere del Consiglio di Stato, un vizio tale da inficiare l'intera procedura (e i suoi esiti provvedimentali) per esserne l'intero metodo censurabile per difetto di trasparenza. È chiaro tuttavia, e lo rende esplicito l'Estensore del citato provvedimento, che una tale interpretazione delle norme del Regolamento sulla protezione dei dati, di taglio generale e perciò applicabili sia a decisioni assunte da soggetti privati che, come in questo caso, da soggetti pubblici, risente però, in quest'ultimo caso, della concorrente efficacia dei principi già informanti l'agire pubblico: in particolare, il *principio di conoscibilità* di cui al GDPR, interpretato nei termini suddetti, costituisce nell'ipotesi di specie, più che altro, "*diretta applicazione specifica dell'art. 42 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali ("Right to a good administration"), laddove afferma che quando la Pubblica Amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti, ed, infine, […] di 'dare le ragioni della propria decisione*'". Più diffusamente, sulla trasparenza e la necessaria 'comprensibilità dell'algoritmo decisionale usato nell'esercizio dell'attività amministrativa, si veda G. FASANO, *L'intelligenza artificiale nella cura dell'interesse generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2020, 715 ss.

In Francia è il legislatore che con la LOI n. 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (*https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/10/7/ECFI1524250L/jo/texte*) ha modificato il Code des relations entre le public et l'administration prevedendo l'introduzione dell'art. L. 311-3-1 per cui"*Sous réserve de l'application du 2° de l'article L. 311-5, une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique comporte une mention explicite en informant l'intéressé. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande*". Norma ulteriormente specificata con il Décret n. 2017-330 du 14 mars 2017 relatif aux droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique (*https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/3/14/PRMJ1632786D/jo/texte*) che ha introdotto i seguenti Art. R. 311-3-1-1 ("*La mention explicite prévue à l'article L. 311-3-1 indique la finalité poursuivie par le traitement algorithmique. Elle rappelle le droit, garanti par cet article, d'obtenir la communication des règles définissant ce traitement et des principales caractéristiques de sa mise en œuvre, ainsi que les modalités d'exercice de ce droit à communication et de saisine, le cas échéant, de la commission d'accès aux documents administratifs, définies par le présent livre*") e Art. R. 311-3-1-2 ("*L'administration communique à la personne faisant l'objet d'une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique, à la demande de celle-ci, sous une forme intelligible et sous réserve de ne pas porter atteinte à des secrets protégés par la loi, les informations suivantes: 1°) Le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision; 2°) Les données traitées et leurs sources; 3°) Les paramètres de traitement et, le cas échéant, leur pondération, appliqués à la situation de l'intéressé; 4°) Les opérations effectuées par le traitement*). I principi sono peraltro oggetto della Décision n. 2018-765 DC du 12 juin 2018 del Conseil Constitutionnel che pare darne una lettura restrittiva. Disponibile al link: *https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018765DC.htm*. Sulla decisione algoritmica nell'ordinamento francese si sofferma anche G. MALGIERI, *Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other "suitable safeguards" in the national legislations*, cit., 13 ss. Si veda anche nota 102 *infra*.

[63] Cosi S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *op. cit.*; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e diritto. Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it*., 2019, 7, 1657, per cui non esisterebbe un pieno diritto alla spiegazione nell'art. 15 del Regolamento, ostandovi il dato letterale della disposizione, ipotesi di "mancata sintonia" fra la norma e il Considerando 71 del Regolamento.



ti [64] – o sull'assunto che il diritto d'accesso abbia il medesimo contenuto e la medesima finalità del diritto all'informativa [65]. Nel quadro delle norme analizzate – che il GDPR prevede a tutela della persona fisica in caso di *Automated Decision Making* – il potere di controllo attribuito all'interessato si declina, oltre che nel diritto all'informazione, in quello di ottenere l'intervento umano e soprattutto di contestare la decisione prodotta dal sistema automatizzato [66]. In questo sistema di salvaguardia dell'interessato, che fonda sulla volontà – sul consenso in senso lato – la liceità del trattamento decisionale automatizzato, l'informativa – come l'abbiamo delineata – assolve l'importante funzione di permettere all'interessato di esercitare, con cognizione, il suo diritto di gestione dei consensi [67], mentre il diritto d'accesso assommerebbe a questa medesima funzione anche quella, ulteriore (in questo specifico contesto), di consentire una contestazione effettiva – perché debitamente informata – della decisione nociva.

A dispetto di una formulazione pressoché identica delle disposizioni di cui agli articoli 13 (2)(f) e14 (2)(g), da un lato, e dell'art. 15 (1)(h), dall'altro, non è possibile farne un'interpretazione simmetrica: mentre nell'ambito dell'informativa le informazioni dovute non possono che riferirsi alla *generale funzionalità dell'algoritmo* e al tipo di *decisioni normalmente attese dal suo funzionamento*, nel caso del diritto d'accesso è più opportuno interpretare estensivamente la norma, traendone un dovere di informazione, in capo al titolare del trattamento, più pregnante e dettagliato e che attenga alla *specifica decisione* – eventualmente già adottata dal sistema nei confronti dell'interessato – e ai passaggi inferenziali che hanno portato (la macchina) a *quel* dato output: [68] una spiegazione *ex post*.

Riprendendo l'esempio del prestito online, è ragionevole pensare – su queste premesse – che il diritto d'accesso riconosciuto dal GDPR all'interessato – il nostro richiedente – si estenda allo *score*, e cioè al profilo, assegnatogli dall'algoritmo reputazionale che ne definirebbe l'affidabilità creditizia; questo è infatti, a tutti gli effetti – a ben vedere – un suo dato personale, *prodotto* di un processo di profilazione e dunque decisivo ai fini della domanda di credito cui ha interesse. Conoscere questo dato, oltre che un diritto dell'interessato (art. 15 GDPR), è anche essenziale perché possa, ad esempio, valutarne l'esattezza, chiederne magari la rettifica (o in generale esercitare gli ulteriori diritti sui propri dati di cui agli artt. da 16 a 20 del Regolamento) [69]; contestare

---

[64] Per S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *op. cit.*, la disposizione, cennando anche in questo caso alle "conseguenze previste" del trattamento decisionale farebbe pacificamente riferimento, anche qui, ad una 'spiegazione' necessariamente ex ante, e pertanto limitata.

[65] In questo senso, Article 29 Working Party, *op. cit.*, che, nella versione italiana del documento, conclude come segue: "*L'articolo 15, paragrafo 1, lettera h), afferma che il titolare del trattamento deve fornire all'interessato informazioni sulle conseguenze previste del trattamento, piuttosto che una spiegazione di una particolare decisione*".

[66] R. MESSINETTI, *op. cit.*; C. MALGIERI, G. COMANDÈ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, n. 4; M.E. KAMINSKI, *The Right to Explanation, Explained*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 34, 2019, 189-218.

[67] Inclusa la revoca, se del caso, ovvero l'esercizio del diritto di opposizione di cui all'art. 21 del GDPR, tanto per fare degli esempi; quest'ultimo, l'opposizione, particolarmente rilevante nella configurazione di cui al paragrafo 2 dell'art. 21 del Regolamento, quale diritto *incondizionato* dell'interessato ad opporsi al trattamento dei suoi dati personali per finalità di marketing diretto e quindi, in buona sostanza, alla profilazione (nella misura in cui sia connessa a tale marketing diretto), peraltro a prescindere dal fatto che abbia o meno luogo un processo decisionale *unicamente* automatizzato (e cioè che si rientri nell'applicazione dell'art. 22 GDPR). Di un ruolo dell'Informativa quale strumento volto ad avviare un controllo dell'interessato sul procedimento in cui si concreta l'attività di trattamento, parla I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, *op. cit.*, che cita S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il potere della revoca* in AA.VV., *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. PANETTA, t. I, Milano, 2006, 1004.

[68] Di questo avviso, tra gli altri: G. MALGIERI, G. COMANDÈ, *Right to legibility of automated decision-making*, cit.; T.W. KIM, B.R. ROUTLEDGE, *Why a Right to an Explanation of Algorithmic Decision-Making Should Exist: A Trust-Based Approach,* in *Business Ethics Quarterly*, Vol. 32, Issue 1, 2022, 75-102, doi: *https://doi.org/10.1017/beq.2021.3*.

[69] Vedi nota 80 *infra*.



propriamente la decisione automatica (ad esempio la mancata concessione del finanziamento o condizioni indesiderabili dello stesso). Certo, il profilo – il *rank* assegnato al punteggio individuato dall'algoritmo – esprime comportamenti o caratteristiche *probabili*, *previste*, ma che in quanto giuridicamente rilevanti (per la domanda o le condizioni del credito) devono pur essere *ragionevolmente* desunte dai dati dell'interessato, che deve perciò essere messo in condizione di valutare questa ragionevolezza ed '*esprimere la propria opinione'* (cfr. art. 22(3)). Perché ciò accada, l'informazione che gli è dovuta dal titolare del trattamento (*ex* art 15) non può avere lo stesso contenuto – già visto – dell'Informativa *ex ante*; non può limitarsi a spiegare in modo comprensibile il presumibile funzionamento dell'algoritmo, piuttosto *dovrebbe* – nel nostro esempio – indicare lo *score* assegnato; individuarne i motivi concreti (cioè perlomeno le circostanze specifiche che hanno pesato nel giudizio); spiegare (o quantomeno riportare in modo 'intellegibile') perché quel punteggio abbia comportato il rigetto dell'istanza e magari quale diverso punteggio o caratteristica avrebbe consentito un esito diverso [70].

4. – La necessità di un'interpretazione tal fatta è, per chi scrive, la naturale conseguenza di una lettura sistematica e coerente del paragrafo 1, lettera h) dell'art. 15 del Regolamento. Come visto, infatti, l'art. 22 del GDPR, al paragrafo 3, prevede espressamente il diritto dell'interessato destinatario di una misura di ADM a mettere in discussione la decisione automatizzata attraverso la possibilità di ottenere l'intervento umano e cioè di relazionarsi in modo 'dialettico' col titolare del trattamento, esprimendo la propria opinione, chiedendo di procedere ad una verifica della decisione e potendo anche, successivamente, contestarne gli assunti. Si tratta di un diritto, a ben vedere, che, salvo volerne frustrare il contenuto sostanziale, sottende necessariamente, da parte dell'interessato (e quindi richiede al titolare del trattamento) un'informazione specifica sul funzionamento dell'algoritmo decisionale; un'informazione non astratta e prognostica, ma concreta ed *ex post* [71], calata nell'applicazione specifica che lo riguarda; solo in tal modo infatti l'interessato sarebbe messo in condizione di esercitare appieno il suo diritto oppositivo, disponendo degli strumenti idonei a muovere una contestazione specifica e motivata [72]. Non è a caso, infatti – a parere di chi scrive – che il Considerando

[70] L'ultimo riferimento è alla tecnica delle cd. counterfactual explanations; si legga in proposito l'interessantissimo S. WATCHER, B. MITTELSTADTD, C. RUSSELL, *Counterfactual explanations without opening the Black box: automated decisions and the GDPR*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 31, n. 2, 2018.

[71] Nel senso inteso da S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *op. cit.*, p. 6, per cui "*an ex post explanation occurs after an automated decision has taken place*" and "[…] *can address both system functionality and the rationale of a specific decision*". Cfr. anche T.W. KIM, B.R. ROUTLEDGE, *op. cit.*

[72] Tra gli altri, v. A.D. SELBST, J. POWLES, *Meaningful information and the right to explanation*, in *International Data Privacy Law*, Vol. 7, Issue 4, 2017, 233-242. *https://doi.org/10. 1093/idpl/ipx022*. Parla di una trasparenza 'qualificata', da definirsi proprio in ragione del suo nesso funzionale con l'esercizio degli altri diritti riconosciuti al *data subject*, non ultimo quello a impugnare la decisione automatica: M.E. KAMINSKI, *op. cit.*, per cui "*there is a clear relationship between the other individual rights theGDPR establishes—contestation, correction, and erasure—and the kind of individualized transparency it requires. This suggests something interesting about transparency: the substance of other underlying legal rights often determines transparency's substance. If one has a right of correction, one needs to see errors. If one has a right against discrimination, one needs to see what factors are used in a decision. Otherwise, information asymmetries render underlying rights effectively void.*" (*ivi*, p. 213). Si noti come pure in Cons. Stato 8472/2019 – v. *supra* nota 62– nel giustificare un concetto rafforzato di trasparenza, funzionale al controllo giurisdizionale della decisione algoritmica in ambito amministrativo, si è evidenziato come (para 13.3) "l'articolo 15, diversamente dagli articoli 13 e 14, abbia il pregio di prevedere un diritto azionabile dall'interessato e non un obbligo rivolto al titolare del trattamento, e *permette* inoltre *di superare i limiti temporali posti dagli articoli 13 e 14*, *consentendo al soggetto di acquisire informazioni anche qualora il trattamento* […] *abbia* addirittura *già prodotto una decisione*"; valgono naturalmente tutte le considerazioni di cui già *supra*. Riconosce l'esistenza di un diritto alla spiegazione *ex post* della *singola* decisione automatica anche T.W. KIM, B.R. ROUTLEDGE, *op. cit.*, che però motiva valorizzando l'istituto del consenso informato nei casi di trattamento algoritmico decisionale, che vuole basato su un dovere di informazione non istantaneo (ed *ex ante*) ma continuo e pregnante, un "*right to an updating explanation*".



71 del Regolamento [73] – il quale, a differenza del testo normativo, espressamente cita il diritto dell'interessato a "ottenere una spiegazione" – esplicitamente metta in relazione questa garanzia al diritto di "ottenere l'intervento umano" e di poter "esprimere la propria opinione" in merito alla decisione automatica. Il rapporto di funzionale implicazione tra informazione (si consenta, spiegazione) e contestazione è, a ben vedere, valorizzato anche dalla relazione esplicativa che accompagna la cd. Convenzione 108+ del Consiglio d'Europa – ovvero il Protocollo di modifica, sottoscritto dall'Italia, che nell'aggiornare la Convenzione di Strasburgo del 1981 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale al mutato contesto tecnologico, espressamente aggiunge nel nuovo articolo 9 (rubricato: *Rights of the data subject*), lett.a, il diritto di ciascun individuo "*not to be subject to a decision significantly affecting him or her based solely on an automated processing of data without having his or her views taken into consideration*" – laddove, al § 75a, sottolinea come il diritto di accesso sia in realtà funzionale alla possibilita di sindacare in modo effettivo la decisione automatica: "*It is essential that an individual who may be subject to a purely automated decision has the right to challenge such a decision by putting forward, in a meaningful manner, his or her point of view and arguments*. […]" [74].

Il diritto d'accesso, del resto, come può evincersi anche dal Considerando 63 del GDPR, dà all'interessato il diritto a ottenere tutte le informazioni di cui all'art. 15 del Regolamento, non solo in un momento anteriore o coincidente con l'inizio del trattamento, ma anche nel corso di questo, e si estende necessariamente anche a quei dati (e processi) nel frattempo '*prodotti*' dal trattamento, ossia alle informazioni ricavate dai dati trattati ('*inferred*') quale prodotto (anche solo intermedio) del processo automatizzato (di estrapolazione, clusterizzazione etc.) [75] e che, se riferibili all'interessato nei termini dell'art. 4, ricadono nell'ambito oggettivo del GDPR [76]. Questi dati *output*, infatti, oltre che 'base' di una eventuale (successiva) decisione automatizzata idonea ad incidere la sfera giuridica dell'interessato, sono già a loro volta il 'risultato' di un trattamento automatizzato (e.g. *data analytics*, profilazione etc.) [77] rispetto al quale il diritto di accesso si connota, pertanto, come una

[73] Si ricordi che sebbene non vincolanti, i Considerando guidano l'interpretazione delle norme. Si veda, in giurisprudenza, CGUE, Judgment of the Court (Third Chamber) of 13 July 1989, *Casa Fleischhandels-GmbH v Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, c. 215/88. ECLI:EU:C:1989:331. E anche EUROPA, '*Guide to the Approximation of EU Environmental Legislation ANNEX I* '(Environment, 2015), secondo cui: Recitals explain the background to the legislation and the aims and objectives of the legislation. They are, therefore, important to an understanding of the legislation which follows.".

[74] Sia utile richiamare qui anche lo High Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG), che nel citato documento pubblicato l'8 aprile 2019, e significativamente intitolato "Orientamenti Etici per un'IA affidabile", dopo aver individuato una serie di principi fondamentali, tra cui l'equità, cui il nuovo quadro tecnologico dovrebbe informarsi per essere "trustworthy", significativamente afferma: "La dimensione procedurale dell'equità implica la capacità di impugnare le decisioni elaborate dai sistemi di AI […] e la possibilità di presentare un ricorso efficace contro di esse. A tal fine […] i processi decisionali devono essere spiegabili". Ivi, ancora, più specificatamente sull'esplicabilità, si aggiunge: "Tale principio implica che i processi devono essere trasparenti, le capacità e lo scopo dei sistemi di AI devono essere comunicati apertamente e le decisioni, per quanto possibile, devono poter essere spiegate a coloro che ne sono direttamente o indirettamente interessati. Senza tali informazioni una decisione non può essere debitamente impugnata".

[75] Il riferimento del considerando 63 a dati quali "diagnosi, risultati di esami, pareri di medici" sono di fatto esempi *ante-litteram* di 'dati dedotti', *inferences* appunto; il progresso tecnologico e l'intelligenza artificiale applicata a modelli di data analytics rende possibili ben maggiori e invasive '*deduzioni*'. V. B. MITTELSTADT, S. WACHTER, *A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of Big Data and AI*, in *Columbia Business Law Review*, 1/2019.

[76] Cfr. Article 29 Working Party's *Opinion 4/2007 on the concept of personal data*, disponibile online qui: *https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm*; sulla natura di dato personale delle inferenze, v. anche B. MITTELSTADT, S. WACHTER, *op. ult. cit*., da 25.

[77] Operazioni di d*ata mining* e profilazione, anche se non preordinate ad un momento decisionale, sono di per sé già potenzialmente lesive di interessi individuali meritevoli di tutela, come in più occasioni rilevato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (per una Guida aggiornata alla Case Law sul punto, si v. ECHR, Guide to the Case-Law of the of the European Court of Human Rights.



legittima richiesta di informazioni *ex post*. Se non altro in questa circostanza – peraltro non necessariamente coincidente col campo d'applicazione dell'art. 22 GDPR, ma riferibile ad un numero molto più ampio di casi che contemplino una profilazione o comunque un trattamento dei dati (anche non automatizzato) che importi elementi previsionali o *lato sensu* inferenziali [78] – il diritto d'accesso deve considerarsi, infatti, certamente riferibile ad un contenuto informativo molto più ampio di quello di cui agli artt. 13 e 14 del Regolamento, che abbracci non solo informazioni dettagliate sui dati personali utilizzati come *input* del trattamento [79] (ovvero, in caso di profilazione, i dati utilizzati per creare il profilo) ma anche tutte le informazioni possibili sui dati di *output* (e.g. il profilo o lo *score* assegnato all'interessato; tutte le informazioni 'ricavate' dall'analisi dei suoi dati personali e le circostanze dedotte) [80]. Quando poi il trattamento (cioè l'inferenza) sia automatizzato(a) e sia funzionale all'adozione di una decisione dotata di effetti giuridici per l'interessato (basata *unicamente* sulla bontà di tale inferenza) – e *almeno* [81] in questo caso – anche tutte le (ulteriori) 'informazioni *significative* sulla logica utilizzata' dall'algoritmo che tale *output* ha (già) generato; non, evidentemente, una informazione prognostica e astratta sul funzionamento dell'algoritmo *in genere*, ma più realisticamente le ragioni della decisione (l'*output* prodotto) *in concreto*; la logica utilizzata nel caso specifico, il come e il perché [82]: una spiegazione. Con il solo limite, nei contenuti, della tutela del segreto commerciale e della proprietà intellettuale del titolare del trattamento circa la (*fully disclosure* della) *formula* dell'algoritmo decisionale, che il Considerando 63 significativamente contempla proprio con riferimento al diritto d'accesso, peraltro sottolineandone in modo esplicito il carattere non di limite assoluto, ma anzi rimesso a ponderato bilanciamento, *case-by-case*, con l'avverso interesse (alla spiegazione e contestabilità della decisione) di chi sia soggetto al processo automatizzato (e mai idoneo, in ogni caso, a fondare il rifiuto di fornire informazioni all'interessato) [83].

Data protection., 30 April 2021, online at: *https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Data_protection_ENG.pdf*), oltre a sollevare specifici problemi in ordine alla protezione dei dati '*prodotti*', in particolare quando abbiano natura di dati *sensibili*. V. B. MITTELSTADT, S. WACHTER, *op. ult. cit*. Il problema si è posto con particolare evidenza con riguardo ai dati sanitari; *amplius*, W. SCHÄFKE-ZELL, *Revisiting the definition of health data in the age of digitalized health care*, in *International Data Privacy Law*, 2021; G. MALGIERI, G. COMANDÈ, S*ensitive-by-distance: quasi-health data in the algorithmic era*, in *Information & Communication Technology Law*, Vol. 26, n. 3, 2017, 229-249.

[78] *Amplius*, B. MITTELSTADT, S. WACHTER, *op. ult. cit*.

[79] la loro origine, la finalità per cui sono trattati e tutte le altre informazioni richieste *ex* art. 15 GDPR.

[80] Se così non fosse, risulterebbero, per paradosso, inevitabilmente frustrati i diritti di rettifica, cancellazione e limitazione di trattamento (riconosciuti rispettivamente *ex* artt. 16, 17 e 18 GDPR) proprio nei casi in cui ce ne sarebbe maggiormente bisogno: la profilazione e più in generale le tecniche di *data analytics*, comportando elementi di 'previsione' ed 'estrapolazione', aumentano grandemente il rischio intrinseco di inesattezza dei dati (*output*) e ampliano il novero dei dati trattati rendendone più difficile il controllo da parte dell'interessato. Nell'interpretazione che qui si vuole adottare, funzionale all'esercizio di questi diritti (come pure a quello dell'impugnazione della decisione basata unicamente su trattamento automatizzato dei dati, nel caso di ADM) sarebbe da intendersi l'informazione di cui all'art. 15 GDPR. Cfr. sul punto, con riferimento alla profilazione, Article 29 Working Party's *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, n. 251 del 3 ottobre 2017, WP 251 rev01, versione italiana, p. 19, secondo cui, testualmente, '*i diritti di rettifica e cancellazione si applicano tanto ai dati personali di input quanto ai dati di output*'. In particolare, sul contenuto (ampio) del diritto di accesso in caso di *inferenza*, v. G. MALGIERI, G. COMANDÈ, *op. ult. cit*., p. 246, che valorizza in tal senso alche il portato dell'art. 20 GDPR che riconosce all'interessato il diritto alla portabilità dei dati in un formato *leggibile*. All'articolo 20, sul punto, riconosce però una portata decisamente inferiore il Gruppo di Lavoro dell'articolo 29 che esclude dall'ambito di operatività dell'obbligo i dati prodotti da attività algoritmica del data controller: v. in particolare, Article 29 Working Party, *Guidelines on on the right to data portability,* n. 242 del 13 dicembre 2016, WP 242 rev.01, p.10 ss (recentemente richiamata da EDPB, *Guidelines on the targeting of social media users*, n. 8 del 2 settembre 2020).

[81] Il richiamo è alla lettera dell'art. 15(1)(h) GDPR, immediatamente allusivo ad un *quid pluris* rispetto al contenuto minimo di trasparenza e tutela previsto in via generale, e possibile nel caso concreto (*ex post*).

[82] Così vuole interpretarsi, in questa prospettiva e in questo contesto (cioè di una informazione destinata a pervenire all'interessato s*uccessivamente* alla decisione), l'espressione '*importanza* […] *di tale trattamento*' di cui all'art. 15(1)(h) GDPR.

[83] Se ne dirà più ampiamente *infra.* Si v. G. NOTO LA DIEGA, *Against the Dehumanisation of Decision-Making. Algorithmic Deci-*



È l'esigenza essenziale di una tutela effettiva della persona umana nei confronti del potere digitale [84] a imporre che il significato dell'art. 15(1)(h) GDPR sia ricostruito in modo da garantire che il titolare dei dati personali abbia comunicazione di tutti i dati che lo riguardano: anche di quelli c.d. derivati; possa valutarne l'esattezza, la completezza, la rilevanza (nei limiti che il Regolamento e le finalità del trattamento consentono) e, laddove posti alla base di una decisione (automatizzata) che leda (o possa ledere) suoi interessi giuridicamente tutelati, abbia accesso almeno a tutte le informazioni necessarie per valutarne, ed eventualmente sostenerne un'effettiva contestazione (ricorrendo ad un interlocutore umano o ad un'aula di giustizia) [85]. Se il digitale è diventato uno spazio 'sociale', vivo, entro cui si svolge e delinea l'esistenza "*onlife*" [86] di una persona, si determina, cioè, la sua identità, in modo, come s'è visto, giuridicamente rilevante (ed altrimenti incontrollato), allora la tutela della dignità umana – ancoraggio di tutta la legislazione sulla protezione dei dati – la libertà individuale, il diritto fondamentale di ciascuno a incidere la propria dimensione individuale e collettiva, passano anzitutto attraverso la conoscenza, la trasparenza intesa come giustificazione del potere digitale –come spiegazione – e, soltanto, quindi, attraverso un potere *attivo* di controllo sui propri dati – in particolare 'derivati' e dedotti – e la possibilità di arginare (e contestare) l'impatto delle tecnologie su di essi e a partire da essi, che senza un (previo) diritto alla spiegazione sarebbero svuotati. Negare *questa* trasparenza, che in ultima sponda vuol dire non già diritto a conoscere le ragioni di una certa decisione automatica che ci riguardi ma anche i dati (*inferiti*) rilevanti alla sua base (ovvero, *chi siamo* online), significa, in una certa misura, disumanizzare l'individuo [87].

5. – Postulata la possibile base giuridica di un diritto alla spiegazione della decisione algoritmica, veniamo però ai suoi limiti. Un primo attiene all'ambito di applicazione, come ha rilevato qualcuno [88] piuttosto limitato, in base alla formulazione letterale dell'art. 22 GDPR. I trattamenti automatizzati di cui stiamo parlando rilevano infatti, espressamente, solo in quanto siano 'decisionali', conducano cioè ad (e applichino) una decisione che influisca sull'interessato. Ciò comporta che siano esclusi dalla fattispecie tutti quei trattamenti di dati non tipicamente 'inferenziali', in cui cioè l'utilizzo di tecniche informatiche sia limitato, magari, alla conservazione e/od organizzazione di dati personali senza comportare alcun passaggio analitico e/o

---

sions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* (JIPITEC), 9/2018, Vol. 3, n. 1, Available at SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3188080* (v. in particolare p. 23, para 69).

[84] Oltre che il principio generale di correttezza del trattamento, cui certamente può dirsi contrario il rifiuto, quando ingiustificato, di fornire informazioni sui dati derivati riferibili all'interessato o circa i motivi di una certa decisione automatica.

[85] Per R. MESSINETTI, *op. cit.*, p. 867, "il sistema giuridico-tecnologico deve permettere alla persona di comprendere la comprensione che la macchina ha della persona medesima nell'ambito di processi decisionali diretti ad incidere sulla sua sfera giuridica e vitale"; sarebbe perciò l'esigenza di conservare il controllo sulla propria identità personale (e la sua formazione) a giustificare un'interpretazione del diritto di accesso come diritto a comprendere la logica e le ragioni giustificatrici della decisione automatizzata (avente ad oggetto proprio quell'identità) e dei propri dati personali "derivati" dagli *inputs* originari, che costituiscono gli *outputs* intermedi e/o conclusivi del trattamento.

[86] Il termine, evocativo, si deve a Luciano Floridi, che l'ha scelto per rappresentare l'esperienza che l'uomo vive nelle società iperstoriche in cui non "non distingue più tra online o offline" e addirittura diventa sempre più "non ragionevole chiedersi se si è online o offline"; Cfr. L. FLORIDI, *The Fourth Revolution. How the Infosphere is reshaping human reality,* Oxford University Press, 2014; ID. (ed.), *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era,* Springer, 2015.

[87] Una tale lettura della trasparenza si ritrova, ad esempio, in R. WAELEN, *Why AI Ethics Is a Critical Theory*, in Philosophy & Technology, 35:9, 2022, *https://doi.org/10.1007/s13347-022-00507-5*.

[88] Così, tra gli altri, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *op. cit.*



valutativo degli stessi. Nei trattamenti decisionali automatizzati (ADM), invece, i dati sono, al contrario, raccolti (o sottoposti alla macchina) proprio perché questa, eseguendo un dato calcolo – applicando cioè al data-set regole deduttive algoritmicamente definite nel programma – li analizzi per arrivare ad una certa 'soluzione', un *output*' decisionale', appunto.

Questa decisione – perché il relativo trattamento sia rilevante per gli effetti della disposizione in esame – deve essere "*basata unicamente sul trattamento automatizzato*" [89]: interpretazione letterale della disposizione vorrebbe dunque che ricadano nell'ambito applicativo dell'esaminanda disciplina solo quelle decisioni *fully automated*, dovendosi invece ritenere escluse tutte quelle in cui sia possibile riscontrare un benché minimo coinvolgimento umano che possa variamente 'interferire' col processo decisionale automatizzato, potendo verificare o modificare la decisone ma anche, ad esempio, meramente ratificarla. Un'interpretazione siffatta, a ben vedere, rischierebbe di escludere dall'ambito applicativo della rigorosa disciplina di tutela in esame una buona parte di decisioni che sono in sostanza esito di trattamenti automatizzati ma, ad esempio, formalmente applicate per intervento umano [90]. Tutto ciò – pena vanificare gli scopi di tutela della disposizione che si analizza – dovrebbe perciò più opportunamente condurre ad adottare un'interpretazione larga dell'articolo 22, ritenendo incluse nella fattispecie tutte le decisioni 'automatizzate nella sostanza', anche quelle, cioè, che, benché implicanti nel processo decisionale un qualche intervento umano, questo si configuri come ininfluente rispetto al contenuto della decisione [91]. Del resto, come pure fa notare qualcuno [92], un indizio a conferma di tale interpretazione può in realtà intravedersi già nello stesso dato letterale del disposto dell'art. 22 (1) GDPR che si riferisce non a *decisioni 'unicamente' automatizzate*, bensì a *decisioni 'basate' unicamente su trattamenti automatizzati*: la sottile differenza conduce ad una conseguenza di non poco conto: potersi considerare 'letteralmente 'incluse anche quelle decisioni formalmente imputabili ad un agente umano ma in realtà mera applicazione passiva di valutazioni computerizzate.

Non pare sollevi invece particolari problemi il resto della disposizione. Procedendo nell'interpretazione,

---

[89] Art. 22 (1) GDPR.

[90] Molte di queste si prestano anche ad avere effetti potenzialmente molto incisivi sugli interessati; si pensi a tutti i meccanismi di *'scoring'*, ampiamente utilizzati nella prassi digitale, ad esempio, per selezionare gli aspiranti ad una posizione lavorativa o valutare la probabile solvibilità di chi miri ad ottenere un fido bancario: non è raro che in questi casi gli interessati siano valutati con strumenti informatici che, applicando ai dati personali funzioni statistiche, assegnino loro un certo valore di merito, uno 'score 'appunto, e che la decisione finale, formalmente spettante ad un funzionario umano sia in realtà meramente passiva, limitandosi magari questo ad abbinare, spesso anche seguendo rigide linee guida predefinite, un certo esito ad un determinato 'punteggio 'senza avere od esercitare alcun potere realmente 'valutativo'. Cfr. G. MALGIERI, G. COMANDÈ, *Right to legibility of automated decision-making*, in *International Data Privacy Law*, 2017, vol.7, n.4. In generale, invece, sullo *scoring*, si v. D.K. CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, Vol. 89, 2014, p. 1, anche in *University of Maryland Legal Studies*, Research Paper n. 2014-8. SSRN: *https://ssrn.com/abstract=2376209*.

[91] In tal senso, del resto, è di conforto lo stesso Article 29 Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, n. 251 del 3 Ottobre 2017*, p.21, dove, testualmente: "*The controller cannot avoid the Article 22 provisions by fabricating human involvement. For example, if someone routinely applies automatically generated profiles to individuals without any actual influence on the result, this would still be a decision based solely on automated processing. To qualify as human involvement, the controller must ensure that any oversight of the decision is meaningful, rather than just a token gesture. It should be carried out by someone who has the authority and competence to change the decision. As part of the analysis, they should consider all the relevant data*". E prima ancora registrava un simile orientamento anche il Garante Privacy inglese, l'Information Commissioner's Office (ICO) per cui "*the interpretation of the word "solely" in the context of Article 22(1) [...]is intended to cover those automated decision-making processes in which humans exercise no real influence on the outcome of the decision, for example where the result of the profiling or process is not assessed by a person before being formalized as a decision*" Cfr. Information Commissioner's Office, *Feedback request – Profiling and automated decision-making*, 2017, 19, richiamato anche in G. MALGIERI, G. COMANDÈ, *Right to legibility of automated decision-making*, cit.

[92] G. MALGIERI, G. COMANDÈ, *op. ult. cit.*



queste decisioni (cui sia ricollegabile un diritto di spiegazione), a norma dell'art. 22 (1) del Regolamento, oltre che basate su trattamenti automatizzati, devono pure "*produrre effetti giuridici* [nei confronti dell'interessato] *o incidere in modo analogo significativamente sulla sua persona*". L'effetto di tali decisioni deve dunque influire, negandolo o limitandolo, sul libero esercizio di un diritto della persona riconosciuto dall'ordinamento giuridico. Si pensi, al diritto (meglio, ai diritti) previsti dalla disciplina giuslavoristica a non essere discriminati in una pratica di assunzione online che non preveda intervento umano. Anche in questo caso, però, può facilmente estendersi la portata della disposizione. Il catalogo di diritti potenzialmente afflitti da trattamenti decisionali automatizzati si allarga, infatti, notevolmente ove si tengano in considerazione anche tutti quei diritti fondamentali della persona di rango costituzionale – previsti dalla nostra Carta Fondamentale, come dalla Convenzione europea dei diritti umani e dalla Carta di Nizza – diritti, espressi in forma aperta, come la libertà di espressione, la libertà e segretezza della corrispondenza, la libertà di circolazione, di culto, il diritto di difesa e, più di tutti, il principio di non discriminazione: diritti e libertà naturalmente 'elastici', che non costituiscono cioè un *numerus clausus* ma si prestano a coprire tutta una gamma aperta di situazioni giuridiche individuali che possono essere esposte ad un concreto rischio, per chi ne sia titolare, a fronte di decisioni confliggenti, ed ingiuste, di un'Intelligenza Artificiale [93].

Questa tutela ampia dei diritti della persona, accordata dall'articolo in esame, è infine ulteriormente allargata dal prosieguo stesso della disposizione; il §1 dell'art. 22 estende infatti la sua portata anche a quei fenomeni di ADM che pur non intaccando situazioni giuridiche soggettive apertamente qualificate come diritto *"incidano* [comunque, ndr] *in modo analogo e significativamente sulla persona*", ovverosia – nell'interpretazione che pare preferibile – colpiscano, e gravino profondamente (questo il significato da attribuirsi all'espressione 'significativamente') su interessi legittimi o comunque legittime pretese della persona umana purché non di mero fatto, ossia situazioni giuridiche che l'ordinamento, benché non riconosca come diritti immediatamente azionabili dall'individuo, ritenga ugualmente degne di protezione o accordandovi una qualche forma di tutela o quantomeno dimostrando un complessivo giudizio di riprovevolezza verso pratiche e comportamenti che ne minaccino il libero e pieno godimento individuale [94].

---

[93] Si ricorda inoltre che la stessa 'libertà informatica', come è stata autorevolmente definita, intesa in senso attivo, e cioè come libertà di valersi senza limitazioni, neppure tecnologiche come può essere una decisione automatizzata, degli strumenti informatici al servizio del proprio diritto di comunicare, trasmettere e ricevere informazioni, accedere a servizi telematici, partecipare, insomma, alla società digitale trova un suo radicato fondamento costituzionale ed esprime, per via ermeneutica, nuovi diritti soggettivi, parimenti meritevoli di tutela, da quelli tradizionalmente statuiti opportunamente adattati dall'interprete al rinnovato contesto tecnologico in cui viviamo. Sul punto V. FROSINI, *L'Orizzonte giuridico di Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2, 2002, 275; T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali* in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3, 2003, nonché in *Libertè Egalitè Internet*, Napoli, 2016, 19 ss.; ID., *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, Napoli, 2011, nonché in *Libertè Egalitè Internet*, Napoli, 2016, 50 ss.

[94] Questo è il significato che a parere di chi scrive dovrebbe attribuirsi all'espressione *"incidano in modo analogo*" ("*similarly*" nella versione inglese del Regolamento), espressione che merita considerevole attenzione da parte dell'interprete perché assolutamente nuova: è infatti aggiunta *ex novo* dal GDPR accanto all'espressione *"incidano significativamente*" già presente invece nella pregressa formulazione della norma in esame, l'art. 15 dell'abrogata Direttiva 95/46/CE. Si lasci chiarire con un esempio afferente una circostanza frequentissima nel digital marketing. Non esiste nell'ordinamento un diritto a non ricevere *targeted advertising*, una forma cioè di marketing '*tailored*' basato sulla profilazione. Questa è una pratica perciò astrattamente lecita per quanto potenzialmente intrusiva della sfera personale; tuttavia quando la propria dimensione soggettiva risulti lesa, nel caso concreto, con un'incidenza definibile importante (sia riscontrabile cioè una certa gradazione dell'offesa – restando al caso esemplificativo, ad esempio, per l'eccessiva intrusività della raccolta dei dati o per l'invasività intollerabile dei *banner* pubblicitari, o ancora per l'implementazione di meccanismi di *pricing* che sfruttano le specifiche debolezze dell'*user* per proporgli prezzi d'acquisto elevati e fuori standard) è certamente plausibile pensare che tale pratica incida significativamente e in modo analogo sull'interessato rendendosi opportuna l'applicazione della speciale disciplina di cui all'art. 22 GDPR. Ciò in ragione non della violazione di un preciso diritto dell'interessato, ma per via dell'esistenza, comunque, nel caso in que-



6. – La *governance* degli algoritmi decisionali impone un'ulteriore, e non facile, operazione ermeneutica, connessa alla necessità di operare un bilanciamento tra il diritto di chi è soggetto alla decisione automatica ad essere adeguatamente informato sul funzionamento dell'algoritmo, e quello – opposto – di chi abbia sviluppato ed utilizzi a fini economici l'algoritmo a tenerne segreto il design per evitare di disperderne il valore imprenditoriale a vantaggio concorrenziale dei competitors. Ciò rappresenta un ulteriore limite al diritto alla spiegazione della decisione automatica; quest'ultimo, importante e più difficilmente aggirabile.

Secondo il Considerando 4 del GDPR, "*Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va* […] *contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità*" e il Regolamento "*rispetta tutti i diritti fondamentali e osserva le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta e sanciti dai trattati* […]" t*ra cui* "[…] *la libertà d'impresa* […]". Più specificamente, il Considerando 63, relativo al diritto di accesso, testualmente afferma che "*tale diritto non dovrebbe ledere i diritti e le libertà altrui, compreso il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, segnatamente i diritti d'autore che tutelano il software*" con la precisazione che "*tuttavia, tali considerazioni non dovrebbero condurre a un diniego a fornire all'interessato tutte le informazioni*". In ciò facendo eco, tra l'altro, alla recente Raccomandazione del Consiglio d'Europa [95] secondo cui "*States should establish appropriate levels of transparency with regard to* […] *use, design and basic processing criteria and methods of algorithmic systems* […]' e che "*The legislative frameworks for intellectual property or trade secrets should not preclude such transparency, nor should States or private parties seek to exploit them for this purpose*" [96], che, peraltro, dà indubbia prevalenza, tra le situazioni tutelate, al diritto dei singoli ad essere opportunamente informati.

Sugli estremi di questo bilanciamento [97] ci illumineranno senz'altro la giurisprudenza europea e nazionale, la questione è però tutt'altro che irrilevante, considerato che la maggior parte degli algoritmi di decisione automatica, anche molto invasivi ed utilizzati – inclusi quelli di Google e Facebook, per intenderci – sono proprietari e tenuti riservati quanto al loro meccanismo. In generale, può dirsi – ma questo soprattutto con riguardo al settore della Concorrenza, per cui è data maggiore casistica – che la giurisprudenza della Corte di Giustizia [98] ammette limitazioni o deroghe al diritto d'autore e al segreto commerciale [99] in "*exceptional cir-*

---

stione, di una sua legittima pretesa (ricavabile dal complesso dell'ordinamento) a non essere vittima di pratiche commerciali scorrette o essere manipolato nell'atto di formarsi una propria adesione alla volontà di acquistare un determinato bene. *Amplius*, sul punto, G. MALGIERI, G. COMANDÈ, *Right to legibility of automated decision-making*, cit., ed altri, tra cui il nostro E. TROISI, *AI e GDPR: l'Automated Decision Making, la protezione dei dati e il diritto alla 'intellegibilità' dell'algoritmo*, cit.

Volendo fare un ulteriore esempio, il generale principio di correttezza e non discriminazione può considerarsi alla base della legittima pretesa degli interessati a non vedersi rifiutata con processi automatizzati una domanda di credito online: quest'ultima è un'altra tipica ipotesi di ADM, rilevante per l'art. 22 GDPR, per di più autorevolmente citata esemplificativamente dallo stesso Considerando 71 del Regolamento. Per un'interpretazione restrittiva della disposizione in questione, si veda, invece, B. WONG, *Online personalised pricing as prohibited automated decision-making under Article 22 GDPR: a sceptical view*, in *Information & Communications Technology Law*, vol. 30, n. 2, 2021, 193-207, che sulla base di un'interpretazione stretta del primo paragrafo dell'art. 22 del Regolamento, in particolare delle locuzioni *'legal effects'* e '*similarly significant effects*', ritiene, ad esempio, che la nozione di trattamento decisionale automatizzato di cui all'art. 22 GDPR non includa buona parte delle pratiche di online personalised pricing, non avendo queste alcun effetto *diretto* giuridicamente rilevante sugli utenti salvo nell'ipotesi in cui la proposta di un prezzo eccessivamente fuori standard precluda a talun utente o categoria di utenti il completo accesso ad un prodotto o servizio (v. *ivi*, 198-200).

[95] Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems.

[96] Articolo 4.1.

[97] V.si, tra gli altri, G. MALGIERI, *Trade Secrets v Personal Data: a possible solution for balancing rights*, in International Data Privacy Law, 6(2): ipv030, 2016. *http://dx.doi.org/10.1093/idpl/ipv030*; G. NOTO LA DIEGA, *op. cit.*; M.E. KAMINSKI, *op. cit.*

[98] Si vedano: CGUE, sentenza della Corte del 6 aprile 1995, Cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, ECLI:EU:C:1995:98 (cd. Magill); CGUE, Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 29 aprile 2004, C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257 (cd. IMS Health);



cumstances" [100], quando siano cioè in gioco contrastanti ed altrettanto rilevanti interessi generali o diritti fondamentali, nei limiti di quanto sia proporzionato allo scopo. La questione non si è ancora posta, a livello europeo, con riferimento agli obblighi informativi di cui al GDPR; né pare, a una prima indagine, che elementi utili possano ricavarsi dalle poche decisioni dei giudici nazionali [101]; tra queste quelle più inclini a ritenere recedente il diritto alla riservatezza dell'algoritmo – considerando quindi giustificata (e dovuta) la *disclosure* – intervengono per lo più in merito a casi di utilizzo di algoritmi decisionali da parte dell'Autorità Pubblica, motivando, quindi, la debita trasparenza o la legittimità dell'accesso in quanto funzionali alla tutela di interessi pubblici prevalenti e al rispetto dei principi di trasparenza e motivazione dell'agire Pubblico [102].

Un esempio di contemperamento tra le due contrapposte esigenze qui specificamente in gioco ce lo da però lo stesso legislatore europeo. Nel cd. *Regolamento P2B*, il Regolamento (UE) 2019/1150 sui servizi di intermediazione online con cui l'Unione ha fissato le regole a garanzia della concorrenza nella *Platform economy*, l'obbligo, in capo ai fornitori di servizi, di indicare i parametri principali che determinano il posizionamento degli utenti commerciali attraverso metodi evidentemente automatizzati (cd. algoritmi di raccomandazione) [103] – *lex* ovviamente *specialis* rispetto ai generici doveri di trasparenza di cui al GDPR – è delimitato, al §6 dell'art. 5, dalla precisazione per cui i service providers nell'adempiere a tali prescrizioni"[…] *non*

CGUE, Sentenza del Tribunale di primo grado (grande sezione) del 17 settembre 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 (Microsoft c. Commissione).

[99] Direttiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2016 sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti.

[100] Si vedano le appena citate pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea Magill, IMS Health e Microsoft c. Commissione.

[101] per l'Italia, sul carattere discriminatorio di un algoritmo decisionale (in particolare l'algoritmo di ranking dell'App Deliveroo) si segnala Trib. Bologna, 10 marzo 2021 (Ord.) in cui non è però oggetto del giudizio la *disclosure* dell'algoritmo decisionale, il cui carattere discriminatorio è presunto dalla descrizione del suo funzionamento nelle condizioni generali del contratto di lavoro sottoscritto dai *riders*.

[102] Per l'Italia si segnala, in particolare, tra le altre: TAR, Lazio-Roma, sez. III bis, sentenza 22 marzo 2017, n. 3769. Nel caso di specie il Tribunale amministrativo è chiamato valutare se possa essere riconosciuto il diritto di accesso agli atti della P.A. di cui all'agli artt. 22 ss. l. n. 241/1990 con riguardo all'algoritmo che gestisce il software relativo ai trasferimenti interprovinciali del personale docente ai sensi e per gli effetti del C.C.N.I. sulla mobilità 2016 di cui alla l. n. 107/2015, negato dal M.I.U.R.; il giudice, ritenendo che l'algoritmo possa configurarsi come atto amministrativo informatico e quindi che siano applicabili le norme sull'accesso agli atti ritiene che sebbene il software sia protetto quale opera dell'ingegno ne sia dovuta l'ostensione nel limite (visione ed estrazione di copia) di quanto strettamente necessario alla tutela dei diritti del ricorrente.

Si segnala, significativamente, sul punto, anche Cons. Stato n. 8472/2019, per cui (para 13.1) "*l'invocata riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati*" non esime dalla "*necessità che la formula tecnica che di fatto rappresenta l'algoritmo sia corredata da spiegazioni che la traducano nella regola giuridica ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile*" per quanto quelle "*ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza*.".

Più recentemente torna sul punto Cons. Stato, sez. VI, sentenza n. 30 del 2 gennaio 2020, che afferma che la nozione di "riservatezza" *ex* art. 22, comma 1, lett. c), l. n. 241/1990 quale criterio di individuazione dei "controinteressati" va intesa in senso ampio, come comprensivo non soltanto della tutela dei "dati personali" della persona fisica, ma anche dei "segreti tecnici e commerciali" della persona giuridica (nel caso di specie si trattava del soggetto titolare del diritto d'autore sul codice sorgente di un software utilizzato per le prove di un pubblico concorso).

In Francia è il legislatore ad aver introdotto uno specifico dovere di trasparenza per la Pubblica Amministrazione che adotti, a certe condizioni, provvedimenti con strumenti decisionali automatici. In particolare, l'art. R. 311-3-1-2 del *Code des relations entre le public et l'administration*, nel prevedere che l'Amministrazione comunica al soggetto interessato da una decisione individuale assunta sulla base di un trattamento algoritmico, su richiesta di quest'ultimo, in forma intelligibile: 1) il grado e le modalità di contribuzione al processo decisionale dell'elaborazione algoritmica; 2) i dati trattati e le loro fonti; 3) i parametri del trattamento e, ove applicabile, il loro peso, applicati alla situazione dell'interessato; ecc.; fa espressamente salva la violazione dei segreti protetti dalla legge (*la traduzione è nostra*). Si veda anche nota 62 *supra*.

[103] Art. 5 (1-5) Reg. (UE) 2019/1150.



sono tenuti a rivelare algoritmi o informazioni che, con ragionevole certezza, si tradurrebbero nella possibilità di trarre in inganno i consumatori o di arrecare loro danno attraverso la manipolazione dei risultati di ricerca" e che in ogni caso è fatta salva a direttiva (UE) 2016/943 sulla protezione delle informazioni commerciali riservate. Nel Considerando 27 si specifica che a norma del Regolamento "*ai fornitori di servizi di intermediazione online o di motori di ricerca online non dovrebbe essere richiesto di divulgare il funzionamento dettagliato dei loro meccanismi di posizionamento, inclusi gli algoritmi* […]" *né dovrebbe compromettersi "la loro capacità di agire contro la manipolazione in mala fede del posizionamento da parte di terzi, anche nell'interesse dei consumatori* […]. *Una descrizione generale dei parametri principali di posizionamento dovrebbe salvaguardare tali interessi, fornendo nel contempo agli utenti commerciali e agli utenti titolari di siti web aziendali una adeguata comprensione del funzionamento del posizionamento nel contesto del loro utilizzo di servizi di intermediazione online o di motori di ricerca online specifici*". Per garantire che l'obiettivo del regolamento sia raggiunto, pertanto, "*la considerazione degli interessi commerciali dei fornitori di servizi di intermediazione online o di motori di ricerca online non dovrebbe* […] *mai portare ad un rifiuto di divulgare i parametri principali che determinano il posizionamento. A tale riguardo, mentre il presente regolamento non pregiudica la direttiva (UE) 2016/943* […], *la descrizione data dovrebbe perlomeno essere basata sui dati effettivi relativi alla rilevanza dei parametri di posizionamento utilizzati*" [104].

Tirando le somme, sebbene ampio rilievo sia accordato alla tutela delle ragioni competitive dei *providers*, un nucleo minimo di trasparenza sul funzionamento effettivo dell'algoritmo (a beneficio degli utenti commerciali che si servono del servizio), tale comunque da non svilire gli scopi del Regolamento, deve essere garantita; la fattispecie è molto diversa da quella qui in esame, ma il dato è ugualmente rilevante, tenuto conto che gli interessi commerciali dei fornitori di servizi non rappresentano l'unico contraltare all'obbligo di trasparenza ma vi concorre la necessità di evitare manipolazioni, a danno dei consumatori, dei servizi di ricerca o promozione online.

In ogni caso, salvo previsioni specifiche e posizioni settoriali anche molto diverse del legislatore eurounitario [105], la lezione che può apprendersi è che un *assessment case-by-case* dovrebbe essere di volta in volta richie-

---

[104] A "*come selezionare i parametri principali e prevenire comunque la manipolazione in cattiva fede del posizionamento*" è dedicato il Capitolo 4, §§ da 76 ad 84, degli "*Orientamenti sulla trasparenza del posizionamento a norma del regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio*" di cui alla Comunicazione della Commissione Europea (2020/C 424/01). Testualmente il §82: "*I fornitori non possono* […] *rifiutarsi di divulgare, ad esempio, i parametri principali per l'unico motivo che non hanno mai rivelato alcuno dei loro parametri in passato o che le informazioni in questione sono sensibili sotto il profilo commerciale*".

[105] Più restrittiva e severa sembra la posizione espressa dalla Commissione nella Proposta di Regolamento sui servizi digitali (cd. *Digital Services Act*): premesso che sono fatte salve le disposizioni del GDPR quanto alla tutela della riservatezza delle persone fisiche (Considerando 10), la Bozza introduce uno specifico diritto dei 'destinatari del servizio' – anche quindi persone fisiche – ad essere informati, nell'ambito delle condizioni generali del servizio, "*in modo chiaro, accessibile e facilmente comprensibile*" circa "*i principali parametri utilizzati nei loro sistemi di raccomandazione* [completamente o parzialmente automatizzati], *nonché qualunque opzione* […]" *a loro disposizione che possa consentirgli di "modificare o influenzare tali parametri principali* […]" (art. 29 del Proposal) riconoscendo paralleli poteri di accesso e controllo al Coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento ovvero alla Commissione per verificare la *compliance* (anche) agli obblighi di trasparenza. La stessa Proposta riconosce però al gestore della piattaforma di opporsi all'*audit* quando "*dare accesso ai dati comporterebbe notevoli vulnerabilità* […] *per la protezione delle informazioni riservate, in particolare dei segreti commerciali*" (art 31, §6 lett. b del Proposal).

Le scelte alla base del *Digital Services Act* sembrano confermare la tendenza del legislatore ad affrontare il problema della trasparenza degli algoritmi decisionali in modo settoriale e con strumenti orizzontali, dotati di specifici strumenti amministrativi di verifica ed enforcement delle disposizioni. Sul punto: HUSEINZADE N., *Algorithm Transparency: How to Eat the Cake and Have It Too*, in *europeanlawblog.eu*.

Sul contenuto del principio di trasparenza, nell'ambito della riforma dello Spazio Digitale europeo, si veda, invece, ad esempio: E. GARZONIO, *L'algoritmo trasparente: obiettivi ed implicazioni della Riforma dello Spazio Digitale europeo,* in *Riv. it. inf. e dir.*, 2/2021, 25 ss., in part. p.30.



sto tra tutti gli interessi in gioco, tenendo a mente, però, che quando i procedimenti decisionali riguardino persone fisiche, il grado di necessaria 'spiegabilità' dell'algoritmo (e della sua decisione), in base al contesto, dovrebbe aumentare con l'aumentare della gravità delle conseguenze (sui diritti umani e gli interessi in gioco) se tale *output* fosse errato o altrimenti impreciso. E che comunque, quando sia prevedibile un grave impatto sui diritti umani, la trasparenza possa anche richiedere la condivisione di codici o set di dati specifici.

7. – Se pure si fosse riusciti nell'intento di dimostrare l'esistenza, sul piano giuridico, di un diritto del singolo a ottenere una spiegazione della decisione algoritmica che lo riguardi, da intendersi – riepilogando – almeno come 'informazioni significative' sulla logica *concretamente* utilizzata nel(lo specifico) processo decisionale automatizzato (*ex post*), resterebbe ancora da porsi il più importante degli interrogativi: se il diritto suddetto non incontri, superati i limiti giuridici, limiti tecnologici in grado di ostacolarne l'attuazione.

Secondo quanto ampiamente sostenuto in letteratura [106] la regola inferenziale che anima i processi automatizzati dei sistemi di Machine Learning – come si è detto, adattiva, non definita a priori, in sede di programmazione, ma dinamicamente (e autonomamente) rielaborata dall'Intelligenza artificiale nell'esperienza d'utilizzo – non sarebbe (sempre) conoscibile [107], almeno relativamente alla ricostruzione – determinante, ai fini *de qua* – della logica *in concreto* alla base della elaborazione di uno specifico *output* [108].

Se questo non è sempre vero [109] – e seppur in attesa di nuovi promettenti elaborati della tecnica [110], ciò rappresenterebbe, pur tuttavia – allo stato attuale – un limite, di natura tecnologica, tale da rendere, in queste ipotesi,

---

[106] Tra gli altri, Y. BATHAEE, *op. cit.*; D. CASTELVECCHI, *op. cit.*

[107] Tra gli altri, v. P.J. LISBOA, *Interpretability in Machine Learning. Principles and Practice*, Springer, 2013. Sulla differenza tra *explainability* ed *interpretability* dei modelli decisionali e il rapporto tra loro, v. J. ZHONG, E. NEGRE, *op. cit.*; si veda anche D.A. BRONIATOWSKI, *Psychological Foundations of Explainability and Interpretability in Artificial Intelligence*, NISTIR 8367, 2021, doi: *https://doi.org/10.6028/NIST.IR.8367.*

[108] Appare opportuno rilevare, però, come non manchino in letteratura approcci differenti alla soluzione del problema mediato della 'equità' decisionale dei sistemi automatici, che, abbandonata la prospettiva della necessaria (ricostruibilità di una) 'spiegazione' della decisione 'opaca' della macchina, prevedano, a tutela dei singoli, l'implementazione di sistemi idonei a rilevare e prevenire trattamenti i discriminatori nell'ambito del processo decisionale automatizzato. Si veda a riguardo C. DWORK, M. HARDT et al., *Fairness Through Awareness*, in *ITCS 2012*, Cambridge, MA (USA), 2012 oppure online at *https://arxiv.org/abs/1104.3913v2*; citato anche in J. BURRELL, *op. cit.*

[109] Explanatory tools consentono in taluni casi, e solo ex post, di analizzare i passaggi ragionativi del sistema ricostruendone i momenti decisionali essenziali in modo da restituire, a richiesta, la logica decisionale concretamente utilizzata dall'algoritmo nel caso analizzato; v quanto *supra*, nota 27. La ricerca è del resto da tempo attiva in questo settore, con l'obiettivo di rendere gli algoritmi *ML* sempre più suscettibili di controllo *ex ante* ed *ex post*; v. *inetr alia* A. DATTA, S. SEN, Y. ZICK, *Algorithmic transparency via quantitative input influence*, in *37th IEEE Symposium on Security and Privacy*, 2016, online at: *https://ieeexplore.ieee.org /document/7546525*; S. GALHOTRA, R. PRADHAN, B. SALIMI, *Explaining black-box algorithms using probabilistic contrastive counterfactuals*, 2021, disponibile online su arXiv:2103.11972v1; S. WACHTER, B. MITTELSTADT, C. RUSSELL, *Counterfactual explanations without opening the Black Box: automated decisions and the GDPR*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 31, n. 2, 2018, 843-887; M. LOI, A. FERRARIO, E. VIGANÒ, *Transparency as design publicity: explaining and justifying inscrutable algorithms*, in *Ethics and Information Technology*, October 2020, doi: *https://doi.org/10.1007/s10676-020-09564-w*; sul concetto di *Algorithmic accountability*, e sul possibile ruolo, quale *audit* esterno al sistema decisionale automatizzato, di algoritmi di *reverse-engineering*, si veda anche N. DIAKOPOULOS, *Algorithmic Accountability Reporting: On the Investigation of Black Boxes*, Tow Center for Digital Journalism, Columbia University, 2014, *https://doi.org/10.7916/D8ZK5TW2*.

[110] Il riferimento è a quel filone di ricerca che va sotto il nome di XAI, Explanatory Artificial Intelligence, volto alla definizione di metodi e strumenti di "deep explanation", in grado cioè di far luce sul funzionamento di algoritmi dal funzionamento 'opaco', ovvero alla costruzione di sistemi intelligenti maggiormente trasparenti ed interpretabili; v.si H.J. WATSON, *The Need for Explainable Processes and Algorithms*, in *Business Intelligence Journal*, Vol. 25, n. 2, p. 5; A.B. ARRIETA, N. DÌAZ-RODRÌGUEZ et al., *Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, Taxonomies, Opportunities and Challenges toward Responsible AI*, 2020, online in *ArXiv*, *abs/1910.10045*.



'inutile' il diritto alla spiegazione che qui si vuole prescritto dal GDPR; inutile, perché impossibile sarebbe, per il titolare del trattamento che si affidi all'utilizzo di sistemi '*black box*' ad apprendimento autonomo, ricostruire (e quindi condividere) la logica decisionale seguita dalla macchina. Sicuramente ex ante; in molti casi *ex post* [111].

Ciò posto, occorre chiedersi in che modo l'ipotesi della irrealizzabilità pratica del diritto alla spiegazione reagisca nel sistema del GDPR. Come argutamente rilevato [112], in questa prospettiva, nelle ipotesi in cui si assuma essere precluso il tipo di spiegazione richiesto, risultando impossibile verificare liceità e correttezza del trattamento, la conseguenza che si produce sul piano logico non sarebbe l'inapplicabilità della norma – quindi la sua inutilità – ma il ripristino del divieto – assoluto, mancandone le condizioni minime di derogabilità [113] – di sottoposizione dell'interessato al trattamento decisionale automatizzato di cui all'art. 22 (1) GDPR. A meno che il titolare del trattamento, dunque, non possa garantire, anche sul piano tecnico [114], che la decisione basata (unicamente) su trattamento automatizzato dei dati personali dell'interessato (e dotata, per questi, di effetti giuridicamente rilevanti) sia anche spiegabile, ne sia cioè rintracciabile la logica decisionale *concreta*, è tenuto ad astenersi dal mettere in pratica il trattamento decisionale [115].

---

[111] Scettico sul fatto che possano trovarsi, anche in futuro, soluzioni tecnologiche realmente in grado di assicurare standard elevati di trasparenza dei processi decisionali animati da complessi algoritmi di ML, e pertanto critico circa la possibilità ed opportunità di incidere sul design tecnologico attraverso strumenti di regolazione, è ad esempio, Y. BATHAEE, *op. cit.*, 929; sulla possibilità di approcci differenti a quello della trasparenza *ex ante* o *ex post* (*audit*) dell'algoritmo, v., tra gli altri, C. DWORK, M. HARDT et al., *op. cit.*; sui vantaggi di un approccio scalare *case-by-case*, lo stesso Y. BATHAEE, *op. cit.*, 936 ss.

[112] R. MESSINETTI, *op. cit.*, 889.

[113] In tal senso l'art. 22(3) GDPR.

[114] La sede per queste valutazioni è la DPIA, la valutazione d'impatto della protezione dei dati, prevista *ex* art. 35 (e Considerando 84, 89-93 e 95) GDPR, quale strumento essenziale di *accountability* per tutti i trattamenti di dati personali che presentino un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche. La valutazione d'impatto è *in particolare richiesta*, ai sensi dell'art. 35(3)(a) del Regolamento, laddove il trattamento sia funzionale a una "*valutazione sistematica e globale* di aspetti personali relativi a persone fisiche, *basata su un trattamento automatizzato*, *compresa la profilazione*, e sulla quale si fondano decisioni che hanno *effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche*". La fattispecie è ampia e pacificamente include i processi decisionali di cui all'art. 22(1) GDPR nell'area della DPIA obbligatoria, oltre a richiederla anche laddove la decisione non sia basata *unicamente* sul trattamento automatizzato, purché abbia un impatto elevato per le persone fisiche coinvolte. Si v. sul punto Article 29 Working Party, *op. cit.*, 33; piu in generale sulla DPIA, Article 29 Working Party, *Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is "likely to result in a high risk" for the purposes of Regulation 2016/679*, n. 248 del 4 Aprile 2017, WP 248 rev.01. Valorizza il ruolo dell'*accountability*, della valutazione d'impatto e delle Autorità garanti, in una lettura complessiva del GDPR orientata alla trasparenza e responsabilizzazione degli algoritmi decisionali, B. CASEY, A. FARHANGI, R. VOGL, *Rethinking Explainable Machines: The GDPR's Right to Explanation Debate and the Rise of Algorithmic Audits in Enterprise*, in *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 34, No 1, 2019, doi: *https://doi.org/10.15779/Z38M32N986*.

[115] Naturalmente l'analisi anticipata e specifica di tutti i rischi connessi al sistema (v. nota precedente), che dovrebbe guidare la scelta e l'attuazione delle misure tecnico-organizzative previste per la loro *governance* una volta individuati, non è – e non va – limitata – com'é ovvio – all'obiettivo di garantire un trattamento trasparente e informato dell'interessato, o metterlo in condizione di accedere a strumenti di *redress* e invocare l'intervento umano; il titolare del trattamento è anche chiamato ad assicurare che il trattamento decisionale sia corretto, in quanto non viziato da *bias*, basato su dati completi ed esatti ed assistito da garanzie adeguate ad evitare *output* discriminatori e lesivi. A carico degli utilizzatori, ma anche degli ideatori e sviluppatori degli algoritmi decisionali che importino il trattamento di dati personali di persone fisiche dovrebbe infatti intendersi imposta, già ai soli sensi del GDPR, un'articolata rete di *obblighi di protezione*, che impongono l'adozione di strumenti e metodi di *privacy by design* e *by default* – vale a dire misure tecniche e organizzative – che assicurino la conformità ai principi normativi vigenti in materia di *data protection* e il rispetto dei diritti umani fondamentali; e ciò sin dalla fase iniziale dell'ideazione degli algoritmi e, dunque, per impostazione predefinita. Sul punto, v. A. ROIG, *Safeguards for the right not to be subject to a decision based solely on automated processing (Article 22 GDPR)*, in *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 3, 2017; C. DJEFFAL, *op. cit.*; in particolare sul dovere di garantire la correzione continua dei sistemi per arginare *bias* cognitivi e statistici, come portato naturale del Regolamento, C. MALGIERI, G. COMANDÈ, *op. ult. cit*. Sul concetto di Transparency-by-design si v., H. FELZMANN, E. FOSCH-VILLARONGA, C. LUTZ, A.TAMÒ-LARRIEUX, *Towards Transparency by Design for Artificial Intelligence, in Science and Engineering Ethics*, October 2020, online al doi: *https://doi.org/10.1007/s11948-020-00276-4*.



CARLOTTA IPPOLITI MARTINI

Ricercatrice di Diritto privato – Università di Bologna

MANTENIMENTO DEL FIGLIO E SPESE STRAORDINARIE TRA INTERESSE DEL MINORE E ACCORDO DEI GENITORI

SOMMARIO: *1. Premesse. – 2. Doveri genitoriali, obbligo di mantenimento e ripartizione delle spese straordinarie. – 3. Spese straordinarie, decisioni di maggior interesse e obbligo di concertazione dei genitori. – 4. Obbligo di mantenimento dei figli e rilevanza nei rapporti con i terzi.*

1. – La giurisprudenza di legittimità e di merito si è da tempo pronunciata sul tema delle spese straordinarie che i genitori sono chiamati a sostenere per il mantenimento dei figli sia sotto il profilo del diritto al rimborso spettante al genitore che abbia anticipato l'intero importo delle spese, sia sotto il profilo dei presupposti necessari al fine di legittimare una pretesa del creditore nei confronti del genitore che non abbia assunto direttamente l'obbligazione e non sia stato consultato preventivamente dal genitore contraente [1]. In termini più generali, il problema dei rapporti con i creditori trae origine da fattispecie nelle quali il genitore che non sia stato preventivamente consultato dall'altro riguardo alle spese sostenute per i figli contesti la legittimità delle pretese avanzate dal creditore che abbia effettuato prestazioni a favore di questi ultimi. In particolare si pone il problema di stabilire se il genitore non contraente possa opporsi alle pretese del creditore affermando che le spese straordinarie funzionali al soddisfacimento degli interessi del figlio non erano state sostenute al fine di fare fronte ad esigenze urgenti o indifferibili e non erano state precedute da una concertazione con l'ex coniuge, che, al contrario, ha assunto un'iniziativa unilaterale. L'opposizione risulta, in termini generali, infondata sulla base dell'orientamento consolidato secondo cui, per quanto riguarda le spese straordinarie "compatibili con i mezzi economici di cui i genitori dispongono", non è necessario un preventivo accordo dei genitori stessi nemmeno nel caso in cui essi siano separati o divorziati. Ciò perché il superiore interesse del figlio giustifica l'assunzione di obbligazioni funzionali a soddisfare le sue esigenze senza che sia necessario conseguire di volta in volta un esplicito accordo con riferimento alla singola spesa da effettuare, di modo che sussiste a carico del genitore non prevalentemente convivente un generale obbligo di concorrere alle spese salvo che egli non abbia tempestivamente addotto validi motivi di dissenso [2]. In definitiva, in linea di princi-

[1] Per un'approfondita analisi del diritto vivente formatosi in materia di spese straordinarie G. PERLINGIERI, in G. CARAPEZZA FIGLIA, N. CIPRIANI, G. FREZZA, G. PERLINGIERI, P. VIRGADAMO, *Manuale di diritto di famiglia*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, 244; L. LENTI, *Diritto della famiglia*, Giuffrè, 2021, 927; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, VI ed., Milano, 2017, 232; S. STEFANELLI, *Responsabilità genitoriale e affidamento*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *Le persone e la famiglia. 4. La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, II ed., Utet, 2018, 689.

[2] Cass. 3 febbraio 2016, n. 2127, in *Guida dir.*, 2016, 48, con nota di GALLUZZO, *Non perde il diritto al rimborso il genitore affidatario*



pio, entrambi i genitori rispondono solidalmente delle spese straordinarie ancorché non preventivamente concordate laddove ricorrano due presupposti: in primo luogo quello della "sostenibilità" della spesa in relazione alle condizioni economiche dei genitori stessi e, in secondo luogo, quello dell'utilità per il minore del servizio o del bene conseguito attraverso l'assunzione dell'obbligazione [3].

L'orientamento giurisprudenziale illustrato presenta significative intersezioni con il più ampio dibattito, sorto oltre vent'anni orsono, intorno al problema della cosiddetta rilevanza esterna dell'obbligo di contribuzione [4]. Tali questioni, emerse in un primo momento valorizzando la prospettiva della famiglia unita, hanno assunto una crescente rilevanza anche nel contesto dei nuovi modelli familiari [5] nei quali, pur mancando un legame tra i genitori (separati, divorziati o non conviventi), permane un'esigenza di concordare un "indirizzo minimo della vita familiare" [6] in ragione del comune coinvolgimento in tutte le questioni che riguardano la vita del figlio minore o non autosufficiente [7]. Con specifico riferimento ai rapporti tra genitori e figli, una volta risolto il problema della ripartizione delle spese ordinarie attraverso l'assegno perequativo *ex* art. 337 *ter* cod. civ., permane la necessità di far fronte a spese determinate da eventi non preventivabili o eccedenti il *budget* familiare normalmente destinato ad esigenze che rientrano nell'ambito della prevedibilità e dell'abitualità. Proprio riguardo a questo genere di spese è sempre più avvertita l'esigenza d'individuare un punto di equilibrio tra il diritto dei genitori a concordare le spese straordinarie, l'interesse del minore a non subire ingiustificate privazioni determinate da atteggiamenti ostruzionistici dei genitori e, infine, l'istanza di garantire l'affidamento riposto dai creditori sulla garanzia patrimoniale offerta da entrambi i genitori. A questo proposito sembra opportuno ripercorrere gli orientamenti giurisprudenziali in materia di spese straordinarie per il mantenimento dei figli al fine di delineare quali siano i confini entro i quali esse rientrano nell'ambito della sostenibilità, ossia della coerenza rispetto al tenore di vita goduto dalla famiglia unita e quando, invece, esse travalichino questo limite. Si pone, inoltre, l'ulteriore problema di ricostruire, alla luce dell'interesse del minore, quali siano le categorie di esigenze per soddisfare le quali è ammessa la possibilità di assumere obbligazioni non necessariamente concertate volta per volta con l'altro genitore [8].

---

dei figli che non ha concertato con l'altro una spesa straordinaria; Cass. 30 luglio 2015, n. 16175, in *Giust. civ. mass*., 2015; Cass. 26 settembre 2011, n. 19607, in *Fam. e dir*., 2012, 902, con nota di F. ALLIGO, *Mantenimento del figlio maggiorenne in regime di separazione o divorzio: profili sostanziali e riflessi processuali.* In argomento S. STEFANELLI, *Responsabilità genitoriale e affidamento*, cit., 619.

[3] Cass. 15 febbraio 2017, n. 4060, in *Fam. e dir*., 2017, 968, con nota di N. CEVOLANI, *Le "decisioni di maggiore interesse" in regime di affidamento condiviso: un caso di arretramento della diarchia genitoriale*; Cass. 8 febbraio 2016, n. 2467, in *Giust. civ. mass*., 2016.

[4] Sul problema della rilevanza esterna dell'obbligo di contribuzione M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, II ed., Giuffrè, 2012, 221; M. SESTA, *Obbligazioni assunte da un coniuge nel nome dell'altro*, in *Fam. e dir*., 1996, 140; N. CIPRIANI, in G. CARAPEZZA FIGLIA, N. CIPRIANI, G. FREZZA, G. PERLINGIERI, P. VIRGADAMO, *Manuale di diritto di famiglia*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, 96; G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, IV ed., Zanichelli, 2020, 81; L. STRAZZERA, *Sulle obbligazioni contratte dal singolo coniuge nell'interesse della famiglia*, in *Fam. e dir*., 2022, in corso di pubblicazione.

[5] M. SESTA, *La crisi genitoriale tra pluralità di modelli di coppia e di regole processuali*, in *Fam. e dir*., 2017, 1145.

[6] Sull'indirizzo della vita familiare v. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, IX ed., Cedam, 2021, 88; C. M. BIANCA, *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, cit., 52; G. CONTE, Sub *art. 144 cod. civ*., in *Matrimonio*, a cura di G. FERRANDO, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Zanichelli, 2017, 746; L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 927; A. ARCERI, Sub *art. 144 cod. civ*., in *Codice della famiglia*, a cura di M. SESTA, III ed., Giuffrè, 2015, 481; F. RUSCELLO, *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, in *Famiglia e matrimonio*, vol. I, t., I, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, II ed., Milano, 2011, 1065.

[7] Sulle persistenti esigenze di organizzazione della vita familiare anche per il periodo successivo alla rottura dell'unione che legava i genitori E. AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Ipsoa, 2007, 238 ss.

[8] L. STRAZZERA, *Sulle obbligazioni contratte dal singolo coniuge nell'interesse della famiglia*, cit., in corso di pubblicazione.



2. – La definizione del concetto di spese straordinarie assume particolare rilievo nel momento in cui si tratta di ripartire tra i genitori gli oneri connessi al mantenimento dei figli. In prima approssimazione il contesto nel quale l'esigenza indicata viene in considerazione è quello della famiglia caratterizzata dall'assenza di un'unione tra genitori separati, divorziati o non più uniti da una convivenza non matrimoniale. In definitiva, in tutti i casi nei quali l'elemento della non coesione della coppia fa emergere l'esigenza di individuare regole che governino la ripartizione del contributo dovuto per il mantenimento dei figli, si manifesta la necessità di tracciare il confine tra le spese ordinarie (alle quali normalmente si assolve mediante il pagamento di un assegno periodico *ex* art. 337 *ter* cod. civ.) e quelle straordinarie che, in linea di principio, dovrebbero essere ripartite secondo il criterio della proporzionalità [9] e precedute da una concertazione tra i genitori [10].

In assenza di un criterio analitico contemplato dal legislatore, l'individuazione della linea di confine tra spese ordinarie e straordinarie può essere circostanziata attraverso un'analisi della casistica giurisprudenziale [11]. Una simile indagine consente d'individuare categorie di spese "ordinarie", le quali di regola debbono essere incluse nell'assegno di mantenimento *ex* art. 337 *ter* cod. civ. e spese straordinarie che esulano da tale ambito [12]. Nella prima categoria ricadono le spese necessarie per cure mediche routinarie [13], le spese per l'acquisto di generi alimentari ed esigenze della vita quotidiana [14], le spese per attività ricreative e per l'acquisto di tutto quanto sia necessariamente collegato all'attività scolastica [15], anche con riferimento alle attività sportive.

---

[9] S. STEFANELLI, *Responsabilità genitoriale e affidamento*, cit., 689; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, cit., 232; L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 924; A. ARCERI, in M. SESTA, A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, *La crisi della famiglia*, III, Giuffrè, 2016, 297, la quale osserva che, con riferimento alla ripartizione tra i genitori delle spese necessarie per il mantenimento del figlio, assumono rilievo i criteri individuati dall'art. 337 *ter* cod. civ. e, in particolare, quello di proporzionalità. Ne deriva che i maggiori oneri gravano sul genitore più benestante, specie qualora l'altro, come di frequente accade, rivesta al tempo stesso la posizione di genitore economicamente più debole e di genitore "prevalente" sul quale gravano in misura più accentuata i doveri di cura e accudimento.

[10] Cass. 6 settembre 2018, n. 21726, in *Dir. e giust*., Editoriale del 7 settembre 2018, ha stabilito che il giudice è chiamato a "verificare la rispondenza delle spese all'interesse del minore mediante la valutazione della commisurazione dell'entità della spesa rispetto all'utilità e della sostenibilità della spesa stessa rapportata alle condizioni economiche dei genitori" in tutte le fattispecie caratterizzate da una mancata concertazione preventiva e da un successivo rifiuto del genitore di provvedere al rimborso della quota anticipata dall'altro.

[11] Per un'approfondita disamina si veda A. ARCERI, in Sesta e Arceri, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, cit., 313; A. ARCERI, Sub *art. 337* ter *cod. civ*., in *Codice della famiglia*, a cura di M. SESTA, III ed., Giuffrè, 2015, 1250; R. ROSSI, *Il mantenimento dei figli*, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di M. SESTA e A. ARCERI, Utet, 2012, 248; A. NERI, *La difficile distinzione tra "decisioni di maggior interesse" e "spese straordinarie"*, in *Familia*, 2006, 1010; D. BUZZELLI, *Sulle modalità del mantenimento dei figli nella crisi della coppia genitoriale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 496.

[12] In proposito Trib. Firenze 15 giugno 2020, n. 1408, in *De Jure Giuffrè*, ha efficacemente precisato che "nel silenzio dell'art. 337-*ter* c.c., sono ritenute straordinarie le spese occasionali, gravose quanto ad esborso, ossia quelle che per rilevanza, imprevedibilità ed imponderabilità esulano dall'ordinario regime di vita dei figli". Occorre, in altri termini, che l'ammontare di dette spese esorbiti rispetto alla "ordinaria possibilità dei genitori" ed alteri "in modo sensibile la regolamentazione stabilita con la determinazione dell'assegno di mantenimento ordinario". Esse, continua la motivazione, "presentano carattere eccezionale o episodico", rendendo impossibile la predeterminazione del loro importo.

[13] Cass. 7 aprile 2005, n. 925, in *Guida dir*., 2005, 70.

[14] App. Napoli 13 luglio 2007, in *Corr. merito*, 2007, 1251.

[15] Con specifico riferimento alle spese scolastiche Trib. Savona 13 ottobre 2021, n. 746, in *De Jure Giuffrè*, ha precisato che "per quanto concerne le spese straordinarie per la prole attinenti al profilo scolastico/educativo, rientrano tra le spese ordinarie, anche se parametrate nell'arco di un anno e non di carattere giornaliero, quelle effettuate per l'acquisto di libri scolastici, di materiale di cancelleria, abbigliamento per lo svolgimento dell'attività fisica a scuola". Questo assunto è stato motivato sottolineando che "la frequenza scolastica non è eccezionale ed imprevedibile ma obbligatoria e fondamentale"; ne deriva, continua la motivazione, che "anche la spese per il semi-convitto" ricadono nelle spese ordinarie "in relazione al normale standard di vita seguito dal minore fino al momento della crisi familiare". Rientrano invece tra le spese straordinarie quelle concernenti "i viaggi studio all'estero, la partecipa-



Nella seconda categoria, ossia tra le spese straordinarie, rientrano quelle determinate da esigenze di carattere episodico o eccezionale [16]. Senza dubbio in questo ambito rivestono una rilevanza preminente le spese necessarie per esigenze di salute di natura eccezionale, ma non è escluso ravvisare il carattere della straordinarietà anche con riferimento a spese che si rendano necessarie per assicurare al figlio la possibilità di praticare attività sportive o artistiche che richiedano l'esborso di ingenti somme di denaro da destinare all'acquisto di specifiche strumentazioni e alla retribuzione di istruttori specializzati. L'inclusione di una spesa nel novero di quelle straordinarie si ravvisa infatti anche nel caso in cui essa travalichi sensibilmente le abitudini familiari e le possibilità economiche dei genitori [17]. Occorre precisare, da ultimo, che esulano dalla bipartizione tra spese ordinarie e spese straordinarie le cosiddette spese voluttuarie, che possono essere definite come spese funzionali ad assecondare esigenze non necessarie ad assicurare un pieno sviluppo della persona del figlio, le quali, pertanto, non presentano un profilo di particolare funzionalità all'attuazione dell'interesse del minore [18].

---

zione alle gite scolastiche e le ripetizioni scolastiche o gli sport". L'estensione degli obblighi di mantenimento dei figli oltre la maggiore età impone di considerare spese ordinarie anche quelle relative alla "formazione universitaria (tasse e libri scolastici)", che, precisa la decisione, "dovranno intendersi quali spese ordinarie, non trattandosi di spese saltuarie ed imprevedibili, ma normali e durevoli nel tempo". In senso analogo Trib. Savona 10 ottobre 2020, in *De Jure Giuffrè*, la cui motivazione ribadisce che "in tema di separazione dei coniugi ed individuazione delle spese ordinarie e straordinarie per il mantenimento della prole, con particolare riferimento le spese attinenti al profilo scolastico/educativo del minore, occorre rilevare che entrano tra le «spese ordinarie», anche se parametrate nell'arco di un anno e non di carattere giornaliero, quelle effettuate per l'acquisto di libri scolastici, di materiale di cancelleria, dell'abbigliamento per lo svolgimento dell'attività fisica a scuola. Tutto ciò, ovviamente, basandosi sulla considerazione che la frequenza scolastica da parte del minore non è qualcosa di eccezionale ed imprevedibile ma, al contrario, di obbligatorio e fondamentale"; Trib. min. Bari 6 ottobre 2010, in *De Jure Giuffrè.*

[16] Al riguardo Cass. 15 febbraio 2021, n. 3835, in *Fam. e dir*., 2021, 531, ha precisato che nell'ambito delle spese straordinarie occorre distinguere tra quelle che, seppur non quantificate in sede di determinazione dell'assegno di mantenimento del figlio, possono costituire oggetto di una quantificazione successiva da effettuare a distanza "di intervalli temporali" nell'ambito dei quali esse si presentano con un carattere di ragionevole prevedibilità e quelle che, al contrario, "rivestono i caratteri della assoluta imprevedibilità e imponderabilità". In particolare, continua la Suprema Corte, "le spese mediche e scolastiche da ritenersi comprese nella categoria delle spese straordinarie routinarie sono quegli esborsi (per l'acquisto di occhiali; per visite specialistiche di controllo; per pagamento di tasse scolastiche) che pur non ricompresi nell'assegno fisso periodico di mantenimento tuttavia, nel loro ordinario riproporsi, assumono una connotazione di probabilità tale da potersi definire come sostanzialmente certe, sicché esse, se non predeterminabili nel *quantum* e nel quando lo sono invece in ordine all'*an*". In senso analogo Trib. Pistoia 27 gennaio 2022, n. 80, in *De Jure Giuffrè*, ha precisato che nell'ambito delle spese straordinarie – caratterizzate da occasionalità, sporadicità, imprevedibilità, gravosità o voluttuarietà – occorre operare una ulteriore distinzione tra "spese che non richiedono il preventivo accordo (…) e quelle che richiedono il consenso espresso o tacito di entrambi i genitori". Nella prima categoria, chiarisce la motivazione, vengono indicate esemplificativamente le spese sanitarie necessarie ed urgenti, l'iscrizione scolastica, le tasse universitarie, i libri di testo, le spese per l'attività sportiva, nonché le spese di manutenzione ordinaria e straordinaria relative ai mezzi di locomozione; nella seconda categoria, invece, ricadono, ad esempio, le spese per visite mediche, quelle concernenti esami diagnostici ed analisi cliniche, quelle relative a interventi chirurgici, quelle inerenti a gite scolastiche, iscrizioni e rette di scuole private, nonché a corsi di lingua, corsi di formazione post-universitari e viaggi di studio all'estero.

[17] Cass. 1° ottobre 2012, n. 16664, in *Dir. fam. e pers*., 2013, 71; Trib. Roma 9 gennaio 2013, n. 147, in *De Jure Giuffrè.*

[18] Sul punto si veda M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale* fil rouge *dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. e dir*., 2021, 763; S. STEFANELLI, *Responsabilità genitoriale e affidamento*, cit., 692; A. ARCERI, in M. SESTA, A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, cit., 320, la quale in proposito cita Trib. Prato 22 novembre 2011, in *Fam. pers. succ*., 2012, 263, con nota di A.A. ROMANO, *Questioni processuali minori in tema di art. 148 c.c.* e Cass. 26 gennaio 2015, n. 1266, in *De Jure Giuffrè*. In proposito la giurisprudenza di merito (Trib. Reggio Calabria 2 luglio 2020, n. 658, in *De Jure Giuffrè*) ha precisato che "il principio di bigenitorialità non può comportare la effettuabilità e la rimborsabilità delle sole spese straordinarie che abbiano incontrato il consenso di entrambi i genitori escludendo così anche quelle spese che si dimostrino non voluttuarie e corrispondenti all'interesse del figlio beneficiario del diritto al mantenimento (quali quelle conseguenti alla scelta dell'università più adatta agli studi universitari del figlio)". Infatti, continua la motivazione, qualora le spese straordinarie riguardino decisioni di maggiore interesse per il figlio e risultino "compatibili con le condizioni economiche dei genitori", deve escludersi la configurabilità di un ob-



In definitiva, tornando a concentrare l'attenzione sulle spese straordinarie, è possibile concludere che esse coincidono con le spese funzionali a soddisfare esigenze non abituali della vita del minore. Sono incluse in questa categoria, pertanto, quelle stesse spese che rivestono un carattere eccezionale e non prevedibile. Un ulteriore criterio che consente di delineare il confine tra spese ordinarie e straordinarie è quello del tenore di vita goduto in costanza di convivenza: da questo punto di vista, infatti, potrebbero essere considerate ordinarie le spese che rientrano nel normale *ménage* familiare e straordinarie quelle che, per la loro entità, travalichino tale limite. I due criteri possono combinarsi variamente e presentarsi in modo disgiunto o sovrapposto: è possibile, quindi, che una spesa possa considerarsi straordinaria in quanto generata da un evento non prevedibile e al tempo stesso rientri tra quelle che per la loro entità risultino agevolmente affrontabili con le risorse economiche di cui la famiglia dispone. Può accadere, inoltre, che eventi prevedibili diano luogo ad esigenze il cui soddisfacimento richieda un apporto economico superiore alle normali disponibilità dei genitori. È configurabile, infine, l'ipotesi in cui i due elementi che concorrono a delineare il carattere eccezionale della spesa si presentino congiuntamente, di modo che un evento straordinario e non prevedibile generi un'esigenza del figlio il cui soddisfacimento richieda una significativa esposizione patrimoniale del genitore.

3. – Nell'ambito delle questioni concernenti le spese straordinarie si pongono delicati problemi interpretativi con specifico riferimento a quelle che comportano l'assunzione di decisioni di maggior interesse per il figlio [19]. È possibile, infatti, che nell'ambito delle spese necessarie per far fronte ad esigenze non preventivabili e di quelle che travalicano il limite segnato dal tenore di vita familiare si ravvisino spese che assumono un rilievo più marcato ai fini dell'attuazione dell'interesse del figlio. Proprio in considerazione di queste particolari caratteristiche sarebbe auspicabile, da una parte, una preventiva concertazione delle spese anzidette; al tempo stesso, tuttavia, la particolare rilevanza assunta dall'interesse del minore giustificherebbe la possibilità di adottare in via unilaterale le decisioni concernenti tali spese straordinarie [20]. Muovendo da queste pre-

---

bligo di informazione e di concertazione preventiva a carico del coniuge affidatario o collocatario.

[19] Cass. 8 giugno 2012, n. 9372, in *Fam. e dir*., 2013, 113, con nota di A. ARCERI, *Onere di mantenimento della prole e spese straordinarie nella recente giurisprudenza della Cassazione*, la quale definisce spese straordinarie quelle che, per la loro rilevanza, imprevedibilità ed imponderabilità, esulano dall'ordinario regime di vita dei figli; Cass. 20 giugno 2012, n. 10174, in *Fam. e dir*., 2013, 113, con nota di A. ARCERI, *Oneri di mantenimento della prole e spese straordinarie nella recente giurisprudenza di Cassazione*, che opportunamente precisa come l'obbligo di preventivo concerto non possa condizionare la rimborsabilità di tutte le spese straordinarie, occorrendo, di volta in volta, valutare l'afferenza delle stesse a decisioni di maggior interesse o meno: soltanto nel caso in cui una decisione di maggior interesse che ha generato una spesa straordinaria sia stata assunta da un genitore senza consultare l'altro, questi avrà buon diritto di rifiutare il rimborso pro quota (nella specie, si era trattato dell'iscrizione del figlio ad una costosa scuola privata); v. però, in senso difforme: Cass. 27 aprile 2011, n. 9376, in *Dir. e giust*., 2011, 237, con nota di P. PALEARI, *Spese mediche dei figli: gli accordi tra i genitori sono vincolanti*, secondo la quale il giudice, a seconda dei casi, può eliminare la necessità di previo accordo in ordine alle spese afferenti alle decisioni di maggior interesse, quando ritenga che uno dei genitori non sia in grado, per le proprie scarse o mancanti attitudini genitoriali, di partecipare alle decisioni da assumere in merito (nella specie, si trattava di ingenti spese per un trattamento ortodontico); v. anche Trib. La Spezia 14 marzo 2007, in *Fam. e dir*., 2008, 389, con nota di A. ARCERI, *Onere di mantenimento della prole e tempi di permanenza presso ciascun genitore, nell'affidamento alternato e nell'affidamento condiviso*, che afferma la non opportunità di subordinare alla previa concertazione il diritto al rimborso delle spese straordinarie non afferenti alle decisioni di maggior interesse. Ferma restando la possibilità per il genitore che intende effettuare una spesa sulla quale l'altro genitore non presta il proprio consenso, di ricorrere all'autorità giudiziaria affinché si pronunci in merito, autorizzando la spesa o ratificandone l'attuazione.

[20] Il principio appare consolidato nella giurisprudenza di legittimità. In questo senso Cass. 3 febbraio 2016, n. 2127, cit.; Cass. 30 luglio 2015, n. 16175, cit.; Cass. 5 maggio 1999, n. 4459, in *Fam. e dir*., 1999, 318, con nota di R.C. DELCONTE, *Genitore affidatario e concertazione con l'altro coniuge delle spese straordinarie*; in *Corriere giur*., 1999, 1105, con nota di G. DE MARZO, *Spese straordinarie nell'interesse dei figli e consenso del genitore non affidatario*.



messe, si è consolidato il principio secondo cui la necessità di una preventiva concertazione assume un'importanza preponderante; cionondimeno, anche ove essa non ricorra, non può escludersi la configurabilità di un dovere di contribuzione in capo al genitore non ascoltato o dissenziente laddove emerga che la spesa unilateralmente decisa dall'altro risulti conforme all'interesse del minore e coerente rispetto alle condizioni patrimoniali della famiglia [21].

La questione che si prospetta può essere ricondotta al problema più generale della rilevanza "esterna" degli obblighi familiari. Nell'ambito della famiglia unita il problema si era posto con riferimento alla cosiddetta rilevanza esterna dell'obbligo di contribuzione. Con questa espressione si indica la situazione nella quale, in presenza di un'obbligazione contratta individualmente da un coniuge al fine di soddisfare esigenze della famiglia o dei figli, si configura un necessario coinvolgimento anche dell'altro coniuge che non abbia assunto la veste di parte nel contratto dal quale l'obbligazione è scaturita. Con un'importante pronuncia, ormai risalente, la giurisprudenza di legittimità diede vita ad un orientamento secondo il quale il coinvolgimento del coniuge non contraente poteva essere giustificato facendo leva sulla "rappresentanza apparente", ossia sulle circostanze oggettive che potevano indurre il terzo entrato in rapporto con l'altro coniuge a ritenere che l'atto compiuto fosse avallato anche da colui che non aveva preso parte al contratto [22].

In dottrina la rilevanza esterna dell'obbligo di contribuzione è stata sostenuta anche muovendo dall'art. 144, comma 2 cod. civ.: si è affermato, in particolare, che, una volta concordato l'indirizzo della vita familiare, compete a ciascun coniuge il potere di attuarlo. L'effettività di tale potere presuppone necessariamente che anche il coniuge che non disponga di sufficienti risorse proprie possa compiere nell'interesse della famiglia atti che impegnino in tutto o in parte le risorse dell'altro; ciò perché il consenso alla conduzione di un determinato indirizzo di vita familiare implicherebbe implicitamente la legittimazione di simili iniziative [23].

I principi appena descritti sono stati formulati dalla Cassazione con riferimento a fattispecie nelle quali uno dei coniugi nell'ambito di un nucleo familiare unito assumeva individualmente obbligazioni nell'interesse della famiglia in attuazione di un indirizzo concordato in termini generali e coerente con il *ménage* familiare [24].

Queste stesse considerazioni sembrano conservare validità anche nel diverso contesto familiare caratterizzato dalla crisi della coppia. Infatti nel caso in cui i genitori (separati, divorziati o non conviventi) conducano vite separate è ravvisabile un obbligo a concordare un indirizzo della vita della famiglia divisa in ragione del-

---

[21] V. Cass. 26 settembre 2011, n. 19607, cit., nella quale ha assunto rilievo il motivato dissenso espresso dal genitore non collocatario con riferimento all'assunzione di significativi oneri necessari al fine di effettuare un soggiorno studio negli Stati Uniti.

[22] La soluzione interpretativa adottata da Cass. 7 luglio 1995, n. 7501, in *Fam. e dir*., 1996, 140, con nota di M. Sesta, *Obbligazioni assunte da un coniuge nel nome dell'altro*, ha trovato costante riscontro nella successiva giurisprudenza di legittimità: Cass. 15 febbraio 2007, n. 3471, in *Fam. e dir*., 2007, 557, con nota di L. Pascucci, *Le obbligazioni contratte da un coniuge nell'interesse della famiglia tra diritto giurisprudenziale e possibile evoluzione legislativa*; Cass. 10 ottobre 2008, n. 25026, in *Dir. fam. e pers*., 2009, 1103, con nota di C. Pennisi, *Sulla responsabilità solidale del coniuge non stipulante per le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia*; Cass. 18 maggio 2015, n. 10116, in *Giust. civ. mass*., 2015; Cass. 30 novembre 2021, n. 37612, in *Fam. e dir.*, 2022, in corso di pubblicazione, con nota di L. Strazzera, *Sulle obbligazioni contratte dal singolo coniuge nell'interesse della famiglia*.

[23] A tale riguardo M. Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, cit., 221, pone in risalto l'inscindibile legame tra la responsabilità solidale dei coniugi per le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia e la previsione che impone ai coniugi l'obbligo di concordare l'indirizzo della vita familiare attribuendo a ciascuno "il potere di attuare l'indirizzo concordato" (art. 144 cod. civ.). In argomento v. L. Strazzera, *Sulle obbligazioni contratte dal singolo coniuge nell'interesse della famiglia*, cit., in corso di pubblicazione; R. Caravaglios, *La comunione legale*, II, Giuffrè, 1995, 88; A. Falzea, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ*., 1977, I, 609; F. Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e continuato da L. Mengoni, V, I, 1, Giuffrè, 1979, 41.

[24] Sulle obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia C.M. Bianca, *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, cit., 52.



la presenza di uno o più figli minori o non autosufficienti [25]. Similmente a quanto l'art. 144 cod. civ. prescrive per le coppie coniugate, la definizione di massima di un indirizzo della vita familiare comporta anche un implicito assenso generalizzato all'assunzione di obbligazioni funzionali ad attuare l'interesse del figlio comune. I criteri forniti dalla giurisprudenza di legittimità e di merito sembrano quindi rispondere ad una condivisibile esigenza di tutela dell'affidamento dei creditori che vantino le loro pretese anche nei confronti del genitore non contraente, salvi casi particolari nei quali sia riscontrabile il carattere voluttuario della spesa, la sua non coerenza rispetto alla condizione economica della famiglia o una preventiva opposizione espressa manifestata dal genitore non contraente.

4. – In conclusione si può affermare che l'indirizzo consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità si ponga nel solco della regola della rilevanza esterna dell'obbligo di contribuzione e ne espanda la portata laddove delinea i presupposti della "irrilevanza esterna" dell'obbligo di concertazione dei genitori riguardo alle spese straordinarie da sostenere per il figlio.

Nella coppia unita, infatti, la concertazione tra i genitori costituisce, di regola, un elemento connaturato all'unione che li lega ed al dovere di delineare ed attuare di comune accordo un indirizzo della vita familiare. L'esigenza di concordare le spese per i figli indubbiamente sussiste anche nelle famiglie caratterizzate dall'assenza di un legame tra i genitori e dev'essere attuata in mancanza di una loro naturale propensione all'accordo. L'individuazione di una categoria di decisioni di maggiore interesse la cui adozione non può essere ostacolata da contegni ostruzionistici di uno dei genitori risulta funzionale ad attuare l'interesse del minore ad una celere adozione delle decisioni che lo riguardano e, al contempo, costituisce un efficace strumento di tutela dei creditori che ripongano il proprio affidamento sulla garanzia patrimoniale offerta da entrambi i genitori [26].

Ciò, del resto, può essere osservato come un corollario dell'affermarsi del principio della bigenitorialità e dell'estensione generalizzata dell'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale [27]. Con tali profonde modificazioni della disciplina delle relazioni familiari il legislatore ha inteso compensare l'instabilità del

---

[25] E. AL MUREDEN, *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, *La crisi della famiglia*, I, Giuffrè, 2015, 237; E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. e dir.*, 2014, 466.

[26] Al riguardo appare significativa una recente decisone di legittimità (Cass. 15 ottobre 2021, n. 28462, in *De Jure Giuffrè*) che, dovendosi pronunciare riguardo alle spese sostenute dal figlio in qualità di studente universitario fuori sede, ha stabilito che "il principio secondo cui il genitore non collocatario è tenuto a contribuire anche alle spese straordinarie effettuate dall'altro genitore non previamente concordate, a patto che siano sostenute nell'interesse del figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente e di entità sostenibile in rapporto alle condizioni economiche dei genitore, non viene meno nei casi in cui tali spese straordinarie non siano state oggetto di preventiva concertazione". Ne deriva, pertanto, che "il coniuge non affidatario non può sottrarsi alle spese straordinarie", da sostenersi, nel caso di specie, al fine di reperire "un alloggio per la frequentazione universitaria del figlio fuori sede". In senso analogo Cass. 15 febbraio 2017, n. 4060, cit.; Cass. 10 giugno 2016, n. 12013, in *Dir. e giust*., 2016, 8, con nota di K. MASCIA, *Anche se dissenziente, il padre deve pagare al figlio gli studi universitari fuori sede*; Cass. 30 luglio 2015, n. 16175, cit. I principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità hanno trovato recenti applicazioni anche nelle decisioni di merito. In questo senso Trib. Busto Arsizio 14 dicembre 2021, n. 1769, in *De Jure Giuffrè*; Trib. Lanciano 5 novembre 2021, n. 320, in *De Jure Giuffrè*; Trib. Modena 14 settembre 2021, n. 1260, in *Guida dir*., 2022, 7; Trib. Reggio Calabria 2 luglio 2020, n. 658, cit. e, in particolare, Trib. Piacenza, 14 maggio 2020, n. 254, in *Guida dir*., 2021, 3, ove si legge che "non è configurabile a carico del coniuge affidatario un obbligo di informazione di concertazione preventiva con l'altro, in ordine alla determinazione delle spese straordinarie che rispondano effettivamente all'interesse del figlio minore". In tali casi, continua la motivazione, "la sussistenza o meno di un consenso preventivo non può ostare al sorgere di un obbligo di contribuzione" pro quota alle spese già sostenute.

[27] M. SESTA, in M. SESTA, A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, cit., 33 ss.



vincolo tra i genitori, sottolineando il loro comune coinvolgimento nei rapporti con il figlio ed imponendo ad essi in ogni caso, anche nell'ipotesi in cui siano separati o divorziati, un dovere di concordare l'indirizzo della vita familiare nel quale è incluso anche il dovere di concertazione delle spese straordinarie [28]. In questo mutato contesto tale ultimo dovere continua ad assumere un significativo rilievo nei rapporti interni alla famiglia, ma, condivisibilmente, non può essere osservato alla stregua di un elemento dotato di rilevanza esterna e capace di limitare le pretese di soggetti estranei alla famiglia quali sono i creditori, quantomeno nelle ipotesi in cui le obbligazioni assunte da uno dei genitori in assenza di una preventiva concertazione siano funzionali all'attuazione dell'interesse del figlio e risultino coerenti rispetto alla condizione economica di entrambi i genitori.

[28] M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 231; E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, cit., 470.

JUS CIVILE



MARIA PIA PIGNALOSA

Professoressa associata – Università degli Studi di Roma "Foro italico"

GIOCHI PUBBLICI E DIRITTO PRIVATO. APPUNTI DA UNO STUDIO

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2.* Segue*: l'evoluzione della disciplina normativa dei giochi pubblici e la crisi del primato della legge. – 3. Giochi e scommesse: il cosiddetto "nodo" definitorio. – 4. Giochi e scommesse nella categoria dei contratti aleatori. – 5.* Segue*: dal gioco "*passionale*" al gioco "*razionale*"? – 6. Giochi e scommesse autorizzati e scommesse finanziarie: dall'*homo ludens*, all'*homo faber*, all'*homo oeconomicus*. – 7. La regolazione dei rapporti tra privati nel mercato dei giochi pubblici. – 8. Giochi e scommesse autorizzati e struttura dei contratti. – 9. Tutela della concorrenza e giochi pubblici. – 10. I giochi e le scommesse autorizzate negli ordinamenti stranieri: "uno sguardo oltre le Alpi".*

1. – Il tema dei giochi e delle scommesse è quanto mai sfuggente per l'interprete. Questa inafferrabilità discende dalla complessità [1] del fenomeno, una complessità che concerne molteplici aspetti e si articola su più livelli.

Anzitutto il nodo definitorio [2] o, se si vuole, concettuale; un aspetto sul quale si è fin troppo indugiato e in questa sede si tornerà solo nella misura in cui si rivela strumentale e propedeutico alla nostra indagine.

È noto poi come la complessità sia stata alimentata anche e soprattutto dalla commistione dei profili giuridici con quelli sociologici, psicologici e persino morali, nonché dalla circostanza per la quale il tema è stato vittima di una certa diffidenza da parte degli studiosi del diritto, e specialmente del diritto privato. Secondo una risalente e diffusa opinione, che ha condizionato a lungo lo studio del tema in esame, il diritto non dovrebbe interessarsi al gioco, in quanto si tratterebbe di un'attività esercitata per diletto, svago o distrazione e quindi caratterizzata dalla inutilità economica [3].

---

[1] Il lemma *complessità* è ricorrente negli scritti recenti. Il diritto del ventunesimo secolo, scrive M. PALAZZO, *Il contratto nella pluralità degli ordinamenti*, Napoli, 2021, 20, è il diritto della complessità; una complessità che sarebbe «alimentata dalla internazionalizzazione del medesimo diritto e segnata dalla contraddittorietà e dalla indeterminatezza delle regole», la quale «delinea un ordinamento giuridico fortemente segnato da interdipendenze, discontinuità, interazioni e conseguentemente da un inevitabile grado di incertezza che rende obsoleta l'idea di un centro e diffusa, invece, quella problematicità degli assetti normativi e della non perfetta prevedibilità del nuovo equilibrio, comunque transeunte, che il sistema aspirerebbe a raggiungere». Richiamano la complessità anche M. TRIMARCHI, *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, Convegno in onore di Vincenzo Scalisi, (Messina 27-28 maggio 2016), Milano 2017, 27; P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ*., 2010, 317; e su un piano più generale la complessità è richiamata anche da E. MORIN, *Oltre l'abisso*, Roma, 2016, *passim*.

[2] Così lo qualifica L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, in *Il Codice civile*, *Commentario*, fondato e già diretto da P. SCHLESINGER e continuato da F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, 3.

[3] C. MANENTI, *Del gioco e della scommessa dal punto di vista del diritto privato, romano e moderno*. Appendice alla traduzione d'annotazione del titolo V, *De aleatoribus*, del libro XI del *Commentario alle Pandette* di Glück, Milano, 1898-1899, 585.



La complessità coinvolge anche il profilo delle fonti, che non si esaurisce nella scarna e laconica disciplina contenuta nel codice civile (artt. 1933-1935 cod. civ.) e in quello penale (artt. 718-723 cod. pen.), ma si articola in una abbondante e disordinata legislazione speciale e in una assai ricca normativa regolatoria che ne rende assai difficoltosa la ricostruzione, potendosi a ragione parlare, usando il lessico della postmodernità novecentesca [4], di una disciplina multilivello, per la quale si auspica già da tempo la raccolta in un testo unico [5].

La complessità è data anche e soprattutto dal fenomeno stesso che stiamo indagando, dall'enorme numero di giochi offerti dal mercato, ma prima ancora dalla circostanza che, in mancanza di una definizione legislativa, si pone anzitutto la necessità di definire, sia pur a livello stipulativo, il gioco e la scommessa.

Non può revocarsi in dubbio che non esista un concetto giuridico di gioco da contrapporre ad uno di scommessa; piuttosto sembrerebbe che, nella scelta di non definire gli istituti, il legislatore li abbia intesi nel loro uso corrente [6]. Ma la polisemia del termine gioco, la contaminazione che lo stesso termine ha assunto nel linguaggio comune [7], e le molteplici sfaccettature che lo stesso può assumere, rendono lo sforzo definitorio [8] ancor più complesso.

Per comprendere la poliedricità del fenomeno basta già riflettere sulla circostanza che il termine gioco vanta una notevole ricchezza semantica, capace di evocare una pluralità di tipi insuscettibili di essere ridotti ad unità: c'è il gioco solitario del bambino e il gioco che coinvolge più giocatori; c'è il gioco senza regole e quello regolato; c'è il gioco di abilità e quello di sorte; c'è il gioco istantaneo e quello di durata; c'è il gioco fine a se stesso e quello volto a premiare un vincitore, al cui interno è ancora possibile distinguere il premio dell'alloro dalla vittoria di una somma di danaro o di altre utilità suscettibili di valutazione economica; c'è il

---

[4] M. PALAZZO, *op. cit*., 100.

[5] Si veda in questo senso, tra gli altri, B.G. MATTARELLA, *Introduzione*, in AA.VV., *Le regole dei giochi. La disciplina pubblicistica dei giochi e delle scommesse in Italia*, a cura di A. BATTAGLIA, B.G. MATTARELLA, Napoli, 2014, 3, il quale osserva come per il settore dei giochi vi sia «un serio problema di inflazione normativa, di rapporti tra fonti, di contraddittorietà tra norme e quindi di arbitrarietà nella loro applicazione, di eccesso di discipline derogatorie e transitorie»; L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento*, in *Munus*, 2012, 2, 2, nel sollecitare la redazione di un testo unico in materia di giochi suggerisce, condivisibilmente, di anteporre alla disciplina vigente una parte generale che racchiuda i principi cardine della materia nell'intento di garantire la trasparenza e la certezza del diritto.

E occorre riconoscere, proprio nella prospettiva segnalata da Saltari, che l'opera curata da Battaglia e Mattarella, da apprezzare per lo sforzo di compilazione e riconduzione a sistema, potrebbe effettivamente agevolare un legislatore illuminato che, come si augura lo stesso Mattarella a 3 della *Introduzione*: «volesse restituire ordine e certezza a un sistema normativo di importanza crescente».

Anche la Corte costituzionale ha rimarcato già da tempo la necessità di un complessivo riordino normativo della materia: Corte cost., 24 giugno 2004, n. 185, in *Pluris*.

[6] F. SANTORO-PASSARELLI, *Giuoco e scommessa – Mutuo per gioco*, in *Riv. dir. civ*., 1941, 471 «ciò che veramente caratterizza il giuoco è (che) (…) deve trattarsi appunto di giuoco» ossia di una attività «ideata o realizzata per divertire»; C. FURNO, *Note critiche in tema di giochi, scommesse e arbitraggi sportivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1952, 643; e più di recente L. FERRI, *Recensione* a A. FEDELE, *Gioco o scommessa?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1949, 150, osserva come nella comune opinione, nel comune vocabolario le due voci sono ben distinte e distinguibili. E questa circostanza renderebbe evidente che il legislatore, riferendosi a concetti *extra*-giuridici, non può che assumerli come sono.

[7] C. FURNO, *Note critiche in tema di giochi, scommesse e arbitraggi sportivi*, cit., 649, nota 72, osserva che «giocare non vuole infatti dire, propriamente, "puntare" (ossia scommettere), ma solo eseguire, svolgere il gioco secondo le sue regole. Se gioco e giocare hanno assunto nel parlar comune e volgare anche il senso di "puntare", scommettere, ciò è dipeso dalla contaminazione e dallo scambio frequente dei rispettivi significati, dovuto al fatto che bene spesso la scommessa si mescola e si confonde col gioco»; anche A. FEDELE, *Giuoco o scommessa*? in *Riv. dir. comm*., 1948, 2, richiama l'imprecisione del linguaggio comune.

[8] Ricche di affascinanti suggestioni sono le pagine di L. SAVIANI, *Ermeneutica del gioco. Dal gioco come simbolo alla decostruzione come gioco*, Napoli, 1998, 176, che ripercorre in una carrellata densa di spunti di riflessione le intuizioni suggerite da Fink, Heidegger, Nietzsche, Gadamer e Derrida, ricordando come il gioco non si possa definire, potendosi al massimo descriverne alcune circostanze e alcuni effetti.



gioco che eleva e il gioco che trascina nel baratro e ciascuna di queste specie potrebbe variamente combinarsi con le altre consegnandoci ancora altri tipi [9].

A ragione si è osservato come questa complessità del gioco, se da un lato interessa il giurista, per altri aspetti lo lascia indifferente [10]. L'interprete dovrebbe infatti svolgere lo studio sul terreno del diritto positivo, senza indulgere in considerazioni sociologiche [11], filosofiche o morali [12], cercando di lasciare sullo sfondo le suggestioni sollecitate da altre scienze [13].

Si tratta dunque di un fenomeno plurale e questa pluralità è al tempo stesso la cifra e la chiave di lettura dalla quale occorre muovere per essere fedeli al dato positivo e alla realtà del fenomeno che stiamo indagando.

Questa pluralità si riflette nella nota tripartizione consegnataci dalla tradizione che è solita distinguere all'interno della categoria i cd. giochi *proibiti*, i giochi *tollerati* e i giochi *autorizzati*, anche denominati giochi *pubblici* o giochi *organizzati* [14]. Si tratta di una tripartizione pacifica e consolidata che tuttavia necessita di una precisazione concettuale. Per il diritto civile non vi sono giochi vietati e giochi non vietati. L'unica distinzione ammissibile, in virtù degli artt. 1933 ss. cod. civ., è tra debito munito di azione e debito non munito di azione [15]. E d'altra parte anche dalla lettura del Codice penale e del Testo Unico delle leggi di Pubblica Sicurezza non si evince alcuna disciplina che vieti il gioco d'azzardo in quanto tale. Piuttosto, ciò che emerge dalla legislazione penale è il divieto per i privati di *organizzare* il gioco d'azzardo e di *favorirne* la diffusione in un luogo pubblico o aperto al pubblico (art. 718 cod. pen.), nell'intento di tutelare la sicurezza e l'ordine pubblico in presenza di attività che si prestano a favorire l'*habitat* ad attività criminali [16].

Il presente studio si concentra esclusivamente sui giochi e le scommesse *autorizzate*, l'interesse per i quali è dettato non solo dalla circostanza di costituire il terzo mercato italiano [17], ma anzitutto perché si tratta del-

---

[9] Si sofferma sulla pluralità del gioco con un ricco e significativo elenco di esempi: L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 5; ma prima ancora si veda la ricerca di A. CAPPUCCIO, "Rien de mauvais". *I contratti di gioco e scommessa nell'età dei codici*, Torino, 2011, 22 ss.

[10] L. MODICA, *op. cit.,* 6.

[11] È fin troppo banale ricordare al lettore che desideri indagare il fenomeno ludico da una prospettiva antropologica o sociologica il riferimento a J. HUIZINGA, Homo ludens, Haarlem, 1938; o F.M. DOSTOEVSKIJ, *Igrok*, Moskva, 1866, trad. it., *Il giocatore*, Verona, 1933. Meno note sono le ricerche di P. BOURDIEU, La distinction, Les éditions de minuit, Paris, 1979, trad. it., *La distinzione. Critica sociale del gusto*, Bologna, 2001, 217 ss., in cui l'Autore analizza il rapporto che corre tra *sport* e classi sociali; nonché R. DAWKINS, *The salfish gene*, Oxford, 1976, trad. it., *Il gene egoista. La parte immortale di ogni essere vivente*, Milano, 1992, 60 ss.; ma per una più ricercata e attenta bibliografia storica e sociologica si rinvia all'opera monografica di A. CAPPUCCIO, cit., *passim*.

[12] G.B. FERRI, *La «neutralità» del gioco*, in *Riv. dir. comm*., 1974, 28 ss.

[13] In una prospettiva economico-sociale la cifra caratteristica del gioco è stata ravvisata nella sua inutilità, nella sua non serietà, contrapponendosi al lavoro, che si distingue dal gioco per la sua serietà e per essere rivolto ad un fine di utilità. Così C. MANENTI, *Del gioco e della scommessa dal punto di vista del diritto privato, romano e moderno*, cit., 585; nonché ID., *Del debito di gioco in rapporto alla teoria delle obbligazioni naturali*, in *Riv. dir. comm*., 1915, I, 97.

[14] Nel testo, così come nei titoli dei paragrafi, il lettore attento noterà che talvolta si ricorre all'espressione *giochi pubblici*, altre a quella *giochi autorizzati*, altre ancora si impiega il lemma *giochi organizzati*. Non si tratta di un uso disinvolto o distratto dei termini ma, al contrario, si impiega talora un'espressione, altre volte una diversa in quanto ciascuno degli aggettivi, che ricorre accanto al termine gioco e scommesse di cui all'art. 1935 cod. civ., ha la capacità di evocare le plurime caratteristiche degli stessi e, pertanto, attraverso un loro uso selettivo saranno impiegati proprio per evocare la specifica caratteristica che si rivela pertinente ai fini del discorso di volta in volta avviato.

[15] Tra i primi a puntualizzare questo aspetto è A. PINO, *Il giuoco e la scommessa e il contratto aleatorio*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, 787.

[16] Su questo profilo nel diritto romano si veda lo studio di P. ZILIOTTO, *Disciplina privatistica classica del gioco d'azzardo vietato*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2017, X, 1 ss.; e l'approfondita e critica ricerca di S. BREMBILLA, Provocat me in aleam ut ego ludam. *Scommessa e giuoco nella prospettiva della dottrina e delle fonti*, in *SDHI*, 75, 2009, 331 ss.; nonché G. IMPALLOMENI, *In tema di gioco*, in Sodalitas, *Scritti in onore di Antonio Guarino*, Napoli, 1984, 2331 ss.

[17] Per avere una efficace idea della ingenza del mercato, almeno quello *on line*, si vedano i dati e la ricerca svolta da *Deloitte*, *On-*



la specie più diffusa e allo stesso tempo più trascurata dagli interpreti e che merita, invece, di essere approfondita per i plurimi problemi che la stessa solleva.

Da tempo si è rilevato [18] come le figure tradizionali delle scommesse e dei giochi tra privati, l'obbligazione naturale e l'effetto della *soluti retentio* – che costituiscono i temi intorno ai quali la dottrina ha a lungo e appassionatamente dibattuto – hanno perduto molto della loro centralità, stante l'inarrestabile ascesa ed espansione delle scommesse e dei giochi autorizzati, che relegano le scommesse e i giochi tra privati a ipotesi del tutto marginali.

Anche più di recente si è osservato come la gran parte degli studi dedicati all'argomento muovano dalla fattispecie delle scommesse e dei giochi meramente tollerati e, in quanto tali, non muniti di azione, assegnando il ruolo di regola cardine dell'intera materia alla *denagatio actionis* dettata dall'art. 1933 cod. civ., che sarebbe pensata come regola generale rispetto alla quale si configurerebbero come mere eccezioni le ben più numerose ipotesi di scommesse e giochi tutelati [19].

Tuttavia, la realtà economica e sociale, e la conseguente evoluzione normativa, testimoniano una vastissima diffusione delle scommesse e dei giochi autorizzati dotati di piena tutela, che suggerisce e impone di ripensare [20] il rapporto tra regola ed eccezione per come è stato concepito nel Codice civile [21] e, conseguentemente, impostato dagli interpreti.

L'art. 1933 cod. civ. si rivela una disposizione deputata ad operare per manifestazioni marginali di gioco e scommessa non riconducibili alle categorie tutelate dall'ordinamento e per le quali, stante la dimensione privata e occasionale del fenomeno, il legislatore ha scelto di mantenersi neutrale [22] non accordando azione per il pagamento, limitandosi a riconoscere la irripetibilità di quanto spontaneamente pagato dopo l'esito di un gioco o di una scommessa, purché non vi sia stata frode e il perdente non sia incapace.

Una scelta che, come si è opportunamente rilevato, è apparsa sintomatica di una considerazione marginale del fenomeno, pensato eccentrico rispetto alle ordinarie regole di circolazione della ricchezza ed espressivo

---

line gaming. Il settore del gioco on line*: confronto internazionale e prospettive.* Il lavoro, come si legge nella *Prefazione*, costituisce il risultato della collaborazione fra il Centro Arcelli per gli Studi Monetari e Finanziari dell'Università Luiss Guido Carli (CASMEF) e *Deloitte Financial Advisory* S.r.l. sul gioco *on line*.

[18] E. VALSECCHI, Voce *Giuochi e scommesse* (dir. civile), in *Enc. dir*., XIX, Milano, 1970 63.

[19] M. PARADISO*, I contratti di gioco e scommessa*, Milano, 2013, 4-5.

Della incontrastabile ascesa della variante aliena di un tipo marginale, la scommessa autorizzata, parla D. MAFFEIS, Homo economicus, homo ludens: *l'incontrastabile ascesa della variante aliena di un tipo marginale, la scommessa legalmente autorizzata, (art. 1935 c.c.)*, in *Contratto e impresa*, 2014, 4-5, 836 ss., il quale, condivisibilmente, esorta a «superare l'arcaica prospettiva che immiserisce il fenomeno della scommessa nella prospettiva del diniego di azione di cui all'art. 1933 cod. civ. per dedicarsi a studiare sia le scommesse comuni che vengono a formare l'industria del gioco sia quelle scommesse finanziarie che sono i derivati *over the counter* e ciò con una rilettura dell'art. 1935 c.c.»; più di recente anche M. GRONDONA, *Debiti di gioco e questioni restitutorie*, in AA.VV., *Giochi e scommesse sotto la lente del giurista*, a cura di P. COSTANZO, Genova, 2021, 28, critica quanti pensano ancora al gioco e alla scommessa come un settore del diritto privato di importanza marginale.

[20] Opportunamente gli interpreti più sensibili alle trasformazioni sociali ed economiche del fenomeno ludico auspicano e hanno proposto una riforma degli artt. 1933-1935 cod. civ., e si veda in questo senso: F. BILE, *Per una rivisitazione del Codice civile in tema di diritti patrimoniali*, in AA.VV., *Materiali per una revisione del Codice civile*, vol. I, a cura di V. CUFFARO, A. GENTILI, Milano, 2021, 6. Si tratta, come si legge nella *Presentazione*, della raccolta dei materiali raccolti come «il frutto di una lunga ricerca svolta dall'associazione Civilisti Italiani negli anni tra il 2017 ed 2021 sulla possibilità di aggiornare il nostro Codice civile, rendendolo più rispondente ad esigenze che si sono manifestate nella società civile ed hanno in certi casi trovato eco nella giurisprudenza»; nel medesimo senso già M. PARADISO, *op. cit*., 34 ss., e da ultimo: P. CORRIAS, *La gestione convenzionale dell'incertezza tra fenomeno ludico e mercato finanziario,* in *Riv. dir. bancario*, 2022, 368.

[21] Cfr. al riguardo il punto n. 756 della Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile del 4 aprile 1942 che esplicitamente considera eccezionali entrambe le ipotesi per le quali è accordata piena tutela dagli artt. 1934-1935 cod. civ.

[22] G.B. FERRI, *La «neutralità» del gioco*, cit., 28.



di interessi che non superano il confine di una questione privata, insuscettibili di proiettarsi nel mercato, e a fronte dei quali non è parso opportuno attivare il costoso ingranaggio coercitivo [23].

Quando, invece, il gioco e la scommessa diventano attività socialmente utili, sia pur in modo indiretto (art. 1935 cod. civ.) ovvero concorrono all'incremento e allo sviluppo di attività già di per sé socialmente utili (art. 1934 cod. civ.) [24] cessa l'applicabilità dell'art. 1933 cod. civ. e il credito che sorge è munito di azione.

Concentrando dunque l'attenzione sui giochi e sulle scommesse autorizzate, occorre anzitutto rilevare come la complessità alla quale ci si è richiamati può essere qui indagata anche sotto una diversa e ulteriore prospettiva, analizzando la pluralità di interessi che il tema coinvolge e le diverse scelte compiute dal legislatore nel tentare un loro bilanciamento nel corso delle diverse stagioni legislative [25].

2. – Nel tentare di descrivere, sia pur in estrema sintesi, l'evoluzione della disciplina normativa dei giochi pubblici, la dottrina [26] ha ben individuato quattro periodi, ciascuno dei quali si caratterizza per il perseguimento di differenti politiche pubbliche.

Il primo periodo, che possiamo datare dall'unificazione italiana fino al 1992, si caratterizza per un *regime di divieto e di limitazione del gioco d'azzardo*, che era proibito salve le ipotesi espressamente consentite [27] e rigorosamente riservate [28] allo Stato che poteva, eventualmente, darle in concessione [29]. Lo scopo dell'azione

---

[23] Vedi così L. MODICA, *op. cit.*, 41.

[24] Come di recente ha ben ribadito P. CORRIAS, *La gestione convenzionale dell'incertezza*, cit., 366, il fondamento della piena tutela da parte dell'ordinamento per le competizioni sportive si fonda sulla valenza positiva che dello *sport* con riguardo alla salute e alla qualità della vita sulla conseguente meritevolezza di ciò che agevola tale attività, comprese le scommesse con le quali si puntano somme di danaro su eventi sportivi che rappresentano una fonte di finanziamento degli stessi. E in questo senso tra le più esplicite si segnala Pret. Roma, 17 luglio 1979, in *Giust. civ.*, 1980, I, 503, secondo la quale una scommessa privata, relativa al campionato di calcio di serie A, conclusa da soggetti non partecipanti alla suddetta competizione sportiva, è riconducile all'ambito di applicazione dell'art. 1934 cod. civ. e non a quello dell'art. 1933 cod. civ.

In una prospettiva storica si vedano le pagine di U. GUALAZZINI, *Premesse storiche al diritto sportivo*, Milano, 1965, 1 ss.

[25] B.G. MATTARELLA, *Introduzione*, cit., 1, richiama la pluralità di interessi pubblici che il gioco regolato coinvolge. Interessi pubblici di primo piano come quelli legati all'ordine pubblico, alla prevenzione di rilevanti patologie, alla lotta al riciclaggio finanziario e alla finanza pubblica. «Questi interessi hanno sempre giustificato un intervento penetrante da parte del legislatore e la recente evoluzione del fenomeno e delle forme di gioco ha acuito alcune esigenze sottese alla regolazione pubblica». Come ad esempio i rischi, sia per il giocatore, sia per il fisco, connessi al gioco *on line*. Ma si pensi poi, sottolinea Mattarella, al crescente affidamento che le manovre finanziarie fanno sulle entrate derivanti dal gioco, al punto da far dubitare che quella regolazione sia volta principalmente alla prevenzione degli abusi e patologie e da far ipotizzare un *favor* dell'ordinamento per il gioco, come attività a saldo positivo per la società, purché svolta nel rispetto delle norme di ordine pubblico e di quelle fiscali.

[26] M. GNES, Voce *Giochi e scommesse*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, Milano, 2022, 542; si veda poi, con alcune differenze in ordine al quarto periodo, M. FIASCO, *Breve storia del gioco in Italia: tre epoche per tre strategie*, in *Narcomafie*, settembre 2010, 22 ss.; F. COSTELLI, *Il fenomeno del gioco d'azzardo: sintesi dell'evoluzione normativa in Italia*, in *Diritto & diritti*, 2020 (*www.diritto.it*); G. SIRIANNI, *Il gioco pubblico dal monopolio fiscale alla regolamentazione nella crisi dello stato sociale*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 801 ss.

[27] I giochi permessi erano il lotto (introdotto nel 1863), alcuni concorsi pronostici introdotti nel secondo dopoguerra (Totocalcio nel 1946 e il Totip nel 1948), le lotterie nazionali e i giochi nei casinò autorizzati con specifica legge.

Sull'importanza che ha rivestito il gioco del totocalcio nel rendere indipendente economicamente lo *sport* dalla politica si legga l'interessante studio storico di M. MONACO, *Il dibattito sul totocalcio ed il suo uso politico*, in *Riv. dir. sportivo*, 2018, 272 ss.; I. MARANI TORO, *Dalla Sisal al totocalcio*, in *Riv. dir. sportivo*, 1984, 1; G. BRUNAMONTINI (a cura di), *50 anni di totocalcio tra letteratura e realtà*, Roma, 1996, 106 ss.; O. CARAMASCHI, *Concorsi pronostici e scommesse: il finanziamento dello sport dalla nascita del totocalcio ad oggi*, in AA.VV., *Giochi e scommesse sotto la lente del giurista*, a cura di P. COSTANZO, cit., 147.

[28] Nel nostro ordinamento vige una riserva statale in materia di giochi e scommesse, stabilita con il d.lgs. 14 aprile 1948, n. 496, in forza della quale i privati non sono legittimati a svolgere attività imprenditoriali in questi settori. L'esercizio dell'attività, a seguito di riserva originaria, è consentito solo allo Stato che può decidere di conferirlo a soggetti privati tramite concessioni. Per organizzare ed esercitare giochi pubblici e raccogliere scommesse è necessario ottenere un'apposita concessione e un'autorizzazione di pubblica



di polizia non era di moralizzare con l'uso di mezzi repressivi, quanto di colpire gli atti in grado di ledere un diritto degli altri consociati: l'ordine pubblico.

Il secondo periodo, che si è soliti collocare nel decennio 1992 –2003, è caratterizzato dalla *politica di fiscalizzazione dei giochi*, sfruttati come leva fiscale per aumentare le entrate e ridurre il debito pubblico e, in questa prospettiva, furono introdotte accanto alle lotterie tradizionali, legate a pochi e specifici eventi, le lotterie istantanee con le quali si velocizzò il ritmo di gioco; al contempo furono inseriti nel mercato nuovi giochi, con la necessità di esternalizzare i punti di raccolta. Queste novità comportarono un notevole incremento della spesa destinata al gioco e, conseguentemente, delle entrate erariali.

Il terzo periodo, dal 2003 al 2009, è stato efficacemente descritto come il *periodo dell'aziendalizzazione*, nel quale si avvia, non solo il processo di unificazione delle competenze in materia in capo all'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, ma si tenta di razionalizzare e ottimizzare il gettito erariale derivante dal settore dei giochi. Si apre il mercato dei giochi e delle scommesse a distanza, si disciplina la rete telematica degli apparecchi e terminali da intrattenimento e, infine, si consente all'AAMS di indire nuove lotterie ad estrazione istantanea, di adottare ulteriori modalità di gioco del lotto, al fine di assicurare maggiori entrate a seguito del terremoto che aveva colpito l'Abruzzo.

L'aumentare incessante di nuovi giochi ha comportato inevitabilmente l'affermarsi di una diversa stagione legislativa, un quarto periodo, che inizia nel 2009 e si caratterizza per una serie di interventi legislativi connotati da una progressiva attenzione ai problemi connessi al gioco, sebbene accompagnata in un primo momento dall'espansione dei giochi.

A partire dal cosiddetto Decreto Balduzzi del 2012 [30] inizia una progressiva *azione di contrasto al "disturbo da gioco d'azzardo"*, la pubblicità viene in un primo momento limitata, per essere successivamente vietata con il cosiddetto Decreto dignità del 2018 [31] con il quale il divieto si estende a qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, relativa ai giochi o scommesse con vincite in denaro – ad eccezione delle lotterie nazionali a estrazione differita e delle manifestazioni di sorte a carattere puramente locale o ricreativo/culturale, nonché dei loghi sul gioco sicuro dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli – attribuendo all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni il potere di irrogare sanzioni amministrative previste per la violazione del divieto.

---

sicurezza. Il r.d. 18giugno 1931, n. 733, recante il Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza prevede che per esercitare un'attività nel settore dei giochi e delle scommesse è necessario essere in possesso di una concessione amministrativa di AAMS e di una licenza di polizia rilasciata dalla Questura territorialmente competente.

[29] Come si è anticipato, il sistema dei giochi e delle scommesse nel nostro ordinamento si fonda, per tradizione, su una riserva statale. Ciò che merita di essere posto in luce è la considerazione per la quale, detta riserva troverebbe il suo fondamento anzitutto nella costituzione *ex* art. 43 Cost., nonché su un regime autoritativo di tipo concessorio.

In questo contesto, il gioco d'azzardo si configura come un'attività economica non libera, ma regolata da una peculiare disciplina amministrativa che ne assegna il monopolio e il controllo allo Stato. In particolare, si è di fronte ad un modello di concessione traslativa di servizi pubblici con cui si conferisce ai privati, non già la titolarità, ma l'esercizio del servizio dei giochi sotto il controllo dello Stato. Si vedano in argomento le riflessioni di S. CASSESE, *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in *Giur. Cost*., 1960, 6, 1332 ss; C. BENELLI, E. VEDOVA, *Giochi e scommesse tra diritto comunitario e diritto amministrativo nazionale*, Milano, 2008, 73 ss., e più di recente: G. PEPE, *La regolamentazione del gioco d'azzardo in una prospettiva comparata*, in *www.comparazione dirittocivile.it* 01-2019; e M. GNES, *op. cit*., 543.

[30] Decreto legge, 13 settembre 2012, n. 158, cd. "Decreto Balduzzi". Si vedano in particolare gli artt. 5 comma 4, 7 commi 4-7, e 7 comma 10.

[31] Decreto legge, 12 luglio 2018, n. 87, convertito con legge 9 agosto 2018, n. 96 cd. "Decreto dignità". Sulle novità normative introdotte dal decreto richiamato si vedano le considerazioni di E. TAGLIASACCHI, *La disciplina delle misure dirette a contrastare il fenomeno della ludopatia dopo il Decreto Dignità: sistema e tutele crescenti o occasione perduta?*, in *Corti supreme e salute*, 2018, 2, 449 ss., e più di recenti le attente considerazioni critiche di A. ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 2, 46.



A decorrere poi dal dicembre del 2012 è stata prevista l'incorporazione dell'AAMS nell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (ADM) che dispone di *poteri normativi*, sia di normazione del settore, sia di individuazione degli indirizzi che esercita con discrezionalità e che rispondono all'esigenza di assicurare la tutela del consumatore, dei minori, della sicurezza pubblica e del gioco responsabile, la tutela della concorrenza, la promozione e la pubblicità dei prodotti di gioco nel rispetto dei principi di tutela dell'utenza [32].

Questo rapido *excursus* ci mostra la trasformazione e l'evoluzione dei giochi e delle scommesse da affare privato a fenomeno di massa, con inevitabili conseguenze sul piano giuridico, così come si vedrà oltre. Per il momento basti accennare come la disciplina dei giochi *pubblici* o *autorizzati* ha subìto, al pari di altri istituti, una fuga dal codice a favore di una rete [33] di fonti disomogenee, leggi statali, decreti ministeriali, dirigenziali e circolari che concorrono a definire un quadro di regole, insuscettibili di essere ricondotto a sistema [34].

Occorre precisare che il richiamo contenuto nell'art. 1935 cod. civ. ad un solo tipo di gioco, la lotteria, fotografa una realtà sociale, quella del '42, nella quale la stessa era l'unico gioco pubblico di larga fruizione. La *ratio* della norma si coglie appuntando l'attenzione non già al tipo di gioco, che, come si è anticipato, rispecchiava la realtà dell'epoca, ma sul ruolo che al suo interno svolge l'autorizzazione.

Un ruolo duplice: da un lato, il suo carattere pubblicistico implica una valutazione di opportunità, che non dovrebbe limitarsi ai profili fiscali [35], rappresentando, piuttosto, un filtro per elidere i pericoli e le insidie che fondano il divieto penale, attraverso la verifica delle garanzie offerte dall'organizzazione al pubblico e la destinazione degli introiti; dall'altro, l'autorizzazione è al tempo stesso presupposto di efficacia dei contratti conclusi a valle, la cui mancanza ne determinerebbe la nullità, impingendo nel divieto penale, rappresentando, pertanto, un presupposto indispensabile, una *condicio iuris* di validità [36].

Pur nella complessità ed eterogeneità che caratterizza la disciplina dei giochi pubblici, si è soliti [37] rinvenire due elementi connotativi: la presenza di un organizzatore, ossia di un soggetto pubblico o privato che organizza e gestisce il gioco, così consentendo ad una pluralità di persone di partecipare, ed in secondo luogo il controllo diretto o indiretto da parte dello Stato [38]. Un controllo che può essere esercitato in due forme:

---

[32] Si veda in questi termini M. GNES, voce *Giochi e scommesse*, cit., 550.

[33] Il ricorso all'immagine della rete è di recente impiegato da M. PALAZZO, *op. cit.,* passim.

[34] Lo rileva, tra gli altri, L. MODICA, *op. cit*., 119.

[35] Quello delle implicazioni fiscali è un argomento ricorrente negli scritti si veda ad esempio: M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contratto e impresa*, 2013, 81.

[36] E. VALSECCHI, *Il gioco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm*., diretto da A. CICU, F. MESSINEO, XXXVII, t. 2, 1986, II ed. riv. e agg., 144.

[37] T. DI NITTO, *I giochi e le scommesse*, in *Trattato di dir. amministrativo*, a cura di S. CASSESE, III, Milano, 2000, 2377; e più di recente M. GNES, *op. loc. cit*.; già nel 1958 F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale* (codici e norme complementari), 9ª edizione riveduta e aggiornata, vol. V, Milano, 1958, 216, avvertiva che «esiste un'*organizzazione tecnica* del gioco, la quale ha un rilievo, poiché esercita il suo influsso sulla disciplina giuridica di esso. Il caso dei due giocatori che fanno una partita a carte o a scacchi (e simili) è una figura arcaica, sebbene sia quella a cui si pensa più di frequente, quando si parla di gioco. Oggi, prevale il gioco o la scommessa, nel quale intervengono *masse di giocatori*; l'organizzazione ne è, quindi, una necessità».

L'organizzazione alla quale si richiamava Messineo nel 1958 era evidentemente lo specchio dei tempi: quella «approntata dalle case da gioco, o è quella che si lega a manifestazioni sportive di tipo agonistico». Messineo, con il solito acume, anticipa un aspetto fondamentale ai fini della nostra indagine: nella prima specie a cui si richiama, va ricompreso tutto ciò che concerne la distinzione dei giochi e i rapporti giuridici fra giocatore e casa da gioco e anche i rapporti tra giocatori, che si servono dei locali e delle attrezzature della casa di gioco; nella seconda specie, rientrano gli istituti del totalizzatore e del c.d. bookmaker e delle operazioni (e conseguenti rapporti giuridici), che si svolgono fra costoro e gli scommettitori.

[38] L'art. 1 del decreto legislativo 14 aprile 1948, n. 496, riserva allo Stato l'*organizzazione* e l'*esercizio* di giochi di abilità e di concorsi pronostici per i quali sia prevista una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro. Lo Stato monopolista può concedere l'esercizio di tali attività ai privati. L'art. 2 del presente decreto prevede infatti che lo Stato può «*effettuarne la gestione direttamente, o per mezzo di persone fisiche o giuridiche, che diano adeguata garanzia di idoneità*».



l'esercizio esclusivo da parte dello Stato o di altri enti pubblici; o una seconda forma che si realizza assoggettando l'esercizio dei giochi ad apposita concessione e autorizzazione amministrativa.

3. – La difficoltà di definire il gioco, nell'intento di coglierne i tratti connotativi e così distinguerlo dalla scommessa, ha dato vita, specie negli studi più risalenti, ad un ricco dibattito tra gli interpreti; un dibattito che ad alcuni è apparso sterile, se non persino scientificamente erroneo [39], in quanto le distinzioni in tanto possono effettuarsi in quanto vi sia una diversità normativa che le renda necessarie e le giustifichi.

La disputa sulle differenze tra le due figure ha una ragione meramente storica, in quanto nel diritto comune si distingueva il gioco dalla scommessa, poiché la tradizione romanistica era interpretata nel senso che il debito di gioco fosse sfornito di azione, salvo quelli praticati *virtutis causae*, diversamente dal debito da scommessa [40]. Nel nostro diritto positivo, così come nelle numerose leggi speciali che ad essi si richiamano, il gioco e la scommessa sono configurati come contratti nominati [41]. Si tratta del risultato di una lunga e in-

[39] A. PINO, *Il giuoco e scommessa e il contratto aleatorio*, cit., 778.

[40] L. ENNECCERUS, H. LEHMANN, *Lehrbuch des burg.Rechts, II*, Tubingen, 1945, 752. Come ricorda C. ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, Milano, 2016, 134, nota 9, non può trascurarsi che la prospettiva originaria del diritto comune, specie nella sua versione germanistica, era proprio nel senso di dettare un diverso trattamento al gioco e alla scommessa, riconoscendosi la piena validità alla scommessa e tendenziale illegalità del gioco se non la sua irrilevanza per il diritto; in questa prospettiva si veda W.E. WILDA, *Die Wetten, in Zeitschrif für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, § (1843), 200, (spec. 210 ss. e 220 ss.) Il che spiegherebbe secondo Angelici perché i temi che stiamo indagando siano affrontati, quando si vuole porre l'attenzione sulla impegnatività dell'operazione contrattuale, nel nostro ordinamento sulla scorta di un confronto con la scommessa, mentre in quello tedesco il confronto è con il gioco.

La distinzione tra gioco e scommessa era, invece, rilevante nel diritto romano e ciò sulla scorta di tre leggi (la Tizia, la Publicia e la Cornelia) di data incerta. Esse vietavano i giochi aleatori ma, al contrario, consentivano le *sponsiones*, ossia le scommesse sull'esito delle gare agonistiche. La differente disciplina fu conservata anche da Giustiniano, che confermò il divieto di giochi aleatori e la liceità delle scommesse, sia pur limitandole sia sotto un profilo quantitativo, sancendo il limite della puntata ad un soldo per ogni scommessa, sia qualitativo, consentendo solo le scommesse sui "*cinque giochi*". Anche i divieti in materia di gioco, così come molti altri, erano sospesi in occasione dei *Saturnalia*.

Per una ricostruzione storica dei profili in esame nel diritto romano, si veda P. ZILIOTTO, *op. cit.*, 2; S. BREMBILLA, *op. cit*., 376; G. IMPALLOMENI, *op. cit*., 2333.

[41] R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato Vassalli*, VI, II, Torino, 1975, 608, per il quale «la collocazione dell'art. 1933 c.c., e del capo XXI, possono ragionevolmente far concludere che gioco e scommessa costituiscono un vero contratto nominato». Si veda, in una prospettiva diversa, la posizione di A. PINO, *op. cit*., 781. L'autore muove da una considerazione: gli artt. 1933 ss. cod. civ. non regolerebbero un tipo negoziale autonomo determinandone causa, forma e struttura, come avviene, invece, per ogni paradigma negoziale disciplinato negli altri Capi del medesimo Titolo III del libro delle obbligazioni. Secondo Pino, si tratterebbe di una normativa diretta a regolare gli effetti patrimoniali del gioco e della scommessa, non alla formazione e alla funzione di un dato tipo contrattuale. In particolare, sarebbe errato sostenere che «gli artt. 1933 ss. c.c. consentano l'elaborazione del gioco e della scommessa come un paradigma negoziale autonomo da porre accanto alla compravendita, alla locazione etc.». Più in particolare, si osserva che l'ordinamento giuridico non disciplinerebbe l'accordo che interviene tra i partecipanti al gioco e relativo allo svolgersi dell'attività, nonché alle regole alle quali attenersi, ma disciplina l'altro accordo, quando sussiste, e cioè quello con il quale all'esito del gioco e della scommessa si subordina l'*an* o il *quantum* degli effetti patrimoniali. Per Pino, dunque, «(l)a fonte degli effetti patrimoniali non è costituita dall'attività di gioco o scommessa, né da un particolare paradigma negoziale, ma da qualunque negozio unilaterale o bilaterale, che il giocatore realizza per unire all'esito del gioco e scommessa una efficacia patrimoniale.

Più di recente si vedano le belle pagine di E. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in AA.VV., *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*. *Quaderni di Banca e borsa e tit. di cred*., a cura di D. MAFFEIS, Milano, 2014, 38, 93 ss., secondo il quale, sebbene il codice civile, sull'esempio del codice napoleonico e poi di quello civile unitario del 1865, dedichi al gioco e alla scommessa uno dei capi del titolo III del Libro IV, proprio quello dedicato ai contratti tipici, e questa collocazione potrebbe suggerire che gioco e scommessa siano una delle tante figure tipiche in cui si può articolare l'attività contrattuale, in realtà così non sarebbe in quanto «le poche norme dedicate all'istituto non lo rendono affatto una delle tante figure contrattuali analiticamente e parattatticamente (…) disciplinate dal legislatore». Si legge, spec.



contrastata tradizione [42] che ne tratta come due figure contrattuali affini.

La correttezza di questa sistemazione – e la considerazione del gioco e della scommessa come negozi giuridici appartenenti entrambi alla categoria dei contratti – è stata contestata nella prima metà del secolo scorso, formandosi un orientamento che, separandosi dalla tradizione, ha negato al gioco le caratteristiche della giuridicità, riservando la qualifica di contratto solo alla scommessa [43].

Non può revocarsi in dubbio che il gioco in sé e per sé, considerato come attività libera o regolata e disinteressata, non ha alcuna rilevanza per il diritto, almeno per il diritto dei contratti e delle obbligazioni [44]; il gioco è preso in considerazione dall'ordinamento quando lo stesso si accompagni ad una convenzione tra due o più parti che dall'esito del gioco faccia dipendere la corresponsione, a favore di uno o più soggetti, di una prestazione a contenuto patrimoniale, la cd. vincita [45].

93, che il legislatore si occuperebbe del contratto avente ad oggetto gioco e scommessa solo per dire che in realtà esso non sarebbe «un vero contratto».

Prescindendo dalla qualifica di «vero contratto» richiamato dall'Autore, che sembra suggerire che ci sia un contratto "vero" al quale contrapporre un contratto "falso", la tesi richiamata, sebbene meritevole della massima attenzione, muove da una premessa da noi non condivisa: pensare ancora una volta e in modo anacronistico il fenomeno in esame come un fenomeno singolare e riducibile alla vetusta regola dell'art. 1933 cod. civ.

[42] In una prospettiva storica sull'evoluzione del gioco e della scommessa, si vedano almeno: MANENTI, *Del gioco e della scommessa*, cit., 585 ss.; POTHIER, *Trattato del gioco*, *Opere*, II ed. it.; P. BONFANTE, *Le obbligazioni naturali e il debito di giuoco*, in *Riv. dir. comm*., 1915, I, 97; DEGNI, *Giuochi e scommesse*, in *Nuovo Dig. It*., VI, Torino, 1938, 356; MIRABELLI, *Contratti speciali*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, XII, Napoli-Torino, 1924; nei commentari si segnala: G. TRIDICO, *Rendita-Assicurazione-Giuoco e scommessa-Mandato di credito-Anticresi-Transazione-Cessione dei beni ai creditori*. Commento agli artt. 1861-1986, in *Commentario al Codice civile*, V. de Martino, Roma, 1976, 634 ss.; nonché il *Commentario al Codice civile*, diretto da M. D'AMELIO, E. FINZI, *Dei contratti speciali*, Parte II, Firenze, 1948, 355.

Tra i lavori monografici si veda la ricca e suggestiva ricerca di A. CAPPUCCIO, "Rien de Mauvais". *I contratti di gioco e scommessa nell'età dei codici*, cit., *passim*, il quale indaga, come si legge nelle prime pagine del suo lavoro: «il controverso rapporto tra diritto civile e fenomeni ludici nel breve, ma intenso, periodo compreso tra l'Illuminismo e la prima metà del Novecento». Dall'antico *penthatlon* alle moderne competizioni sportive, dalle scommesse sulla data di morte di un Papa o di un imperatore, alle puntate sull'esito delle corse ippiche, dagli scacchi ai *videopokers*, dal lotto ai concorsi pronostici che, come scrive Cappuccio, «sono soltanto alcune delle molteplici declinazioni di un soggetto insofferente a rigide classificazioni, ancorato com'è alla formazione di nuove dinamiche sociali e di diversi contesti giuridici ed economici».

[43] È la nota posizione di C. FURNO, *Note critiche in tema di giochi, scommesse e arbitraggi sportivi*, cit., 643 ss.; seguito da E. VALSECCHI, *Il gioco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm*., diretto da A. CICU, F. MESSINEO, XXXVII, t. 2, 1986, II ed. riv. e agg., 10 ss; ma si veda, sia pure in forma dubitativa, L. FERRI, *Recensione*, cit., 150, il quale nel rimproverare all'opera di Fedele una lacuna pregiudiziale (ossia non affrontare una questione fondamentale: chiarire se il gioco o la scommessa siano proprio contratti riconosciuti per tali nel nostro ordinamento giuridico o non siano essi, piuttosto, fuori dall'ordinamento giuridico, istituti di un diverso ordinamento, quello comprendente le norme di convivenza o dell'onore) esorta gli interpreti a non esimersi dall'«onere della ricerca», sia pure nella riconosciuta difficoltà del tema.

Per una dura critica alla posizione del Furno, si veda F. CARNELUTTI, *Figura giuridica dell'arbitro sportivo*, in *Riv. dir. proc*. 20 ss., e specificamente, 21, per il quale alla radice il torto del Furno sta nel confondere tra gioco e scherzo.

«Che la scommessa possa essere un contratto sul gioco, una specie di parassita del giuoco, come dice il F. in un altro passo, è un conto; certo il totalizzatore alle corse dei cavalli come il totocalcio per il *foot-ball* presentano tale figura, ma un altro conto è che non vi siano scommesse se non sul gioco (…). Il vero è che si chiama scommessa quella forma di gioco, nella quale il giuoco, cioè il divertimento, consiste solamente nel contratto. Nella scommessa il giuoco è la causa non l'oggetto del contratto; *causa ludendi*, (…) non *causa fingendi*. Si contratta non per burla, ma per divertimento. Il divertimento sta nel cercarsi un rischio, che altrimenti, seguendo il corso normale della vita, non s'incontrerebbe. Il quale rischio può essere ma anche non essere il risultato d'un gioco altrui».

[44] F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, 1958, 216.

[45] I primi rilievi contro l'impostazione tradizionale sono stati avanzati da C. FURNO, *op. cit*., 643; le cui osservazioni sono state riprese poco dopo da E. VALSECCHI, *Il gioco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm*., diretto da A. CICU, F. MESSINEO, XXXVII, t. 2, 1986, II ed. riv. e agg., 10 ss., il quale riconosce al Furno il merito di aver sistemato categorie e chiarito concetti per il passato confusi e si afferma che, a confortare l'indirizzo del Furno, militerebbero infatti serie esigenze logiche; anche



Se il gioco acquista valore per il diritto solo allorché vi sia una scommessa sull'esito dello stesso, venendosi così a costituire un rapporto a contenuto patrimoniale, rispetto al quale il gioco si pone come presupposto logico (peraltro non necessario), l'espressione che ricorre all'art. 1933 cod. civ., che richiama *il debito di gioco o di scommessa*, apparirebbe fuorviante [46], in quanto anche il debito di gioco nasce pur sempre da una scommessa, sebbene non sia vero il contrario, in quanto la scommessa può avere ad oggetto non solo l'esito di un gioco, ma anche la bontà di un'affermazione contrastata dall'altra parte.

In questa prospettiva, dunque, il gioco avrebbe una funzione meramente strumentale rispetto alla scommessa con esso associata attraverso il congegno convenzionale della posta, e rappresenterebbe il mezzo che produce l'alea artificiale, tratto tipico della scommessa impegnata sui risultati del gioco, così come si vedrà oltre.

Si ritiene, pertanto, che la legge impiegherebbe impropriamente il termine gioco con riguardo ad un rapporto a contenuto patrimoniale risultante dalla messa in palio di una vincita relativamente al risultato di un gioco e, conseguentemente, i cosiddetti «*debiti di gioco*» non sarebbero in realtà debiti da gioco, ma debiti da scommessa [47]. E non sarebbe un caso che gli interpreti che si sono prodigati a riconoscere al gioco valore contrattuale hanno dovuto distinguere all'interno del *genus* la specie gioco interessato. Ma il gioco d'interesse consiste proprio nel mettere in palio, nel puntare dei valori economici sui risultati del gioco. Dunque, com'è stato osservato [48], là dove possa apparire che il gioco abbia rilevanza giuridico-patrimoniale, questa rilevanza è data proprio dalla scommessa che ad esso si accompagna.

La tesi descritta, sebbene sia connotata da una sua coerente logica, è stata criticata laddove sarebbe smentita dal dato positivo che impiega separatamente [49] il termine gioco e il termine scommessa e che dunque rimanda ad una duplicità di fenomeni che non consentirebbero di neutralizzare il primo riconducendolo alla seconda [50].

Indubbiamente l'argomento letterale ha una sua valenza, ma così come impostato appare un argomento fragile. Ciò che occorre porre in evidenza, piuttosto, non è solo la duplicità dei termini, che sembrerebbe provare troppo, quanto invece, sempre sulla scorta del dato positivo e specificamente del canone letterale, ci sembra essere un altro il limite della tesi richiamata.

A. FEDELE, *Giuoco o scommessa*? cit., 4, nega l'esistenza di un contratto di gioco distinto da un contratto di scommessa. Si veda poi la *Recensione* di L. FERRI, Alfredo Fedele, *Giuoco o scommessa*? cit., 150.

Nella manualistica si veda P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1991, 784, dove l'Autore condivide l'opinione per la quale una rilevanza giuridica possa riconoscersi alla scommessa, e non al gioco che per sua natura è attività libera e disinteressata, non inquadrabile nei fatti giuridici e ancor meno nell'esercizio dell'autonomia contrattuale. La scommessa, invece, sull'esito del gioco o su altri avvenimenti si presenta con la struttura di un contratto.

[46] E. BRIGANTI, *La disciplina dei debiti di gioco*, in *Riv. not*., 1994, 252, il quale osserva come il gioco sarebbe un presupposto logico della scommessa, un presupposto non necessario in quanto la scommessa può vertere, oltre che sull'esito di un gioco, anche a sostegno di una affermazione di verità o di un'opinione contrastata dalla controparte; C.A. FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, in *Tratt. dir. civ*., diretto da F. VASSALLI, Torino, 1961, 3ªed. riveduta e ampliata, IX, 24, quando scrive dei «debiti cosiddetti di gioco e di scommessa (o meglio, soltanto di scommessa)» sembra rifiutare l'idea che il gioco possa essere fonte di obbligazioni allorché non si accompagni alla scommessa.

[47] C. FURNO, *Note critiche*, cit., 650.

[48] E. VALSECCHI, *Il gioco e la scommessa. La transazione*, cit., 10.

[49] L. FERRI, *op. cit*., 150, opportunamente rileva, nel criticare la tesi di Fedele, come «per lo stesso legislatore i due vocaboli non sono certo sinonimi se nell'art. 1933 esso ci parla di giuoco e scommessa e nell'articolo successivo (non certamente per distrazione) soltanto di gioco».

[50] Tra i primi a segnalare come il fine di lucro non contraddica la natura del gioco è Carnelutti e al riguardo si vedano le belle pagine pubblicate sulla Rivista di diritto e procedura civile (F. CARNELUTTI, *Gioco e processo*, in *Riv. dir. proc*., 1951, 108), nelle quali l'Autore trae spunto per le sue riflessioni dall'articolo a lui dedicato da CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc. civ*., 1949, I, 23, nelle quali Calamandrei sostiene che il processo non è un giuoco, ma che tale può diventare. Carnelutti, nel cercare di chiarire i rapporti tra processo e gioco, dedica le sue riflessioni per chiarire il concetto di gioco. Da ultimo L. MODICA, *op. cit*., 9.



Gli interpreti che negano al gioco natura contrattuale muovono dal presupposto, indimostrato, e anzi contraddetto dal dato positivo, per il quale il fine di lucro contraddirebbe la stessa natura del gioco; ma allorché si superi, sulla scorta del dato positivo, questa precomprensione e si rifletta sulla lettera della legge che individua all'interno del *genus* gioco quello che dà luogo a debiti, si comprende come ridurre il gioco alla sola figura della scommessa sia una tesi che non meriti di essere seguita.

Giova ricordare che la interpretazione presuppone la polisemia ed impone all'interprete la fatica di selezionare tra i vari significati quello fatto *proprio* dal legislatore [51].

Il gioco interessato, ossia il gioco al quale si accompagna una posta sui risultati di gioco, non potrebbe essere ridotto alla scommessa e ciò in quanto il gioco interessato non contraddirebbe la natura del fenomeno — ammesso che il fenomeno sia riducibile ad un'unica natura e non sia, invece, come noi riteniamo, e come si è già evidenziato nelle prime pagine del lavoro, un fenomeno plurale — ossia una competizione dal cui esito le parti fanno dipendere l'*an* o il *quantum* di una attribuzione patrimoniale, la cd. vincita, rappresentando, piuttosto, un connotato dello stesso che lo distingue dal gioco disinteressato irrilevante per il diritto [52].

D'altra parte, la patrimonialità non è in sé neanche un tratto necessariamente connotativo della scommessa, potendosi ben scommettere per il puro diletto di avere ragione.

Dunque, se si seguisse la teoria criticata, le stesse argomentazioni che gli interpreti impiegano per riconoscere alla scommessa, e negare al gioco, natura contrattuale, potrebbero essere utilmente impiegate anche per negare alla scommessa, allorché sia per la pura gloria, la medesima natura. E allora è ancor più evidente che quella tesi, sebbene coerente e dotata di una sua logica, non merita di essere condivisa perché muove da una premessa che, come si è anticipato, non solo non è dimostrata, ma ancor più grave: supera il dato positivo.

Una volta isolata la figura del gioco interessato si è inevitabilmente posto il problema di trovare dei criteri che riuscissero a spiegare la differenza tra gioco interessato e scommessa, una distinzione che si legge di frequente: sconta l'irrilevanza giuridica, stante l'unicità di disciplina. Una ricerca destinata all'insuccesso, come più volte ricordato dagli interpreti, in quanto frustrata dalle stesse premesse, non esistendo un concetto giuridico di gioco e di scommessa. Sia nell'uno come nell'altra il momento ludico e quello economico risultano vicendevolmente implicati e a nulla rileva ai fini della disciplina applicabile la partecipazione o meno delle parti al conseguimento dei risultati di gioco, come testimonia l'art. 1934 cod. civ. laddove precisa che i giochi ivi contemplati sono sottratti alla *soluti retentio* «*anche rispetto alle persone che non vi prendono parte*», ossia gli scommettitori.

Muovendo da questo riferimento positivo alcuni interpreti hanno trovato utile spunto per distinguere il gioco dalla scommessa, ravvisando proprio nella partecipazione al verificarsi dell'esito l'elemento di *discrimen* tra le due figure [53].

---

[51] Come insegna la migliore dottrina: il legislatore è ben consapevole della ricchezza semantica di ogni vocabolo; è ben conscio che ogni parola possiede una pluralità di significati, spesso assai numerosi e diversi tra loro: comuni, settoriali, tecnici, specialistici, gergali, tra i quali l'interprete della disposizione è chiamato a scegliere, selezionando, e così accogliendo il *significato proprio* della parola, conseguentemente escludendo tutti gli altri. La parola comune, una volta entrata nel lessico specialistico della legge, perde la sua originaria ricchezza di significati per assumere solo quel senso che il legislatore ha stabilito. Si veda in questi termini AA.VV., *L'interpretazione della legge*, in *Dieci lezioni*, Torino, 2008, 42.

[52] F. CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, cit., 108, osserva come «la scommessa, che fa dipendere un guadagno o una perdita dal caso, è un giuoco, in quanto diverte o distrae, anch'essa, il corso normale della vita con lo scegliere liberamente un rischio e così con il crearsi liberamente un'attesa entrando la volontà dell'uomo come impulso determinatore (deviatore di quel corso). La scommessa, precisamente, introduce l'elemento del lucro nel gioco; ma il fine di lucro non contraddice alla natura del giuoco perché non esclude (…) il divertimento nel senso più volte indicato, anzi spesso ne è un indice accentuato e perfino esasperato».

[53] M. PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, cit., 47; L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, in *Commentario Scialoja*



Non può dubitarsi che tra i vari criteri di distinzione [54] quello evocato trovi un riscontro positivo, e si è soliti affermare che, proprio la circostanza che ai fini della disciplina applicabile lo stesso sia evocato per equipararne gli effetti, confermerebbe l'inutilità della distinzione, sulla quale pertanto, in questa sede, non indugeremo oltre.

Piuttosto, occorre ragionare su un aspetto poco indagato, ma che merita invece di essere approfondito. Se si muove dalla premessa che ogni gioco ha le sue regole (e per gioco qui mi riferisco solo ai giochi pubblici, naturalmente) la circostanza che gli scommettitori siano anche giocatori, sebbene sia irrilevante ai fini della disciplina codicistica di cui agli artt. 1933 e ss., è davvero in sé irrilevante sotto ogni altro aspetto?

In altri termini, proprio muovendo dalla prospettiva delle *regole del gioco*, occorre chiedersi se e quale incidenza abbia la loro violazione sul contratto. Il tema esula dall'oggetto del presente lavoro, e mi sia consentito rinviare ad una mia più ampia ricerca [55], può tuttavia anticiparsi in questa sede che il richiamo alla *frode*, contenuto nell'art. 1933 cod. civ., già offre un argomento per fermarsi a riflettere sul problema [56]. Ma è

Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni (Art. 1933-1935)*, Bologna-Roma, 1959, 27 ss.; L. BALESTRA, *Il giuoco e la scommessa nella categoria dei contratti aleatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2001, 675; A. FUSARO, *La nozione civilistica di alea*, in AA.VV., *Giochi e scommesse sotto la lente del giurista*, cit., 12.

[54] Per completezza si richiamano comunque le soluzioni suggerite dalla dottrina al fine di tracciare una distinzione tra le due figure. Soluzioni che possono essere raggruppate in base al diverso criterio *soggettivo* e *oggettivo*.

In forza del primo si distingue il gioco dalla scommessa a seconda che le parti si ripromettano di divertirsi o di guadagnare (o entrambe le cose) ovvero che esse vogliano rafforzare un serio dissenso di opinioni.

Mentre con riguardo al secondo si suggerisce di considerare la natura dell'evento posto in condizione e perciò si distingue a seconda che sia o meno un gioco in senso tecnico; o infine quella che ha riguardo alla partecipazione o meno al verificarsi del risultato, potendosi parlare di gioco ogni qualvolta il rapporto di contenuto patrimoniale intercorre tra le stesse persone che prendono parte alla partita o alla gara.

Impiegando il primo criterio, tuttavia, da un lato si trascura che così ragionando si riduce la scommessa ad ipotesi del tutto marginali, ma soprattutto la stessa basa la distinzione sui motivi individuali dei giocatori e scommettitori, trascurando la loro irrilevanza per il diritto, non potendosi così costruire su di essi una classificazione.

Il secondo criterio, al contrario, fondandosi sulla diversa natura dell'evento può essere controllato facilmente e fornisce un elemento più sicuro di differenziazione. Per una puntuale critica ai criteri qui accennati si rinvia a L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 24 ss.

[55] Si rinvia al mio: *I giochi non proibiti. Contributo allo studio dei giochi autorizzati*, di prossima pubblicazione con Jovene, Napoli, 2022.

[56] In giurisprudenza si segnala proprio con riguardo alla violazione delle regole del regolamento di gioco: Cass., 20 marzo 2012, n. 4371, in *Pluris*. La vicenda muove da una scommessa autorizzata concernente una corsa di cavalli ed avente ad oggetto un caso quanto mai singolare, che per chiarezza occorre riportare nei suoi tratti essenziali. Uno scommettitore aveva effettuato numerose "puntate" in un tempo successivo all'allineamento dei cavalli al nastro di partenza. Il ricevitore, ciononostante, aveva accettato le scommesse violando così quella disposizione del regolamento in forza della quale le scommesse potevano essere effettuate esclusivamente prima del momento dell'allineamento dei cavalli ai nastri di partenza. I giudici di merito avevano accolto la domanda del giocatore avente ad oggetto la condanna del gestore al pagamento della posta, in quanto si è affermato che la disposizione regolamentare violata fosse rivolta non già allo scommettitore ma al gestore. La Suprema Corte, condivisibilmente, ha disatteso l'argomento fondato sulla regola di condotta per concentrarsi sulla causa delle scommesse legalmente autorizzate. Il numero delle scommesse e delle vincite di quel singolo scommettitore avrebbe dovuto essere valutato come indice della soggettiva conoscenza, da parte dello scommettitore, del risultato delle corse, o di altre circostanze che lo ponevano in una condizione privilegiata rispetto agli altri. E sarebbe proprio la probabile, soggettiva conoscenza del risultato della corsa, a suggerire alla Cassazione di impostare la motivazione della decisione non già sulle regole di comportamento, ma sulla causa del contratto.

Si veda in argomento M. GIROLAMI, *L'artificio della causa* contractus, Padova, 2012, 124; F. MUCCIARELLI, il cui contributo è consultabile sul sito http//www.disastroderivati.it; e più di recente D. MAFFEIS, Homo oeconomicus, cit., 849, nota 55: il principio di diritto espresso dalla Cassazione, ad avviso dell'Autore in modo un po' acerbo, potrebbe essere sciolto ed esplicitato in questi termini: la scommessa legalmente autorizzata ha causa lecita e meritevole se è conclusa sul presupposto che gli scommettitori si trovino nello stato di conoscenza conforme a quanto risulta dal regime autorizzatorio.

In giurisprudenza si veda anche Cass., 2 dicembre 1993, n. 11924, in *Foro It*., I, c. 626, che aveva ad oggetto, invece, il caso ancor più eclatante della scommessa, sempre su corse di cavalli, accettata dopo che l'ordine di arrivo era già consultabile sui *monitor* e in quella occasione si è stabilito che: «elemento essenziale della scommessa su un pronostico è l'oggettiva incertezza del risultato, sì



altrettanto evidente che l'art. 1933 cod. civ. si limita a richiamare la frode per escludere l'applicazione della *soluti retentio*. Dunque, non è in quel riferimento positivo che può trovarsi la soluzione al quesito proposto, diversamente da com'è stato sostenuto.

In particolare, occorre fermare l'attenzione su una circostanza che appare non trascurabile, domandandosi se le cosiddette *regole del gioco* siano o meno *regole del contratto* o, se, piuttosto, le prime non esulino dalle seconde, potendosi ricondurre ad un ordinamento diverso [57]. È necessario, infatti scongiurare la sovrapposizione di piani sui quali si svolgono l'attività ludica e quella giuridica, allorché quest'ultima faccia riferimento alla prima.

Un altro rilievo è poi necessario anche nell'economia del presente studio: stando al significato del termine gioco impiegato dalla legge, esso può intendersi come *rapporto contrattuale*, al pari del termine scommessa: e in tale accezione sono impiegati i due termini nell'art. 1933 cod. civ.; per converso, nell'art. 1934 cod. civ., il termine gioco – qui impiegato isolatamente dal legislatore, ossia senza l'espresso richiamo alla scommessa – è da identificare con quello di *gara* [58], così da costituire il presupposto tecnico della scommessa, considerati nell'altro senso in cui l'art. 1933 cod. civ. utilizza tali termini [59].

Dunque, il termine gioco, ancor più di quello di scommessa, non è in sé un termine innocente perché è al contempo capace di evocare l'*atto* e il *rapporto*, ma anche, come si chiarirà, e ciò specie nei giochi di massa, l'*attività* intesa come *prestazione di servizi di gioco*.

Nella nostra indagine parleremo di gioco e di scommessa come fenomeni — che possono assumere rilevanza come contratti nominati, ma anche come rapporti che trovano fonte in contratti di servizi di gioco — che stanno ad indicare delle competizioni di vario tipo tra due o più parti, dal cui esito, dipendente dall'abilità, dalla sorte o da entrambe, si riconduce l'attribuzione al vincitore di un vantaggio patrimoniale [60].

4. – Gioco e scommessa sono qualificati secondo una risalente tradizione [61] nella categoria dei contratti aleatori distinguendosi da tutti gli altri (*emptio spei*, assicurazione, rendita vitalizia) per la circostanza che il rischio, dal quale si fanno dipendere gli spostamenti patrimoniali, non preesiste al contratto, ma è da questo artificialmente creato. Più in particolare a connotare il gioco e la scommessa è la circostanza che l'estraneità al rischio sia dia in capo a tutti i contraenti [62] e l'alea è volta a consentire l'identificazione del soggetto tenuto

---

che l'assenza di tale requisito determina la nullità del rapporto per difetto di causa».

[57] Si veda S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, 2, 265 ss.

[58] Sulla differenza tra *gioco* e *gara* si rimanda alle pagine di F. CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, cit., 104 ss., secondo il quale «una specie di gioco è la gara, ma i concetti di gara e di gioco sebbene possano interferire non dicono la stessa cosa». Il concetto di gara postula una regola del suo svolgimento. Sarebbe implicita nel concetto stesso di gara un'esigenza di giustizia dei suoi risultati. Non altrettanto potrebbe dirsi del gioco che non sia una gara. Di qui, continua l'Autore, «la connessione tra diritto e gioco: né il gioco è diritto né il diritto è giuoco, ma il giuoco o meglio quella specie di giuoco che è la gara, ha bisogno del diritto allo stesso modo e per la stessa ragione, in cui ne ha bisogno la vita reale».

[59] F. MESSINEO, *op. cit*., 217.

[60] In questi termini L. MODICA, *op. cit*., p 12.

Per M. PARADISO, *Giuoco, scommesse e rendite*, cit., 33-34, nel gioco, la competizione consiste in una gara o partita tra gli stessi contraenti, nella scommessa la competizione è costituita dalla designazione fortuita di uno dei partecipanti ovvero dalla disputa su un pronostico o sulla verità di un fatto. Nello stesso senso si veda anche L. BALESTRA, *Il giuoco e la scommessa nella categoria dei contratti aleatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2011, 675.

[61] C. MANENTI, *Del gioco e della scommessa,* cit., 637-639.

[62] E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., 41. Come chiarisce M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milano, 2015, 432, assicurazione, vitalizio o *emptio spei* non assumono ad oggetto un'alea artificiale ma



ad eseguire la prestazione dedotta nel contratto e, al tempo stesso, può svolgere la funzione di criterio di determinazione dell'oggetto della prestazione [63].

Quando ci si riferisce all'artificiale creazione del rischio nel gioco e nella scommessa si vuole porre in luce che nessun rischio incombe sulle parti prima e indipendentemente dalla conclusione del contratto, in quanto l'evento, al cui verificarsi è subordinata la vincita o la perdita, è di per sé ininfluente sulle loro economie e viene ad incidere sul patrimonio delle stesse solo in seguito alla conclusione del contratto. E ciò in quanto sono le stesse parti che subordinano al suo verificarsi il conseguimento di un determinato vantaggio patrimoniale per uno o taluni partecipanti al gioco o alla scommessa [64].

Le parti creano un rischio attribuendo ad un evento intrinsecamente inidoneo a determinare danni sulle economie dei giocatori il ruolo di aggiudicatore di un'attribuzione patrimoniale [65]. È l'alea che rende *ab initio* incerte le posizioni dei contraenti, quanto alle loro posizioni di lucro o di danno, ed è lo scioglimento di essa che determina l'incidenza soggettiva del vantaggio o del danno.

Segnatamente, si è rilevato che l'alea che connota i contratti di gioco e scommessa deve intendersi come doppiamente bilaterale [66]: sia con riguardo all'incertezza dell'evento, che deve essere incerto per tutte le par-

---

producono un'artificiale allocazione del rischio: il rischio del sinistro, della sopravvivenza del vitalizato o della venuta ad esistenza di una *res* e della sua consistenza preesistono già nella sfera di uno dei contraenti, ma il contratto ne sposta l'incidenza dalla sfera dell'uno alla sfera dell'atro, esponendosi così quest'altro ad un rischio che prima non subiva e, perciò, ad un rischio artificiale.

[63] G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Napoli, ristampa, 2015, 151, per il quale l'evento incerto svolge la funzione di criterio di determinazione dell'oggetto della prestazione; A. PINO, *op. cit*., 779, per il quale le parti subordinano l'*an* della prestazione o il *quantum* del suo oggetto a un evento diverso da quello originato da attività economica produttiva.

R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir*., II, Milano, 1958, 1024, sul ruolo dell'alea nei contratti di gioco e scommessa chiarisce come in questi casi l'alea si atteggia come il criterio idoneo a individuare il soggetto che sarà tenuto a eseguire una data prestazione, e non soltanto a individuare le caratteristiche oggettive della prestazione medesima. M. ALLARA, *La vendita, corso di diritto civile*, 1946-1947, 88, sottolinea come in altri contratti aleatori, l'incertezza riguardi semplicemente *l'entità* del sacrificio (es.: contratto di vitalizio; vendita di cosa futura con prezzo determinato in relazione alla quantità di cosa futura), oppure il *momento* del sacrificio (es.: contratto di assicurazione sulla vita, per ciò che concerne il sacrificio dell'assicuratore).

[64] L. BUTTARO, *op. cit*., 67; D. RICCIO, *Il gioco e la scommessa*, in *I contrati speciali. I contratti aleatori*, in *Trattato di diritto privato*, vol., XIV, diretto da M. BESSONE, Torino, 2005, 148; E. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, cit., 97; si sofferma più di recente sul concetto polisenso di alea bilaterale: M.F. CAMPAGNA, *Il credito strutturato*, Milano, 2020, 100.

Interessante la prospettiva di indagine di F. CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, cit., 109, il quale, nel confrontare il giuoco e il processo, coglie la similitudine nella circostanza che anche nel processo un guadagno o una perdita dipendono da un evento che, malgrado tutto, le parti non riescono a prevedere: «è l'arbitrio d'un uomo, anziché del caso». Rimane una differenza elementare tra gioco e processo: «per quanto anche il risultato del processo presenti, entro certi limiti, i caratteri del caso, la soggezione a codesto caso è una necessità della vita e non una distrazione, che gli uomini si procurano per avere l'illusione di vivere come piace a loro».

[65] P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, 274; si veda poi anche il più recente contributo: ID., *La gestione convenzionale dell'incertezza tra fenomeno ludico e mercato finanziario*, in *Riv. dir. bancario*, 2022, II, 363.

[66] La caratteristica della bilateralità della incertezza distingue il contratto di gioco e scommessa da altri contratti aleatori, come l'assicurazione danni e l'*empio spei*, nei quali l'incertezza concerne il sacrificio di uno solo dei contrenti. Com'è già stato osservato (si veda A. FEDELE, *op. cit*., p 6, nota 20) la caratteristica della bilateralità della incertezza presuppone quella della bilateralità del contratto, e su questo aspetto del contratto di gioco si veda WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. Padda e Bensa, vol. II, parte II, § 221, nota 2; STOBBEL-LEHMAN, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, vol. III, Berlin, 1898, § 243 ss., il quale però asseconda l'opinione ricorrente tra gli interpreti tedeschi dell'epoca, ossia quella di considerare il contratto di gioco come un contratto bilaterale nella conclusione e unilaterale nell'adempimento.

Per una attenta analisi critica si veda, tra gli altri, R. SACCO, *In tema di contratto di gioco o scommessa (a proposito della competizione "Lascia o Raddoppia",* in *Riv. dir. comm*., 1957, 1, il quale nell'indagare la natura della competizione "Lascia o raddoppia", muove dalla circostanza che il carattere di gioco o scommessa viene negato alla prova in esame sotto plurimi riflessi, tra i quali, per ciò che a noi interessa, l'affermazione che non si avrebbe contratto di gioco o scommessa là dove non sussiste rischio a carico di entrambe le parti contrenti, nel senso che ciascuna di esse possa vincere la posta stabilita determinando la perdita dell'altra.



ti [67], sia in riferimento all'artificialità del rischio che deve essere estraneo alla sfera di tutte le parti [68].

Con riguardo alla artificiale creazione del rischio si è osservato come la stessa se coglie uno dei tratti essenziali del gioco e della scommessa rispetto agli altri contratti aleatori, tuttavia, non appare univoca e non varrebbe a caratterizzarli. Là dove non vi fossero altre coloriture della causa al di fuori dell'alea (artificialmente creata) si configurerebbero come contratti ad alea pura.

Si discute, in particolare, se la creazione artificiale del rischio costituisca il risultato finale, lo scopo cui tendono le parti, o al più la stessa possa vedersi come un mezzo, uno strumento, per il conseguimento del fine, ossia la *causa ludendi* e la *causa lucrandi*, pensate entrambe come essenziali e in concreto inscindibili nel contratto [69].

E in una diversa prospettiva si osserva come nel contratto di gioco e scommessa la *causa ludendi*, quando sia intesa secondo l'opinione comune come spirito ludico, è solo eventuale e sembra rappresentare piuttosto un semplice motivo di un dispositivo cui le parti danno vita al fine di conseguire un guadagno e, al contempo, la *causa lucrandi* di solito non soffre limiti diversi da quello della liceità dei mezzi con cui un tornaconto economico è perseguito [70].

Dunque, ci si interroga sul ruolo della causa nei contratti in esame per dar ragione della *denegatio actionis* e comprendere le diverse ipotesi normative per le quali, invece, il contratto dà vita ad un debito munito di azione, che rappresentano oggi la forma più diffusa di gioco e scommessa tutelati.

Sul piano dogmatico si è osservato come la sola finalità di guadagno, pur correlata al rischio di una perdita, appare, per la sua genericità, inidonea a specificare causalmente il contratto, risolvendosi la speculazione del gioco in un'autosufficienza della volontà negoziale e dunque in un'astrattezza dell'operazione, che dovrebbe condurre all'inesistenza del negozio e non alla irripetibilità della prestazione spontaneamente eseguita [71].

La difficoltà nel tracciare la causa di questi contratti deriva anche dalla circostanza che il legislatore ha adottato nei confronti del fenomeno in esame un atteggiamento ora di *protezione* (1934-1935 cod. civ.) ora di *tolleranza* (1933 cod. civ.) ora di *repressione* (artt. 718 ss. cod. pen.) [72] e la diversa disciplina sembra costituire il frutto di un compromesso tra i diversi interessi che vengono in rilievo [73].

Questo rapido *excursus* della letteratura in argomento ci mostra come gli sforzi degli interpreti si siano a

---

[67] Al riguardo si segnala Cass., 2 dicembre 1993, n. 1194, cit., ove si legge: «*elemento essenziale della scommessa su un pronostico è l'oggettiva incertezza del risultato, sì che l'assenza di tale requisito determina la nullità del rapporto per difetto di causa»;* ma si segnala anche Cass., 20 marzo 2012, n. 4371, cit. In dottrina si veda in argomento: M. GIROLAMI, *L'artificio della causa* contractus, cit., 124; F. MUCCIARELLI, *op. cit.*; D. MAFFEIS, Homo ludens, cit., 849, nota 55, per il quale, come si è anticipato, il principio di diritto espresso in modo un po' acerbo dalla Cassazione, potrebbe essere sciolto ed esplicitato in questi termini: «la scommessa legalmente autorizzata ha causa lecita e meritevole se è conclusa sul presupposto che gli scommettitori si trovino nello stato di conoscenza conforme a quanto risulta dal regime autorizzatorio».

[68] L. MODICA, *op. cit*., 22.

[69] M. PARADISO, *op. cit*., 54; e più di recente si veda l'attenta ricerca di M.F. CAMPAGNA, *op. cit*., 100, spec. nota 82.

[70] M. BARCELLONA, *op. cit*., 433.

[71] C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit., 120; le cui osservazioni sono poi riprese da L. MODICA, *op. cit.*, 53.

[72] E questa scelta sembrerebbe offrire un utile argomento per superare la classificazione dei rapporti umani all'interno dell'alternativa liceità e illiceità, protezione-repressione, all'interno della quale i giochi e le scommesse tollerati non trovano spazio reclamando una zona intermedia tra il campo del lecito e quello dell'illecito del giuridicamente protetto e proibito. E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., 24. Si veda poi, sia pur in forma dubitativa, M. ORLANDI, Tertium non datur, in *Storia metodo cultura*, 2002, 408 ss.

[73] Il più chiaro in argomento è G. TROVATORE, *Attività d'investimento e forme di tutela nel "derivato di scommessa"*, in *Sui mobili confini del diritto. Tra pluralità delle fonti ufficiali e moltiplicarsi di formanti normativi "di fatto". Scritti in onore di Massimo Paradiso*, a cura di M. CAVALLARO, F. ROMEO, E. BIVONA, M. LAZZARA, vol. II, III Sessione: *Responsabilità* – IV Sessione: *Contratto*, Torino, 2022, 640 ss.



lungo concentrati nel comprendere la *ratio* che riuscisse a giustificare la *denegatio actionis*; ma è forse superfluo, giunti a questo punto dell'indagine, ricordare al lettore che il presente vede l'affermarsi dei giochi di massa, organizzati dallo Stato e gestiti per suo conto, ai quali è attribuita la piena tutela giuridica. Piena tutela che si fonda e presuppone una valutazione di meritevolezza, operata *ex ante* da parte dell'amministrazione, dei *mezzi* con i quali l'organizzazione dei giochi verrà attuata e degli *scopi* di utilità generale che con i suoi proventi si mira a soddisfare: fiscali, sportivi, culturali, di beneficenza, perseguiti in un contesto specifico e regolamentato.

Dunque, se è vero che il mero fine di lucro sarebbe in sé difettivo, non autosufficiente, inidoneo a fondare pretese assistite da una causa socialmente e giuridicamente adeguata, è altrettanto vero che quando ad esso si affianchi il perseguimento di altro fine o interesse pienamente meritevole di tutela (come uno scopo sportivo) – o almeno una forma di controllo pubblico o privato che offra sufficiente garanzie esterne (un'autorizzazione legale o amministrativa) contro i pericoli prospettati dalle attività di gioco e scommessa – allora il debito che sorge merita piena tutela [74].

Ben si osserva come detta articolazione di disciplina si rivolge all'*atto*, sebbene con la finalità di tutelare determinate *attività* [75], e questa si rivela una prospettiva feconda e suggestiva che merita di essere seguita e approfondita, nell'intento di raccogliere il suggerimento della dottrina più sensibile ai temi che stiamo indagando e che sollecita già da tempo lo studio delle scommesse comuni attraverso una rilettura dell'art. 1935 cod. civ., superando l'idea tralatizia, se non antiquata, per la quale la scommessa avrebbe una rilevanza sociale contenuta ed una causa tipicamente non seria, e l'idea secondo la quale il contratto, qualsiasi contratto, sarebbe meritevole di tutela soltanto in presenza di una causa seria. Idea che matura sulla scorta di una lettura miope dell'art. 1, comma 1° Cost., ove si legge: «*l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro*» e quindi non sul gioco e sulle scommesse [76].

Il soggetto di diritto è infatti pensato nella Costituzione come un *homo faber* [77], il quale, da solo o insieme con altri, dà luogo ad imprese economiche, a opere materiali e immateriali, a prestazioni di servizi di carattere collettivo e, pertanto, proprio muovendosi da quella prospettiva, il gioco e la scommessa sarebbero guardati come un fatto naturale, prima ancora che giuridico, che vulnera il soggetto dall'azione, dal fare socialmente ed economicamente utile: dunque un qualcosa al quale reagire.

E la reazione, nella logica del legislatore del '42, non è stata quella di servirsi di uno strumento illiberale,

---

[74] M. PARADISO, *Giuoco, scommessa, rendite*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *I singoli contratti*, Torino, 2006, 62; si vedano in argomento le acute riflessioni di G. TROVATORE, *op. cit*., 644.

[75] G. TROVATORE, *op. cit*., 644; e prima ancora L. SALTARI, *op. cit*., 2, indaga il gioco e la scommessa dalla prospettiva del regime giuridico di un'attività non libera, ma regolata, nell'intento di mettere a fuoco i principi sui quali si regge la disciplina pubblica di settore.

[76] Così D. MAFFEIS, Homo oeconomicus, cit., 837-838; ma si veda anche C. ANGELICI, *op. cit*., 142, dove invita a riflettere che l'alternativa serietà non serietà trascura che la non serietà significa dal punto di vista dell'ordinamento mancanza di causa, con tutte le conseguenze che ne discendono e che porterebbero ad affermare che sebbene nell'art. 1933 cod. civ., sebbene vi sia una causa non seria, ciononostante verrebbe a godere di un regime diverso. Sotto un profilo più generale si veda U. BRECCIA, *Causa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XIII, 3, Torino, 1999; ID., *Il problema della causa*, in *Immagini del diritto privato*, vol. II, *Il contratto*, t. I, *Scritti di Umberto Breccia*, Torino, 2020, 335, dove l'Autore si sofferma sulla «causa putativa, simbolica, irrisoria, non trasparente».

[77] Si mutuano le considerazioni che Natalino Irti aveva proposto osservando le conseguenze giuridiche del *Coronavirus*, ossia quel morbo, quel fatto naturale che incide sulla fisicità dell'individuo, vulnerandolo appunto nell'azione; fatto naturale che, come osserva Irti, ha inciso sul diritto stimolando una produzione normativa che, specie nel diritto dei contratti e delle obbligazioni, ha assunto carattere eccezionale e temporaneo. Si veda sul punto: N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*, in *Il Sole24Ore*.



come sarebbe stato il divieto, la proibizione dell'attività di gioco e scommessa. Le scelte di politica legislativa sono state diverse: il legislatore ha adottato un atteggiamento neutrale affidato alla logica dell'art. 1933 cod. civ., allora pensato come regola generale rispetto alla quale facevano eccezione le ipotesi nelle quali l'attività del giocare e dello scommettere fossero, per loro natura o per altre e diverse ragioni, legate talvolta anche alle episodiche e occasionali necessità storiche, meritevoli di piena tutela giuridica e affidate alle diverse regole [78] di cui agli artt. 1934 e 1935 cod. civ.

Se si ammette che le scommesse e i giochi *tollerati* sarebbero muniti di una "*causa debole*" [79], in quanto "non seria", allora occorre necessariamente chiedersi quali siano, invece, gli aspetti valutativi in grado di definirla positivamente, senza fermarsi alla prospettiva negativa della mancanza di serietà (perché diversamente non si comprendono le diverse ipotesi regolate di scommesse e giochi pienamente tutelati) e senza nemmeno discorrere di una generica *causa lucrandi*, e neppure, probabilmente, postulando una ipotetica sua "utilità" per il funzionamento del mercato e per la sua efficienza, come invece è stato fatto nel caso dei derivati, come si vedrà più diffusamente nelle pagine che seguono [80].

5. – In una prospettiva di analisi economica del diritto, si è di recente rilevato come i contratti in esame, sottraendosi alla logica dello scambio e del prezzo, implementerebbero una circolazione della ricchezza estranea a quella generale *razionalità del mercato* [81], la quale regola la distribuzione delle risorse orientandola verso la migliore allocazione [82]. E poiché questo meccanismo vale ovunque vi sia un dispositivo che rimette alla sorte la circolazione della ricchezza, si dovrebbe allora riconoscere che le lotterie e i giochi organizzati sarebbero sottratti dall'art. 1935 cod. civ. all'eccezione di gioco, non in virtù di una loro maggiore meritevolezza, ma solo in forza di una espressa deroga statale a spiegare la quale appaiono decisive ciniche ragioni fiscali [83].

Questa ultima tesi merita una riflessione ulteriore perché occorre chiedersi se davvero tutte le scommesse e tutti i giochi si sottraggono alla razionalità dello scambio e, in secondo luogo, se sia questa la prospettiva più feconda per esaminare le scommesse comuni e le scommesse finanziarie.

---

[78] Per una accurata e critica analisi delle diverse logiche che sono al fondo delle norme di cui agli artt. 1933, 1934 e 1935 cod. civ., si vedano per tutti le pagine di E. BRIGANTI, *La disciplina dei debiti di gioco*, in *Riv. not*., 1994, 251 ss., e spec. 253, dove l'Autore osserva come l'ordinamento non consideri unitariamente il fenomeno, bensì valuta in modo differente i diversi tipi di gioco e tale diversa valutazione si rifletterebbe sulle scommesse relative; M. PARADISO, *Gioco, Scommessa, Rendite*, in *Tratto di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2006; ID., *I contratti di gioco e scommessa*, Milano, 3003; di E. MOSCATI, *Il giuoco e la scommessa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, 13, *Obbligazioni e contratti*, t. V, Torino, 2007, 138 ss.; C. A. FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, Terza edizione riveduta e ampliata, Torino, 1961, *passim*; L. BUTTARO, *Del gioco e della scommessa. Artt. 1933-1935*, in *Commentario del Codice civile*, Libro quarto – Delle obbligazioni, Bologna-Roma, 1959; E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, cit., 1986, *passim*.

[79] L'espressione *causa in senso debole* è mutuata da C. ANGELICI, *op. cit*., 142, ma si veda anche, per comprendere il ragionamento dell'Autore, le lucide osservazioni a 149 e in nota 38.

[80] È nota la posizione di quella dottrina per la quale il contributo utile dello speculatore sarebbe ravvisabile nell'introdurre nel sistema ricchezza informativa: il prezzo di mercato dei rischi è la risultante di una serie di contributi di *"ricchezza informativa"*.

[81] E. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, cit., 103, chiarisce che l'irrazionalità degli spostamenti di ricchezza conseguenti a gioco e scommessa non dipende tanto dalla circostanza che, in tale contesto, il rischio non sia calcolato razionalmente, quanto piuttosto nella circostanza decisiva dell'assenza di qualsivoglia correlazione razionale fra rischio dedotto e posta messa in palio. E ciò in quanto, spec. 117, la monetizzazione del rischio che ricorre nel gioco e nella scommessa è sempre, strutturalmente, arbitraria; altrimenti detto, essa non esprime affatto un prezzo di mercato.

[82] M. BARCELLONA, *Della causa.*, cit., 445.

[83] M. BARCELLONA, *Della causa,* cit., 446.



Se muoviamo dalla specificità delle tre categorie di giochi e scommesse (*tollerati*, *autorizzati* e cd. "*proibiti*"), consapevoli che le connotazioni di ciascuno le rendono insuscettibili di riconduzione ad unità – e si tratta di un metodo, quello di distinguere, che si impone in quanto è lo stesso legislatore a separare all'interno del *genus* giochi e scommesse quelle *tollerate*, quelle *autorizzate* e quelle cd. "*proibite*" – ci si avvede che i giochi e le scommesse, proprio perché costituiscono una realtà multiforme, sono insuscettibili di essere raccolti in un discorso unitario, che rischierebbe di essere smentito non appena ci si soffermi sulle peculiarità proprie di ciascuna specie.

Se la tesi della irrazionalità dello scambio sembra cogliere un tratto dei giochi e delle scommesse tra privati, le cosiddette scommesse *tollerate,* qualche riserva deve invece avanzarsi allorché le medesime considerazioni vengano impiegate per descrivere il meccanismo dello scambio nei giochi e nelle scommesse *autorizzate*.

In altri termini, volendo riprendere una formula di successo elaborata dalla migliore dottrina [84], e fatta propria anche dalle Sezioni unite della Suprema Corte [85], occorre chiedersi: solo le scommesse finanziarie sono o dovrebbero essere razionali, mentre quelle comuni sono per loro natura istintive e legate alla passione per il gioco e dunque irrazionali, o forse anche le scommesse e i giochi autorizzati dovrebbero essere razionali e proprio perché razionali autorizzati?

Il discorso è complesso, e in questa sede [86] può solo accennarsi ad alcuni profili che sono strumentali con l'oggetto del presente lavoro.

L'interrogativo impone la necessità di una preliminare analisi.

Anzitutto occorre chiedersi cosa si intenda con l'espressione scommesse *razionali* e cosa i sostenitori della tesi per la quale la scommessa di diritto comune sfuggirebbe alla razionalità del mercato intendano per *irrazionalità dello scambio*. E ciò anche nell'intento di riempire di significato dei termini che rischiano, diversamente, di apparire delle formule vuote [87].

Proprio perché il termine è largamente impiegato nel lessico dei giuristi e della giurisprudenza, prima ancora

---

[84] D. MAFFEIS, voce *Contratti derivati*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. civ., Aggiornamento******, Torino, 2010, 353 ss; ID., *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di* swap, in *Riv. dir. civ*., 2016, I, 1096 ss; ID., Dum loquimur fugerit invidia aetas: *lo* swap *in Cassazione, prima di Mifid II e in attesa delle probabilità*, in *Banca borsa tit. cred*., 2018, II, 9 ss; R. DI RAIMO, *Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati*, in *Giust. civ*., 2014, 1095 ss.; ID., *Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali quali criteri ordinanti delle negoziazioni bancarie e finanziarie (e assicurativa)*, in *Giust. civ*., 2020, 321.

[85] Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Pluris*. Tra i molteplici contributi dedicati al commento, si segnala in particolare quello di M. MAGGIOLO, *Nullità irrazionale e conversione del negozio nullo*, in *Nuovo dir. civ*., 2021, 1, 193, nel quale l'Autore, in un sintetico *excursus*, ripercorre e rappresenta efficacemente le diverse stagioni che hanno vissuto *le regole sulla intermediazione finanziaria*. Una *prima stagione*, nella quale i riflettori erano puntati sui *comportamenti* dell'intermediario e le *relative regole*. È stata la stagione della *alternativa tra la tutela risarcitoria e quella demolitoria*. Una stagione che si è chiusa quando la giurisprudenza condivise il principio per il quale la violazione da parte dell'intermediario delle regole sulla prestazione di servizi di investimento comporta una tutela squisitamente risarcitoria. Vi è stata poi una *seconda stagione* nella quale l'attenzione si è spostata *dall'attività* dell'intermediario *agli atti* dell'intermediario, tra i quali specialmente i contratti derivati conclusi OTC tra lo stesso intermediario e il cliente. E infine l'epilogo: anche questa stagione si chiude proprio con la decisione nella quale le Sezioni Unite mutuano la formula della "*scommessa razionale*" che sintetizza le condizioni alle quali si subordina la *meritevolezza* degli interessi perseguiti con il derivato, e quindi la sua validità.

[86] Per una più approfondita riflessione sia consentito rinviare al mio: *I giochi non proibiti*, cit., *passim.*

[87] M. BARCELLONA, *La Cassazione e i derivati: tra pessime argomentazioni e condivisibili conclusioni*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2022, 2, 454, si sofferma sul significato da attribuire al lemma *razionalità* e lo fa anche nella prospettiva di chiarire in quale accezione sia stata impiegata nelle pronunce della Cassazione (ed in particolare della Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, cosiddetta sentenza "Cattolica", e Cass., 29 luglio 2021, n. 21830), nonché la pronuncia della Corte inglese (*Deutsche Bank* v. Comune di Busto Arsizio) resa il 12 gennaio 2021.



che in quello giuridico – e, come a tutti noto, ha formato oggetto di ampio approfondimento scientifico – nell'intento di non sciuparne la portata semantica, sconfinando in una vaghezza terminologica, occorre verificare, in particolare, se l'identità dei termini impiegati assuma lo stesso significato e rimandi dunque agli stessi concetti. Perché se rimandassero allo stesso significato di razionalità/irrazionalità allora il parallelo potrebbe avere un senso e cogliere magari somiglianze o alterità e potrebbe, ad esempio, suggerire di importare alcune regole pensate per i mercati finanziari, con i dovuti adattamenti, al mercato [88] delle scommesse comuni.

In altre parole, riprendendo uno stimolante interrogativo proposto da Angelici [89], ci si chiede quale sia il tipo di *razionalità* che, presente nei derivati, [90] sarebbe invece assente nel gioco e nella scommessa. Ma l'interrogativo potrebbe essere ulteriormente specificato, o forse complicato. Perché già ad una prima impressione sembrerebbe che l'oggetto sul quale si concentra il giudizio di razionalità sia diverso e, probabilmente, proprio la prospettiva di indagine sia differente tra i diversi Autori che hanno impiegato il lemma *razionalità*: in un caso è *l'atto o l'attività* a dover essere razionale, nell'altro si evoca la razionalità come qualità del *mercato e degli scambi*.

Non vi è dubbio che le scommesse comuni e quelle finanziarie siano imputabili a mercati diversi, non riconducibili a logiche sovrapponibili, ma se si supera questa prima, e quindi superficiale, lettura può essere utile ragionare provando ad importare in questo contesto alcune delle regole che invece disciplinano quel mercato.

Per non affrettare le nostre conclusioni, conviene in questo ragionamento soffermarsi su una circostanza significativa.

Quando la dottrina più risalente, ma ancora gli scritti più recenti, trattano del giocatore, pensano alla figu-

---

[88] Sebbene nel testo si impeghi il termine *mercato* al singolare, occorre in realtà riflettere in modo più approfondito sul problema, chiedendosi se ci sia un solo mercato dei giochi e delle scommesse, come sostiene l'*Antitrust* o, piuttosto, lo stesso non debba invece essere declinato al plurale immaginando che ci siano tanti mercati diversi, uno per ogni gioco, come sostiene SALTARI, *op. cit*., 2, o come mi pare più ragionevole, possa e debba immaginarsi almeno un doppio mercato: quello dei *giochi in presenza* e quello dei *giochi a distanza*. Sul punto sia consentito rinviare al mio: *I giochi non proibiti*, cit., *passim.*

Il problema non è privo di risvolti pratici significativi. Ritenere, come sostiene l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che il settore dei giochi darebbe luogo ad un solo mercato rilevante determina, conseguentemente, che difficilmente sarebbero ravvisabili soggetti che assumono una posizione dominante. Su questi aspetti si veda D. AGUS, *La concorrenza e la selezione degli operatori*, in *Le regole dei giochi. La disciplina pubblicistica dei giochi e delle scommesse in Italia*, cit., 197 ss. Ma quello segnalato non è l'unico risvolto pratico sul quale occorre ragionare. Riprendo le lucide osservazioni di A. ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, cit., 41 — in cui l'Autore ragiona sulla correttezza metodologica di indagare il diritto dei mercati regolamentati come se si trattasse di discipline suscettibili di unificazione, e tra i vari argomenti uno ci pare particolarmente pertinente al nostro caso — l'Autore ravvisa, opportunamente, la problematicità di operazioni di unificazione oggettiva allorché si assuma come prospettiva di indagine la tutela del consumatore che «presenta evidenti indizi che suggeriscono di considerare separatamente i singoli mercati e di mettere in esponente l'esigenza di una interpretazione orientata alle conseguenze». Anche nella prospettiva di interpretare le disposizioni, si afferma, valorizzando il fatto, inconfutabile, che il medesimo consumatore adotti comportamenti decisamente diversi in relazione ai vari mercati di riferimento, e quindi la stessa persona si comporta in maniera assai differente a seconda dei mercati di riferimento, le conseguenze interpretative delle medesime disposizioni possono essere molto diverse.

[89] Al riguardo il problema è stato colto da C. ANGELICI, *Alla ricerca del derivato*, cit., 140 e spc. nota 21.

[90] Come chiaramente si legge in una sentenza della Consulta, che si lascia apprezzare per l'ordine con la quale riassume le varie descrizioni dei contratti derivati riscontrabili nel sistema: «Le negoziazioni aventi ad oggetto gli strumenti finanziari derivati si caratterizzano, sul piano strutturale, per essere connesse ad altre attività finanziarie (quali, ad esempio, titoli, merci, tassi, indici, altri derivati) dal cui "prezzo" dipende il valore dell'operazione compiuta. Ferme ovviamente restando le diversità legate al tipo di operazione prescelto, tali negoziazioni sono volte a creare un differenziale tra il valore dell'entità negoziata al momento della stipulazione del relativo contratto e quello che sarà acquisito ad una determinata scadenza previamente individuata». In questi termini: Corte cost., 18 febbraio 2010, n. 52, in *Banca borsa tit. cred*., 2011, 11, i cui passaggi più significativi sono stati esaminati e ripresi da G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in Liber amicorum *per Angelo Luminoso*, I, Milano, 2013, 319 ss.; e più di recente da P. CORRIAS, *La gestione convenzionale dell'incertezza*, cit., 371.



ra in esame alla stregua di un qualunque cittadino che conclude una scommessa, un gioco, con un proprio pari. Un affare privato, di scarsa rilevanza economica, che talvolta costituisce il frutto di una dipendenza patologica. Si ragiona, insomma, nella fantasia comune, ma anche in quella scientifica, pensando alla fattispecie dei giochi tollerati.

Dopo la nota pronuncia del 2015 della Suprema Corte [91] il giocatore ha assunto, com'è ormai noto, una fisionomia inedita, che fino ad allora gli era stata negata: è qualificato consumatore.

E riprendo questa qualificazione, non già per soffermarmi sulle patetiche immagini, ricorrenti nella letteratura, del giocatore vittima della passione e della dipendenza dal gioco – che in questo modo vede amplificata la sua tutela nei confronti di uno Stato che assume le vesti di un Giano bifronte: al tempo stesso istigatore al gioco e soccorritore – perché su questo aspetto è stato già scritto molto [92].

Richiamo questa qualità per pensare alle regole di tutela che sono state riconosciute al giocatore-consumatore, non già nella fase patologica, allorché sia incapace in quanto affetto da "*azzordopatia*" [93], ma nella fisiologia dei suoi rapporti con lo Stato o con chi per esso *organizzi*, *gestisca* e *regoli* il gioco.

Sebbene banale, giova precisare che nel qualificare il giocatore come consumatore, la Suprema Corte ha preso le mosse del suo ragionamento, non già dalla fattispecie giochi *tollerati*, che presuppongono un rapporto tra pari, o se si vuole tra privati, ma naturalmente da quella dei giochi *autorizzati*.

La precisazione si comprende perché, com'è noto, la qualità soggettiva di consumatore assume rilevanza solo allorquando il contratto sia concluso con un professionista e, come si è anticipato, la fattispecie giochi *autorizzati, pubblici o organizzati*, è caratterizzata proprio dalla necessaria presenza di un soggetto, organizzatore, che *gestisce, organizza o partecipa* egli stesso al gioco nell'*esercizio della sua attività professionale*.

Questa qualificazione soggettiva non può essere trascurata in quanto, com'è noto, intanto il giocatore-consumatore gode di alcune specifiche tutele, in quanto contragga con un professionista.

Dunque, seguendo le fila di un dibattito ben più complesso, ma accogliendo alcune suggestioni di quel dibattito, si tenterà di ripensare, in quella prospettiva, il rapporto giocatore/consumatore — Stato/concessionario (*gestore, organizzatore* del gioco e della scommessa, *regolatore* dello stesso o *giocatore* anch'esso) [94].

Il dibattito [95] è a tutti fin troppo noto e, dunque, si riportano solo alcuni termini, in estrema sintesi e nella misura in cui sono funzionali alla nostra indagine.

---

[91] Cass. civ., ord. 8 luglio 2015, n. 14288, in *Nuova giur. civ. comm*., 2015, 12, 1106, con nota di M. PARADISO, *Le scommesse e le lotterie autorizzate come contratti del consumatore e le relative ricadute sulla disciplina del rapporto*; e in *Corr. Giur*., 2016, 8-9, 1067, con nota di V. AMENDOLAGINE, *Codice del consumo e gioco d'azzardo legale: la Cassazione fissa i paletti per estendere la disciplina del consumatore allo scommettitore*.

[92] Limitandomi a segnalare le sole opere monografiche più recenti, si vedano, M. PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, cit., *passim*; A. MUSIO, *Gioco autorizzato e rimedi civilistici*, Napoli, 2020, *passim*; C. IURILLI, *I contratti di gioco e scommessa all'epoca del disturbo da gioco*, Milano, 2020; G. AGRIFOGLIO, *Il gioco e la scommessa tra ordinamento sportivo e poteri pubblici*, Napoli, 2016; R. TUCCILLO, Ri. MENCARELLI, *Azzardopatia*. Profili civili e penali del gioco d'azzardo patologico, Roma, 2019, *passim*.

[93] Riprendo la felice e accattivante formula impiegata da Ri. TUCCILLO, R. MENCARELLI, *Azzardopatia. Profili civili e penali del gioco d'azzardo patologico,* Roma, 2019, e mutuata dall'art. 9 comma 1-*bis* d. l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito in legge 9 agosto 2018, n. 96, dove il disturbo è anche definito "gioco d'azzardo patologico" (GAP) o "azzardopatia", termine che ci sembra più corretto rispetto a ludopatia.

[94] G. GABRIELLI, *Operazioni su derivati: contratti o scommesse?*, in *Contratto e impresa*, 2009, 6, 1133 ss.

[95] Per una accurata ricostruzione dei termini del dibattito, e per una altrettanto lucida critica, si veda per tutti R. DI RAIMO, *Dopo le Sezioni Unite: ancora sulla qualificazione e sulla disciplina degli* Interest Rate Swap, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, 1, 221 ss.; S. Pagliantini, *IRS e nullità: divagazioni su di un diritto "terribile" da trasformare in "mite"*, in *La nuova giur. civ. comm*., 2022, 2, 848 ss.



6. – Muovendo dal dato positivo, l'art. 23, comma 5, d.lgs., n. 58 (TUF) prescrive che «*nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'art. 18, comma 5, lettera a), non si applica l'art. 1933 del Codice civile*», ancora pensata anacronisticamente come regola generale.

Com'è noto la norma non è nuova [96], ed è pensata per attribuire ai contratti derivati piena tutela giuridica, sottraendoli alla marginalità cui sarebbero relegati ove si applicasse la disciplina richiamata. Probabilmente, come osserva De Nova [97] il legislatore è tornato nuovamente sul tema proprio per neutralizzare la soluzione che emergeva a seguito di un orientamento lucido di una coraggiosa giurisprudenza milanese [98], che ne aveva colto felicemente la natura di scommessa, così sancendo che ai derivati non si applica la disciplina del diniego di azione di cui all'art. 1933 cod. civ. propria delle scommesse tollerate [99].

Non è banale ricordare che i contratti sui derivati si sono sviluppati come risposta di mercato all'esigenza di coprire i rischi di variazione nel tempo del tasso di interesse o del corso di cambio fra valute o del prezzo di valori mobiliari o materie prime. Se concluso per soddisfare tale esigenza, non può revocarsi in dubbio che al contratto su derivati sia sottesa una giustificazione causale idonea a fondarne la piena rilevanza giuridica: una giustificazione causale che, accostandolo, sia pure senza sovrapporlo, al contratto di assicurazione, si distingue da quella, meramente lucrativa ed affidata alla sorte, che è propria della scommessa. Ma alcuni, com'è noto, vanno oltre: il contratto sui derivati meriterebbe piena tutela, distinguendosi dalla scommessa, anche in difetto dell'esigenza di copertura di un rischio corso da uno dei contraenti. Si può discutere e verificare la meritevolezza dei singoli derivati, come di qualsiasi altro contratto, ma non della pienezza della tutela accordata sul piano generale alla categoria [100].

---

[96] Com'è noto la disposizione in esame ricalca quanto già previsto dall'art. 18, comma 4, d.lgs. n. 415/1996 che, a sua volta, si rifaceva all'art. 23, comma 4, legge n. 1/1991. Si veda in argomento: R. LENER, P. LUCANTONI, *Commento sub art. 23. Criteri generali*, in M. Fratini-G.Gasparri (a cura di), *Commentario al Testo Unico della Finanza*, Torino, 2012, 415 ss.

Si veda poi per un'attenta ricostruzione delle disposizioni che, nel seguirsi degli anni, hanno preceduto il testo in esame F. CAPUTO-NASSETTI, *Da Bologna a Roma passando da Bisanzio: i derivati in una recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. comm*., 2020, 3, 47 ss.

[97] G. DE NOVA, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv*., 2009, p., il quale, dopo aver qualificato i contratti derivati *over the counter* gli *alieni del terzo millennio* – giustifica l'intervento legislativo richiamato, proprio affermando che in tanto si sono potuti diffondere anche nel nostro Paese gli anzidetti contratti, in quanto il legislatore nell'intento di neutralizzare la soluzione che emergeva a seguito di un orientamento lucido della giurisprudenza milanese è tornato nuovamente in argomento; il cui pensiero è poi ripreso da D. MAFFEIS, Homo oeconomicus, cit., 840. Secondo M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, Milano, 2012, p., 479, il legislatore è tornato nuovamente per risolvere «un problema sollevato in passato per contratti di investimento aventi ad oggetto strumenti derivati, ma obiettivamente legato, più che a effettive ragioni sistematiche, a qualche episodio processuale che ha indotto la giurisprudenza ad intervenire sul punto»; M. FRANZONI, *L'assicurazione fra i contratti aleatori*, in *Contr. e impr.*, 2011, 2, 423, osserva come «L'interesse per l'aleatorietà del contratto non sarebbe mai emerso con tanta importanza se, specie nel corso degli anni 1990, nel mondo non fosse esploso il fenomeno dei contratti cd. derivati e se a qualche interprete non fosse balenata l'idea di sostenere che questi contratti sono scommesse, soggette all'eccezione di gioco (art. 1933 cod. civ. italiano)».

In prospettiva anche storica si vedano poi le pagine di C. ANGELICI, *Alla ricerca del derivato*, cit., 133 ss.

[98] Ci si riferisce a Cass., 14 novembre 1997, n. 11279, in *Foro it*., 1998, c. 3292 ss.; Trib. Milano, 27 marzo 2000, in *I Contratti*, 2000, 777 ss.; Trib. Milano, 21 febbraio 1995, e Trib. Milano, 11 maggio 1995, in *Giur. comm*., 1996, II, 79 ss.

[99] Così M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, cit., 479, il quale osserva (in nota 49) che sembrerebbe condivisibile la tesi secondo la quale la disposizione dovrebbe essere interpretata letteralmente, senza distinguere secondo che nella prestazione di servizi di investimento intervenga un soggetto autorizzato o no.

[100] Vedi in argomento M. MAGGIOLO, *op. ult. cit*., 478, dove si osserva che resterebbe aperta la sola questione marginale, perché ha scarso rilievo pratico, relativa all'opponibilità dell'eccezione di gioco nel caso di contratti su derivati conclusi al di fuori della prestazione di un servizio di investimento: da escludersi nel caso in cui il contratto abbia funzione di copertura o arbitraggio, anche per una sola parte, e forse da escludere anche nell'ipotesi di fini meramente speculativi.

Perplesso su questa conclusione è invece G. GABRIELLI, *op. cit*., 1136, per il quale l'illimitata rilevanza giuridica riconosciuta a



Dunque, l'intervento legislativo si spiega in quanto, come si è osservato [101], la sostanziale natura di scommessa, riconoscibile in tali accordi – e rilevata da tempo dalla dottrina [102], sia pure non senza contrasti, e talvolta affermata anche dalla giurisprudenza [103] (statuendo che ad essi non è sottesa una giustificazione causale idonea a fondarne la piena tutela da parte dell'ordinamento) – avrebbe suggerito al legislatore di tornare in argomento [104]; senza trascurare che l'intervento si è reso necessario anche per via della globalizzazione che ha imposto di uniformare le regole del mercato finanziario interno a quello di altri paesi di civiltà giuridica affine.

Tuttavia, la conseguenza di questo intervento è quella di far ritenere che il trattamento degli accordi su derivati sia in generale negativo, ad essi potendo riconoscersi soltanto la limitata rilevanza di cui all'art. 1933 cod. civ. fuori dall'ambito settoriale della prestazione di servizi di investimento: compete azione, a tutela delle pretese fondate su questi accordi, soltanto se almeno una delle parti è un intermediario finanziario debitamente autorizzato. Questa lettura potrebbe condurrebbe ad equiparare gli intermediari finanziari, allorché concludano accordi su derivati, ai soggetti autorizzati a gestire giochi e scommesse, ad uno dei quali (il gestore di lotterie) fa riferimento l'art. 1935 cod. civ., mentre altri sono tassativamente indicati da leggi speciali.

---

tali contratti sulla base della qualità soggettiva di uno dei contraenti sembra meritevole di ripensamento. Tale rilevanza dovrebbe essere limitata anche in relazione al dato oggettivo della giustificazione causale, e ciò non attraverso lo strumento illiberale del divieto, ma in forza di quello del diniego di azione in giudizio. Per Gabrielli: potrà contarsi sulla piena tutela dell'ordinamento soltanto se il contratto sia stato concluso per l'obiettiva esigenza di coprire un rischio. Non sembrando eccessivamente gravoso l'onere, da imporsi all'intermediario, di accettare previamente tale esigenza, facilmente desumibile da dati oggettivi.

Per una efficace rassegna delle diverse posizioni assunte dalla dottrina vedi da ultimo: G. TROVATORE, *op. cit*., 635 ss. In ogni caso, questo contratto sostituendo l'investimento diretto in valute, titoli o materie prime, svolgerebbe una funzione utile di informazione sull'andamento futuro delle quotazioni, così aumentando l'efficienza dei mercati.

[101] G. GABRIELLI, *op. cit*., 1133; M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. e impr*., 2013, 81, osserva come la previsione dell'art. 23, comma 5, TUF concerne soltanto i derivati che non coprono da un rischio ma consentono di lucrare sul valore futuro di una variabile prescelta, poiché solo questi si presentano affini alla scommessa e soltanto rispetto ad essi si pone la questione della *iuxta causa attributionis*. Franzoni, in particolare, evidenzia come i contratti finanziari differenziali, quando non assolvano alla funzione di copertura del rischio «effettivamente appaiono delle vere e proprie scommesse». G. TROVATORE, *op. cit*., 642, sottolinea come la previsione contenuta nell'art. 23, comma 5, TUF, limiterebbe il controllo giudiziale sulla meritevolezza della causa dei contratti derivati. «Alla tutela degli interessi individuali inerenti ai singoli atti attraverso i quali questa attività è concretamente esercitata, l'ordinamento antepone l'interesse a che questa attività venga esercitata senza le incertezze legate alla sindacabilità giudiziale degli atti medesimi, con evidente privilegio non per la generalità degli investitori ma per quanti operano professionalmente in ambito finanziario».

[102] G. DE NOVA, *I contratti derivati come contratti alieni*, cit., 1, dopo aver qualificato i contratti derivati *over the counter* come contratti alieni, i c.dd. alieni del terzo millennio, osserva come gli stessi si sono potuti diffondere in Italia proprio perché il nostro legislatore, nell'intento di neutralizzare la soluzione che si affermava anche in dottrina dopo le pronunce di una lucida e coraggiosa giurisprudenza, che ne aveva colto la squisita natura di scommesse, ha osservato come ai derivati non si applica la disciplina della *soluti retentio* di cui all'art. 1933 cod. civ. propria della scommessa tollerata. In dottrina sulla possibile qualificazione dei derivati come scommesse si vedano: M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, cit., 81; P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in Liber amicorum *per Angelo Luminoso*, I, Milano, 2013, 296; P. SPADA, *Codice civile e diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ*., 2013, 340 e più di recente C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, Milano, 2016.

[103] Le più risalenti decisioni in materia rispecchiavano l'orientamento tradizionale incline ad accostare i derivati alla fattispecie delle scommesse. In questo senso App. Milano, 26 maggio 1994, in *Banca, borsa, tit. cred*., 1995, I, 80.

[104] Come ricorda G. GABRIELLI, rispondendo a quanti agitano «preoccupazioni di isolamento intellettuale» che l'orientamento richiamato non si è manifestato soltanto nell'esperienza giuridica italiana. Basti pensare al BGB e alla norma del § 764, che ha equiparato le operazioni differenziali al giuoco o scommessa; e la stessa House of Lords britannica, con decisione del 1991, ha statuito l'inammissibilità di queste operazioni, proprio perché speculative allorché siano concluse da enti pubblici locali. E sebbene la disposizione del BGB sia stata abrogata è anche vero che nel più autorevole commentario del BGB si osserva come la deroga introdotta non può suscitare perplessità, proprio sotto il profilo della disparità di trattamento, anche sul piano della legittimità costituzionale.

E su questo punto, nel nostro dibattito interno, richiama la legittimità costituzionale anche S. D'ANDREA, *Gli* swap *degli enti pubblici: un diritto inventato per disapplicare un diritto insensato*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, 1, 241 ss.



Non vi è dubbio che l'equiparazione degli intermediari finanziari ai soggetti autorizzati a gestire giochi e scommesse, non sarebbe accolta positivamente dai primi e, soprattutto, appare eccentrica se pensata in termini generali.

Ma proviamo ad invertire i termini del ragionamento e verificare se abbia senso tentare una equiparazione assumendo come modello la disciplina pensata per regolare le *attività dei prestatori di servizi* e così applicare alcune di quelle regole anche ai gestori del gioco, i quali, come si vedrà oltre, assumono sempre più spesso, e specie nei giochi di massa, proprio la qualità di *erogatori di servizi* [105].

È evidente che al fondo di questo ragionamento si muove da un dato, che abbiamo già accennato e sul quale torneremo più diffusamente: la disciplina dei giochi pubblici è affidata non già esclusivamente allo Stato legislatore, ma ad una pluralità di fonti che vede coinvolti anche i singoli operatori i quali, al tempo stesso, *regolano* il gioco e ne godono o come *erogatori di servizi* o come *giocatori* anch'essi.

Si lamenta da più parti l'assenza di un testo unico dei giochi e delle scommesse, ma prima ancora si lamenta l'assenza di una disciplina che regoli compiutamente le *attività* dei prestatori dei servizi di gioco; e proprio muovendo dalla lacuna si potrebbe provare a colmare i "vuoti" di quella disciplina attraverso l'applicazione analogica di alcune regole dettate nei mercati finanziari. Regole volte, non solo ad assicurare la *trasparenza* e l'efficienza di quel mercato, ma tese anzitutto a garantire la *razionalità*, la *calcolabilità* [106], la *consapevolezza* [107] degli investitori, nonché volte a *regolare i profili organizzativi di quelle attività*.

Nel pensare alle fonti alle quali attingere nel processo di applicazione analogica, occorre allora introdurre un altro profilo di analisi nel nostro ragionamento: riportando alla memoria il tema classico dei rapporti tra le discipline di settore, il codice civile e le legislazioni speciali [108], confessando e anticipando la sensazione che

---

[105] Tra i primi a segnalare detta qualità: G. GRAZIANI, *Sulla natura del concorso S.I.S.A.L.*, in *Il nuovo diritto*, 1947, 389, commentando una sentenza del Trib. di Napoli, 27 luglio 1947, in *Monitore dei Tribunali*, 1947, 324; e in *Giur. it.*, 1947, I, c. 263, condivide la tesi suggerita dal giudice napoletano e ravvisa nel contratto che i giocatori concludono con la S.I.S.A.L una prestazione di servizi ex art. 2082 cod. civ.; e più di recente N. COGGIOLA, Il *doppio azzardo del giocatore: i contratti di gioco e scommessa in dottrina e in giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 2, 264, ove si legge: «Insomma, i contratti di gioco e scommessa, oggi, appaiono sempre di più contratti di acquisto di beni e servizi come tutti gli altri». Il Gratta e vinci, il Bingo *on line*, solo per fare alcuni esempi, sono contratti di gioco e scommessa stipulati nella maggior parte dei casi con «enti gestori i quali, in forza di autorizzazioni o concessioni rilasciate da organi dello Stato, agiscono in pieno diritto come legittimi erogatori di servizi, precisamente servizi di gioco e scommessa».

[106] Sul tema complesso e assai dibattuto della calcolabilità sia consentito rinviare per una ricostruzione del dibattito e per le indicazioni bibliografiche al mio: *Il consumatore calcolante. Contributo allo studio del contratto telematico*, Napoli, 2020, 14, nota 20 e 21.

[107] D. MAFFEIS, *Scommessa razionale di* swap *e lo scopo di copertura*, in *Persona e mercato*, 2022, 2, 194, osserva come «dal 2020 il diritto della finanza conferma l'utilità del ricorso a nozioni ed istituti del diritto civile e, in questo senso, il criterio di giudizio intorno alla validità o nullità dei contratti è incentrato» proprio «sulla consapevolezza», che non sarebbe «informazione, ma oggetto del consenso». Un criterio di giudizio, scrive Maffeis, che sarebbe «coerente con l'idea che in diritto civile la forma più genuina dell'alea giuridica è proprio l'alea misurabile» (cfr. R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2004, II, 480 «l'alea» non «cessa di essere tale quando è commensurabile») e che andrebbe in virtuoso parallelo con l'abrogazione da parte della Consob, a decorrere dal 2 febbraio 2022, della Comunicazione n. 9019104 del 2 marzo 2009, che aveva ad oggetto il «dovere dell'intermediario di comportarsi con correttezza e trasparenza in sede di distribuzione di prodotti finanziari illiquidi» e della Comunicazione n. 0097996 del 22 dicembre 2014, che aveva ad oggetto la «Comunicazione sulla distribuzione di prodotti finanziari complessi ai clienti retail», motivata, aggiunge Maffeis, dalla constatazione da parte della stessa Consob, per la quale, con la recente evoluzione della disciplina europea in materia di prestazione di servizi di investimento e il conseguente rafforzamento dei presidi di *investor protection*, gli orientamenti forniti dalla CONSOB nell'ambito delle citate Comunicazioni risultino direttamente o indirettamente assorbiti dalle più ampie e articolate regole dettate dal vigente quadro normativo».

[108] Sul tema si vedano almeno le attente riflessioni di G. ALPA, Dal *diritto pubblico al diritto privato. Parte prima. La "grande dicotomia" e la revisione della concezione tradizionale*, in *Piccole conferenze*, Modena, 2017, spec. 53 ss; nonché ID., *Dal diritto pubblico al diritto privato. Parte seconda. Il superamento della dicotomia nel diritto post-moderno*, Modena, 2017, spec. 39; N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*, in *Il Sole24Ore*; A. ZIMATORE, *Introduzione*, in A. CATRICALÀ, M.P. PIGNALOSA, *Manuale*



il codice del consumo, sebbene possa apparire come il naturale riferimento positivo, quello elettivo, non sembra quello che meglio si adatti a colmare le lacune richiamate. E ciò, non solo per le espresse esclusioni ivi contemplate, ma in quanto manca al suo interno un'attenzione ad alcuni problemi che il mercato dei giochi solleva. Si pensi, in particolare, a quelli inerenti al profilo dell'*attività* piuttosto che a quelli dell'*atto*, che giustificano probabilmente proprio le anzidette esclusioni [109].

Allo stesso tempo, riprendendo gli interrogativi che si era già posta la dottrina più sensibile a questi profili di indagine: occorre verificare quanto effettivamente il codice civile possa soccorrere quando si tratta di disciplinare i contratti dei mercati regolamentati; e ciò in quanto non può trascurarsi come la disciplina del codice, non solo sia pensata e fondata sulla centralità del soggetto di diritto, assumendo quindi un modello di agire individualista ma, e ciò sembra dirimente, presuppone lo Stato nazionale e muove da una separazione netta tra diritto pubblico e diritto privato [110].

Al contrario, come scrive Zoppini [111], la *teoria della regolazione*, e tutta la disciplina dei mercati regolamentati, presuppongono il fallimento del mercato e muovono dall'esigenza di correggerne gli effetti e di emendare le asimmetrie informative dei rapporti contrattuali.

In altri termini, riprendendo un suggestivo parallelo: il Codice civile pensa al contratto come una libertà dell'individuo, dell'io *kantiano*; mentre la prospettiva regolatoria guarderebbe al contratto come una necessità, sollevando il diverso problema della possibilità di accedere al mercato; e proprio questa ultima esigenza è quella che attualmente si fa sentire con maggiore forza, specie nel mercato dei giochi a distanza, come si vedrà oltre [112].

Se quanto evidenziato è vero, è altrettanto vero però che, sia le scommesse comuni, sia le scommesse finanziarie, sebbene siano regolate prevalentemente da disposizioni *extra* codicistiche, non sfuggono all'applicazione delle disposizioni sui contratti in generale, né alla possibile applicazione, in via diretta o analogica della disciplina dei singoli contratti [113].

---

del diritto dei consumatori, Roma, 2013, XV; A. ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 2, 38, ove chiarisce che il tema in ordine al rapporto tra le regole del Codice civile e quelle contenute nei codici di settore sia un tema ancora aperto. Opportunamente si legge come le «categorie concettuali, in primo luogo quelle costruite sul rapporto fra genere e specie, giocano un ruolo tutt'altro che neutrale nel presentare il problema e guidare l'interprete ad un approdo, atteso che esse sottendono sovente talune opzioni interpretative inespresse». Invero, la stessa comparazione diacronica e sincronica dimostrerebbe come i «criteri per sciogliere il *casus dubius, omissus* o *non decisus* hanno trovato, nel tempo e nello spazio, risposte diverse nell'interazione dei formanti dell'ordinamento, conteso tra uno *ius proprium* e *singulare* e contrapposto ad uno *ius commune*, vedendo prevalere talora la norma scritta, in altri momenti quella di diritto comune o del diritto naturale, ancora la *lex alius loci* o la regola sapienzale». La risposta all'interrogativo sulla qualità generale o speciale di una norma di diritto privato «sottende sovente un modello di comprensione del reale giuridico costruito su elementi conoscitivi e valutativi tutt'altro che fermi (…) quali la statualità del diritto privato, la competenza dell'esclusiva dell'ordinamento nazionale nel dettare la gerarchia delle fonti del diritto, l'adozione della medesima gerarchia per le norme rinvenienti dall'ordinamento comunitario, l'autonomia soggettiva del diritto privato, la netta separazione conoscitiva tra il diritto pubblico e il diritto privato». Molte utili suggestioni si trovano anche in ID., *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, *passim*; nonché in M. PALAZZO, *op. cit*., p 35; e per la letteratura straniera: C. REYMANN, *Das Sonderprivatrecht der Handels-und Verbraucherverträge. Einheit, Freiheit und Gleichheit im Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2009.

[109] Ci si riferisce, naturalmente, agli artt. 47 e 135 *novies* del c. cons., ai sensi dei quali: le disposizioni dei rispettivi Capi non si applicano *alle attività di azzardo che implicano una posta di valore pecuniario in giochi di fortuna comprese le lotterie e i giochi d'azzardo nei casinò*.

[110] Così A. ZOPPINI, *Diritto privato generale*, cit., 39 e 43, dove aggiunge che sebbene non si evinca da nessuna regola, tuttavia il Codice civile presuppone un mercato perfetto e considera quale unica possibile variazione da esso il monopolio legale. G. ALPA, Dal *diritto pubblico al diritto privato*, cit., 56 ss.

[111] Si riprendono i suggestivi spunti di A. ZOPPINI, *op. ult. cit*., 43; G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa e dir. priv*., 2019, 1 ss.; J. GHESTIN, *L'utile e le juste dans les contrats*., in *Achives de philosophie du droit*, 1981, 35 ss.

[112] Così A. ZOPPINI, *op. loc. ult. cit*.

[113] Così D. MAFFEIS, Homo oeconomicus, cit., 841-842, il quale rileva come sarebbe sintomatico che la riflessione sulla scom-



Lasciando sullo sfondo la prospettiva dell'analisi economica del diritto, sulla quale torneremo, e nel tentativo di guidare l'interprete nelle fila di questo ragionamento, deve fermarsi l'attenzione su un dato che pare significativo e sul quale pertanto è necessario riflettere, in quanto costituisce proprio la premessa per la scelta della disciplina applicabile.

Pensando agli elementi costitutivi delle fattispecie che stiamo analizzando in un ideale parallelo, non può sfuggire che entrambe (giochi e scommesse autorizzati e scommesse finanziarie) sono connotate da un elemento comune: l'*autorizzazione* [114]. E, come attentamente osservato, sembrerebbe che ad essere autorizzate sono determinate *attività* più che determinati *atti*.

Non si dubita che al fondo di ciascuna vi siano esigenze in parte diverse; ma guardando alla autorizzazione come viatico per selezionare la meritevolezza delle attività, e dunque la causa di queste scommesse, si riporta il ragionamento su un terreno che ci appare fertile per suggerire all'interprete, che voglia colmare le lacune, la fonte alla quale attingere.

La prospettiva attraverso la quale indagare la razionalità è a nostro avviso proprio quella della causa, sebbene la giurisprudenza più recente abbia talvolta richiamato altre categorie del contratto come, ad esempio, l'oggetto [115] o i vizi della volontà, in una applicazione della razionalità che non merita di essere seguita.

Opportunamente gli interpreti evidenziano come la ricostruzione unitaria della causa è resa ardua dalla scarsa attenzione del legislatore ai profili sistematici delle discipline di settore, ma al contempo dalla più volte richiamata diffidenza nei confronti di un impianto normativo di matrice civilistica ancora percepito come vetusto e inidoneo ad orientare la disciplina di un fenomeno nuovo e complesso e di dimensioni notevoli in raffronto alla soltanto apparente inattualità e marginalità delle lotterie e più in generale dei giochi e delle scommesse comuni [116]. Ma come si vedrà oltre non pare condivisibile questa arcaica impostazione, perché nel Codice civile sono ben pensati gli strumenti ai quali ricorrere per selezionare la meritevolezza dei singoli giochi e scommesse e penso anzitutto all'autorizzazione.

---

messa autorizzata, pensata come contratto, non sia ancora avviata in modo soddisfacente, la circostanza per la quale alcuna giurisprudenza esclude il giudizio di vessatorietà, ai sensi dell'art. 1341, comma 2, cod. civ., in relazione al requisito formale della specifica sottoscrizione delle condizioni generali di contratto, per lo più approvate con regolamento. E non può che condividersi il pensiero di Maffeis, quando scrive (nota 36) che le motivazioni addotte a fondamento di quella scelta da parte della giurisprudenza appaiono totalmente inconsistenti («*le clausole fissate nell'apposito regolamento, ancorché di tipo vessatorio, quale quella che stabilisce un termine di decadenza per proporre eventuali reclami, sono vincolanti nei c.c., atteso che questa trova equipollente (sic) nella grande pubblicità e diffusione del regolamento stesso, predisposto proprio al fine di richiamare l'attenzione dei partecipanti al gioco su tutte le condizioni ad esso inerenti*»). Cfr. in questi termini Cass., 12 luglio 1991, n. 7763, in *Foro it., Rep*. 1991, voce *Giuoco e scommessa*, n. 3.

Opportunamente, invece, è stato applicato il giudizio di abusività, alla stregua del codice del consumo, perché l'abusività è esclusa in radice se la clausola riproduce la legge, fonte primaria e non il mero regolamento, fonte secondaria *ex* art. 34, comma 3, cod. cons. Si veda al riguardo Cass., 1giugno 2001, n. 7436, *Riv. dir. priv*., 2002, 426. Vedi anche il commento di S. PATTI, *op. loc. cit*.; e di G. SICCHIERO, *Il requisito della conoscibilità delle condizioni generali di contratto (art. 1341 c.c.)*, in *Giur. it.*, 2020, 161.

[114] M. BARCELLONA, *La Cassazione e i derivati*, cit., 460, osserva come l'art. 1935 cod. civ., prescrivendo l'autorizzazione, esige che l'accesso alla tutela giuridica piena di una lotteria debba sottostare ad un controllo (amministrativo) che ne vagli singolarmente il merito e non si vede come e perché l'art. 23, che introduce la medesima regola (l'esonero dall'eccezione di gioco), possa saltare questo passaggio cruciale, che dà corpo e senso al superamento dell'argine dell'azzardo. Questa, si osserva, a ben vedere è una «difficoltà apparente in quanto il T.U.F. prevede già al suo interno un equivalente funzionale dell'autorizzazione amministrativa: l'accesso ai mercati regolamentati di qualsiasi prodotto finanziario, e, quindi, anche di un derivato speculativo, è subordinato (v. artt. da 91 a 99 T.U.F.) a molteplici e intensi controlli, intesi a proteggere non solo l'interesse particolare dei risparmiatori ma anche l'interesse generale del buon funzionamento dei mercati. La *ratio* dell'autorizzazione dell'art. 1935 deve, dunque, ritenersi integralmente soddisfatta dal previo controllo della CONSOB».

[115] Opportunamente M. BARCELLONA, *La Cassazione e i derivati*, cit., 454, critica le argomentazioni della giurisprudenza pur condividendone le conclusioni.

[116] Si riprendono le attente e meditate riflessioni di G. TROVATORE, *op. cit*., 633.



Tuttavia, anche dall'esame delle ultime pronunce della Suprema Corte non si ricava una idea chiara di causa del contratto e il ricorso alla razionalità pare avere alimentato la commistione tra la causa e altri elementi essenziali del contratto come l'oggetto e la volontà.

Come opportunamente osservato, la razionalità postulata dalla Cassazione può significare solo due cose: da un lato che le parti devono sapere ciò che fanno, devono cioè essere consapevoli, dall'altro che chi agisce deve aspirare ad un agire razionale [117].

Nel primo significato la razionalità, intesa come conoscenza, «non garantisce affatto che quel che si farà corrisponderà un agire razionale», evocando piuttosto la libertà del volere, e di questi profili il diritto si occupa sul piano della capacità di agire e dei vizi della volontà e non della causa. Nel secondo, che chi agisce deve aspirare ad un agire razionale, ossia deve orientare la propria condotta in un rapporto di congruenza rispetto ad un *quid* assoluto.

Opportunamente si rileva che rispetto ad un negozio giuridico, la prospettiva dalla quale esprimere il giudizio di razionalità può essere duplice: quello dei *contraenti* e dei loro *singoli interessi* [118], oppure quello dell'*ordinamento* e degli *interessi generali* che esso persegue. Ed è proprio questa seconda la prospettiva da seguire perché, in questa accezione, la razionalità si pone come controllo esterno dell'autonomia privata volto a giudicare la coerenza del contratto con le indisponibili *rationes* sistematiche dell'ordinamento. E per valutare l'anzidetta conformità, cosiddetta ordinamentale o sistemica, è deputata la causa negoziale, e solo verso di essa può configurarsi un giudizio di razionalità.

Il problema allora è a monte: ossia alla stregua di quali parametri valutare la conformità.

Gli interpreti manifestano serie perplessità sull'opportunità di richiamare la causa concreta, ma seguendo i suggerimenti della migliore dottrina si può affermare che diversa dalla indagine sulla causa concreta sarebbe quella sulla ricorrenza nel caso concreto della causa in astratto, ossia, in altri termini, verificare che la scommessa oggetto di decisione sia rispondente al modello di scommessa autorizzato [119].

Si comprende allora il ruolo strumentale e funzionale dell'autorizzazione specie per i giochi e le scommesse comuni.

Sia pur in estrema sintesi si è soliti osservare che, nel caso delle *scommesse comuni*, l'autorizzazione è il frutto della scelta di politica legislativa di finanziare le casse dello Stato, anche a costo talvolta drammatico, di favorire un'attività moralmente ambigua e socialmente pericolosa. E si afferma che l'autorizzazione spetta al legislatore che è al tempo stesso: colui che autorizza le scommesse e colui che scommette.

Prescindendo dalla circostanza se sia o meno corretto affermare che l'autorizzazione sia di competenza

---

[117] M. BARCELLONA, *op. loc. ult. cit.*

[118] In questa accezione osserva M. BARCELLONA, *op. cit*., 454, l'accertamento della razionalità è una faccenda esclusivamente dei contraenti, nell'intento di verificare la convenienza, il vantaggio delle scelte da loro operate e incontra i confini della libertà contrattuale e della conseguente autoresponsabilità. E in questa prospettiva può rilevare solo nei limiti delle discipline intese a garantire la corretta formazione della loro volontà (capacità di agire, vizi della volontà) o per fondare la eventuale responsabilità di chi sia chiamato a formularla in luogo di altri (mandato – rapporti di amministrazione).

[119] Si veda in questi termini D. MAFFEIS, Homo oeconomicus, cit., 849.

Merita di essere poi riportato anche un altro condivisibile argomento secondo il quale: nei "contratti regolanti i comportamenti delle imprese sul mercato", a differenza dei contratti tra singoli, il controllo della causa rimane un tassello essenziale della disciplina positiva, in quanto consente di muovere dalla natura degli interessi in gioco per ricavarne i profili di disciplina. In questo senso già M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI, Bologna, 2012, I, 63; nonché P. SCHLESINGER, *Recensione a M. Girolami. L'artificio della causa* contractus, in *Riv. dir. civ*., 2013, 894; DENOZZA, *Clausole generali, interessi protetti e frammentazione del sistema*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 40.



legislativa [120], ciò che ci preme evidenziare è piuttosto il riferimento alla figura dello Stato. Perché, come si vedrà oltre più diffusamente, lo Stato, o il concessionario, il più delle volte non scommettono affatto, e non si "limitano" ad organizzare e offrire *servizi di gioco*, ma anche a *regolare* [121] quelle attività. E proprio soffermandosi su questo aspetto, ossia la *regolamentazione*, la giurisprudenza della Suprema Corte ha colto e ben evidenziato la differenza che corre tra la *scommessa tollerata ex* art. 1933 cod. civ. e la *scommessa autorizzata* ex 1935 cod. civ., e che è ravvisabile proprio nella circostanza che le prime «*a differenza dal gioco autorizzato restano al di fuori di ogni regolamentazione, siccome affidate a passioni e influenze reciproche, nell'ambito di rapporti sociali che la legge non considera meritevoli di tutela*» [122].

Dunque, per riprendere le parole di un Maestro dei nostri studi, il mercato dei giochi e delle scommesse *tollerate* sfuggirebbe all'*ordine giuridico*, diversamente da quello dei giochi e delle scommesse *autorizzate.* In questa prospettiva, pertanto, solo per la categoria dei giochi e delle scommesse *tollerate* sarebbe corretto affermare che le stesse sfuggirebbero alla razionalità dello scambio, perché, a ben vedere, prima dello scambio sarebbe lo stesso mercato, e quel mercato di giochi e scommesse *tollerate*, a non essere ordinato perché rimesso al cosiddetto "ordine naturale"; un *locus naturalis* non ordinato da norme giuridiche [123].

Analogo discorso non può farsi, invece, per i giochi e le scommesse *autorizzate*, proprio per le ragioni evidenziate dalla giurisprudenza ora richiamata.

Nel caso dei derivati *over the counter* [124] – ossia le scommesse finanziarie nelle quali il legislatore autorizza, ma poi a scommettere professionalmente è l'intermediario finanziario, il pericolo che li accompagna sarebbe considerato, in base ad una scelta di *ordine pubblico di direzione*, inferiore al vantaggio non di finanziare le casse dello Stato, ma di massimizzare gli scambi e incrementare la liquidità dei mercati finanziari [125].

---

[120] Secondo la giurisprudenza solo la legge può autorizzare l'apertura di case da gioco finalizzate alla pratica dei giochi d'azzardo (si veda al riguardo: Cass, 14 ottobre 1958, n. 3255, in *Giust. civ*., 1959, I, 71; Trib. Bologna, 3 marzo 1949; Tar Toscana, 11 aprile 1988, n. 417, in *Trib. amm. Reg*., 1988, I, 1708) e ciò in quanto questi ultimi sono vietati dagli artt. 718-722 c.p., e una «deroga a tali norme incriminatrici può avere giuridica efficacia soltanto se contenuta in una legge statale, che, assumendo natura di norma eccezionale, non può che essere espressa» (in questi termini: Trib. Torino, 26 maggio 1967, in *Giust. civ*., 1967, I, 2082). Conseguentemente, si esclude che l'autorizzazione possa essere concessa con provvedimento amministrativo (tra le prime più significative sul punto: Cass., 22 luglio 1878, n. 3664, in *Giust. civ*., 1978, I, 1741) e che la mera licenza *ex* art. 19, n. 8 d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, o la tolleranza della pubblica autorità possano consentire la pratica dei giochi d'azzardo. La giurisprudenza richiamata si era dovuta occupare della validità dei provvedimenti che avevano autorizzato, rispettivamente, l'apertura delle case di gioco di Saint Vincent e di Taormina. Sulla prima si legga Cass., 14 ottobre 1958, n. 3255, cit. Per una attenta lettura anche critica della giurisprudenza richiamata si rimanda a E. BRIGANTI, *op. cit*., 262.

[121] Si vedano le pagine di A. FERRARI ZUMBINI, *La regolamentazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Torino, 2016, 108 ss., nelle quali si occupa in modo critico della *regolazione dei rapporti tra privati nel settore dei giochi pubblici*; su un piano più generale volto ad evidenziare come l'apparato pubblico non si limiti più a fungere da mero arbitro imparziale di accordi liberamente negoziati tra privati, ma ha assunto un ruolo di regolatore generale della vita economica-sociale dei cittadini, fino a farsi imprenditore, e tra i più importanti, anche per supplire alle deficienze dell'iniziativa privata e senza esitare a porsi persino in concorrenza con questa, si veda P. SCHLESINGER, *Il nuovo diritto dell'economia*, in AA.VV., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. GITTI, Bologna, 2006, 53.

[122] Così Cass., 7 ottobre 2011, n. 20622, in *Giust. civ*., 2011, I, 2566.

[123] Il riferimento è naturalmente a N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, *passim*. E si legga anche il recente ID., *Economia e mercato, risultato di conflitti o costruzioni oggettive*, in *Il Sole24Ore* del 3 settembre 2021, consultabile in *ilsole24ore.com.*

[124] Come osserva C. ANGELICI, *op. cit*., 150, nota 40, è fin troppo noto che esclusivamente con riferimento ai derivati *over the counter* si sono posti i problemi giurisprudenziali; e sarebbe altrettanto evidente che proprio rispetto ad essi si è svolto e si svolge il dibattito in dottrina; tanto che vi è chi espressamente afferma di circoscrivere a una loro considerazione la propria indagine; e qui il riferimento è naturalmente a D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, in *Banca e borsa*, 2011, I, 604.

[125] Si veda ancora per tutti e in questi termini: D. MAFFEIS, Homo *cit*., 840.



Di recente, la migliore dottrina [126], i cd. "vincitori" [127] del noto dibattito scientifico, riaffermano, anche in forza di una lettura sinergica ed evolutiva delle sentenze della Corte di Cassazione (Cass. n. 19013/2017 e Cass., sez. un., n. 8770/2020, nonché di Cass. n. 21830/2021) la necessità di accostare la *meritevolezza* alla *razionalità dell'alea*.

Per la Cassazione del 2017 la nullità del contratto di *interest rate swap* è ascrivibile alla immeritevolezza [128] degli interessi ai sensi dell'art. 1322, comma 2, cod. civ., e il fondamento risiederebbe nel considerare l'*ufficio di diritto privato* che l'intermediario svolge come guardiano della fiducia dei mercati; intermediario pensato come il fedele cooperatore dell'investitore e, allorquando predisponga un contratto per concluderlo tra se stesso e l'investitore, deve farlo adempiendo ai suoi doveri di fedele cooperatore.

E proprio su questo aspetto, su questa qualificazione, interessa concentrare, in questa sede, la nostra attenzione: l'*ufficio di diritto privato* esercitato dall'intermediario finanziario che evoca, come ci ha ricordato Paola Severino di recente [129], il ruolo altrettanto fondamentale esercitato dal *concessionario dei giochi e delle scommesse*.

Il concessionario è pensato nel *Rapporto Censis sul gioco pubblico in Italia* come il migliore alleato della legalità per prevenire i reati. Segnatamente, muovendo dalla distinzione tra gioco legale, ossia autorizzato, e gioco illegale, e sgominando al contempo ogni pregiudizio, il *Rapporto*, dimostra, come evidenzia la Severino, che «il gioco legale contribuisce all'economia del Paese. Il gioco è un'attività umana e legittima ma deve essere controllata e regolata».

La *regolamentazione del gioco legale* costituisce infatti anzitutto un deterrente al gioco illegale; si tratta di un tema culturale prima ancora che politico. Il gioco autorizzato consente di giocare in luoghi predisposti e pensati per assicurare *sicurezza e trasparenza*.

7. – Come si è già evidenziato nelle prime pagine, il Codice penale agli artt. 718 e 720 cod. civ. punisce chi pratica gioco d'azzardo fuori dal perimetro regolamentato. Dal canto suo, l'art. 4 della legge 13 dicembre 1989 è intervenuto nel settore del gioco contro le scommesse clandestine per impedire che certi giochi siano svolti da soggetti che la legge esclude, e ciò non solo in quanto le attività controllate dallo Stato sono capaci di alimentare le entrate fiscali.

---

[126] D. MAFFEIS, *La scommessa razionale di* swap, cit., 196.

[127] Così li qualifica M. MAGGIOLO, *Nullità irrazionale e conversione del derivato nullo*, in *Nuovo diritto civile*, 2021, 1, 194.

[128] D. MAFFEIS, *La scommessa razionale di* swap, cit., 198, osserva come la nullità, e non già l'annullabilità o l'inefficacia, dell'atto gestorio infedele, per immeritevolezza degli interessi darebbe nuova linfa all'art. 1322 cod. civ. Segnatamente, si legge: «se il contratto è la sintesi degli interessi, esso è valido se gli interessi sono entrambi meritevoli di tutela (o leciti), ma se l'interesse di A (il cooperatore), in conflitto con quello di B (il titolare dell'interesse della cui cura si tratta), entra nel contratto, ed A cura il proprio interesse (l'interesse in conflitto) anziché quello di B, l'interesse di A non è meritevole, mentre quello di B non è né meritevole né non meritevole, semplicemente è sacrificato. Ed il contratto nel suo complesso è immeritevole». (…) L'Autore ricorda come «il conflitto di interessi come vizio della causa caratterizzava le più risalenti teorie sull'abuso» e, riprendendo le parole di Mossa (*Abuso della procura*, in *Riv. dir. comm*., 1935, II, 250) afferma che "La nozione di abuso della procura, in confronto a quella di eccesso, suppone l'identità esteriore della rappresentanza, la quale devia, nettamente, al suo fine, a cagione dello scopo concreto dell'atto; e che il conflitto di interessi integra probabilmente (…) una deficienza funzionale dell'attività del rappresentante (MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, II, edizione completamente riveduta e aggiornata, Torino,1980, 381 ss.), e si potrebbe intravvedere, ad avviso di Maffeis, una continuità tra questa ricostruzione classica dell'abuso della procura (che sarebbe poi l'abuso di mandato) e la causa di nullità affermata da Cass., n. 19013/2017.

[129] Mi riferisco alle dichiarazioni rilasciate da Paola SEVERINO in occasione della Presentazione del "*Rapporto Lottomatica-Censis sul Gioco Legale*" in Italia.



È poi noto come il d.lgs. n. 231/2001 ha inserito il reato di frode nel gioco e, anche in questa prospettiva può osservarsi che il concessionario sia il migliore alleato della legalità per prevenire reati, soprattutto di questo tipo.

Nel mirino del legislatore ci sono anche reati come il riciclaggio e, com'è noto, in Italia la normativa antiriciclaggio esiste dal 1992, ma nel decreto antiriciclaggio del 2007 sono stati introdotti tre obblighi particolarmente significativi, ovvero: *un'adeguata verifica*, la *segnalazione di attività sospette* e la *conservazione dei dati*. Ciò, naturalmente, vale per le banche, ma altrettanto può predicarsi per i concessionari del gioco che inviano segnalazioni di attività sospette all'Uif.

In questa prospettiva si rivela fondamentale anche l'attività dell'ADM che ha il potere di emanare linee guida e *standard* tecnici ai concessionari in materia preventiva.

Un ultimo aspetto riguarda la *partnership* tra pubblico e privato: lo Stato conferisce e regola le concessioni con conseguenti vantaggi economici, culturali e sociali.

Il *Rapporto Censis*, e le attente considerazioni di Paola Severino, sollecitano alcune riflessioni che meritano di essere approfondite.

Anzitutto, sotto il profilo culturale, emerge una consapevole inversione di tendenza nel modo di guardare al fenomeno dei giochi. Sgominando i pregiudizi, si riconosce al gioco legale, ossia il gioco autorizzato, di contribuire all'economia del Paese.

Piaccia o no, le ragioni fiscali, per quanto ciniche, costituiscono un utile argomento per autorizzare il gioco. E non vi è dubbio, come prova il *Rapporto* richiamato, che una politica legislativa di divieto, e dunque illiberale, non solo non gioverebbe alle casse dello Stato, ma avrebbe il solo miope effetto di alimentare quelle della criminalità organizzata, così finendo anche per amplificare i problemi sociali e di tutela della salute che il gioco solleva.

In fondo il parallelo anche con altri mercati, come quelli inerenti ai prodotti da fumo, non sarebbe eccentrico potendo suggerire di guardare alla politica legislativa adottata per quei mercati, almeno sotto alcuni profili che sembrano comuni: penso ad alcune scelte fatte per regolare quei mercati in un'ottica di *prevenzione* e di *educazione* al consumo. Ma su questi temi è stato già scritto molto.

Il *Rapporto Censis* stimola l'analisi dei profili legati alla regolazione, perché come ci insegna Natalino Irti il mercato, qualunque sia il bene o il servizio offerto, non è un *locus naturalis*, ma *artificialis*.

L'ordine del mercato è dato dalle regole normative e, nel settore dei giochi, le regole, o meglio i regolatori, non sono sempre e soltanto lo Stato e suoi organi.

La regolazione in questo settore deve essere pensata prestando attenzione ad una duplicità di piani: gli *interessi individuali* – che trovano la fonte nel singolo contratto – ma al contempo, a monte, la pluralità di *interessi generali* che emergono e che devono essere coordinati e il cui contemperamento, proprio perché dovrebbe costituire il frutto di scelte di politica legislativa, non può essere affidato ad organi che al tempo stesso regolano il mercato e usufruiscono delle stesse regole in qualità di erogatori di servizi o di giocatori e scommettitori, quasi a ricordare una logica improntata alla figura dello Stato imprenditore.

Ma ancor prima, la regolazione dovrebbe essere il frutto di politiche europee volte alla massima armonizzazione, stante l'inarrestabile ascesa dei giochi *on line* che costituiscono il mercato più diffuso e dunque più insidioso.

Riprendendo le osservazioni della dottrina più sensibile al rapporto tra il diritto pubblico e il diritto privato si osserva come «il sintagma Stato regolatore sottende, in particolare, l'opzione normativa che è al fondamento del mercato unico europeo e che si traduce in un preciso modello istituzionale, che ridefinisce la linea



di confine tra lo Stato e il mercato. Questo modello postula la scelta di conformare normativamente le attività delle parti, con l'obiettivo di preservare la dinamica concorrenziale ovvero di mimare, con la forza della norma imperativa, gli esiti d'un mercato che in concreto non esiste» [130].

Come già attentamente osservato, giova evidenziare come il diritto che dà ordine al mercato unico «postula sia regole e rapporti che s'indirizzano agli Stati, sia regole che attengono ai rapporti tra ordinamenti e i singoli cittadini degli Stati membri, sia regole che disciplinano direttamente i rapporti tra privati». Da un lato, infatti le libertà fondamentali del Trattato dell'Unione europea, come la circolazione dei beni, dei servizi, delle persone e dei capitali, si rivolgono formalmente solo agli Stati, chiamati a darvi attuazione, mentre le regole della concorrenza disciplinano i rapporti tra imprese che operano nel mercato [131].

Di recente, in uno studio [132] che si segnala per l'attenta e critica analisi dei profili legati alla *regolazione dei rapporti tra privati nel settore dei giochi pubblici*, l'Autrice opportunamente pone in luce un dato che appare significativo ai fini della presente indagine: la disomogeneità qualitativa e quantitativa dei soggetti coinvolti nel mercato dei giochi pubblici; la rilevanza di interessi pubblici particolarmente qualificati; la convivenza di un regime di monopolio statale con la disciplina europea in materia di concorrenza e libera prestazione di servizi.

Concentrando l'attenzione sul primo dato, e rimandando i profili di concorrenza ai prossimi paragrafi, si osserva come la materia in esame si lasci efficacemente descrivere come un *sistema "tripolare" asimmetrico* nel quale intervengono: *ADM, i concessionari e i giocatori* [133].

Segnatamente, ad ADM è stato attribuito il potere di definire con i propri atti le regole che definiscono l'esercizio dei giochi pubblici [134]. Attraverso una pubblica gara la stessa ADM seleziona i soggetti-imprenditori ai quali attribuire la concessione per l'esercizio dei giochi, i quali concludono una convenzione di concessione con l'Autorità. Ancora i concessionari stipulano singoli contratti con ciascun giocatore-consumatore che voglia partecipare ai giochi [135].

---

[130] In questi termini A. Zoppini, *Diritto privato vs diritto amministrativo*, cit., 5, al quale si rinvia anche per la ricca bibliografia in argomento; ma si veda anche Id., *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, cit., 37 ss.; nonché le riflessioni raccolte nell'opera monografica: *Il diritto privato e i suoi confini*, cit., *passim*.

[131] Così A. Zoppini, *op. loc. ult. cit*.

[132] Mi riferisco al lavoro monografico di A. Ferrari Zumbini, *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, *passim*.

[133] A. Ferrari Zumbini, *op. cit*., 112, la quale chiarisce il significato del lemma sistema tripolare asimmetrico, specificando che il carattere della *tripolarità* consiste nel fatto che i soggetti che lo compongono sono di tre tipologie diversi: un'*autorità amministrativa*, un gruppo più o meno ristretto di *concessionari*, e una *"massa" di giocatori* che potenzialmente include tutta la popolazione nazionale.

[134] Le funzioni in materia di giochi e scommesse, come si è anticipato, sono attualmente attribuite all'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS), oggi incorporata nell'Amministrazione delle Dogane e dei Monopoli (ADM). Nel 2002, per porre fine alla frammentazione esistente in materia di assegnazione delle concessioni, in cui operavano diversi soggetti, il legislatore ha concentrato tutte le competenze in un unico soggetto. L'art. 4 del d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 2002, n. 178, ha riorganizzato la materia, prescrivendo che: «al fine di assicurare la gestione unitaria prevista dall'art. 12 della legge 18 ottobre 2001, n. 383, nonché di eliminare sovrapposizioni di competenze, di razionalizzare i sistemi informatici esistenti e di ottimizzare il gettito erariale, l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato svolge tutte le funzioni in materia di organizzazione ed esercizio dei giochi, scommesse e concorsi pronostici». Successivamente, il legislatore ha attribuito ad AAMS anche la competenza inerente a tutte le funzioni in materia di giochi e scommesse a distanza con specifico riguardo alla raccolta a distanza.

[135] Com'è noto, nel nostro ordinamento vige una regola che attribuisce allo Stato una riserva in materia di giochi e scommesse, stabilita con il d.lgs. 14 aprile 1948, n. 496. Ai privati, pertanto, è sottratta ogni legittimazione ad esercitare attività imprenditoriali in questo mercato. L'esercizio di queste attività, stante la riserva originaria, è consentito esclusivamente allo Stato, che può decidere di conferirlo a soggetti privati attraverso specifiche concessioni. Per organizzare ed esercitare i giochi pubblici, nonché per raccogliere



La specificità di questa asimmetria non si esaurisce nel classico riferimento al *gap* informativo — che connota, nella fisiologia dei rapporti, i contratti tra professionista e consumatore – che impone interventi volti a colmare dette asimmetrie; la peculiarità, che connota e amplifica la complessità dei rapporti tra i protagonisti del mercato dei giochi pubblici, è dettata proprio dalla circostanza che la asimmetria in questo mercato può essere indagata anche dalla prospettiva dei poteri autoritativi conferiti, alle facoltà attribuite e al potere contrattuale concretamente esercitabile [136].

Si badi che il potere di regolazione, nonché quello di realizzare atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale, provengono da un'Autorità che, come si è opportunamente posto in evidenza, non è riconducile al novero delle Autorità amministrative indipendenti [137].

Questa complessità o, come noi riteniamo, questo possibile confitto di interessi tra le parti del contratto, che si annida e discende da una rete di fonti disomogenee, si amplifica ancor di più allorché si sposti l'attenzione dal mercato tradizionale dei giochi e delle scommesse pubbliche (che si svolgono in presenza, ossia nelle ricevitorie debitamente autorizzate a ricevere le scommesse), a quello dei giochi *on line,* e si indaghi il rapporto che esiste tra il conto di gioco e il contratto di gioco.

In questa sede può solo accennarsi ad alcune suggestioni, rimandando ad una mia più approfondita ricerca lo studio dei temi [138].

Muovendosi dal dato positivo, è noto che con decreto direttoriale del 21 marzo 2006, AAMS ha dettato misure per regolamentare la raccolta a distanza delle scommesse, del bingo e delle lotterie. In particolare, l'art. 4 ha prescritto che l'esercizio e la raccolta a distanza è subordinato alla stipulazione di un contratto di conto di gioco tra il giocatore e il titolare del sistema. Ancora nel 2006, AAMS ha emanato un nuovo atto nel quale è contenuto uno schema di contratto di conto di gioco, che come è stato già osservato, assolve ad una pluralità di funzioni: determina il contenuto minimo obbligatorio dei contratti di conto gioco, riconosce diritti e facoltà dei giocatori (si pensi al potere riconosciuto al giocatore di sospendere l'operatività del proprio conto) e così anche diritti e facoltà del concessionario (anche il concessionario può sospendere il diritto di effettuare giocate sia pur per un periodo limitato); obblighi, doveri e responsabilità del giocatore [139], così come del concessionario [140].

---

le scommesse, è dunque necessario ottenere un'apposita concessione e un'autorizzazione di pubblica sicurezza. Al riguardo il r.d. 18 giugno 1931, n. 773, recante il Testo Unico delle Leggi di Pubblica sicurezza (TULPS) prevede che per esercitare un'attività nel settore dei giochi e delle scommesse è necessario essere in possesso di una concessione amministrativa di AAMS e di una licenza di polizia rilasciata dalla Questura territorialmente competente.

Sulla riserva originaria e sul regime concessorio si veda per tutti S. CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969; e per un'analisi sull'evoluzione del regime giuridico dei beni pubblici, in una prospettiva comparativa: G. della CANANEA, *From (Public) Ownership to Use: a comparative Analysis*, in *The Public-Private Law Divide: Potential for Trasformation?*, a cura di M. RUFFERT, London, 2009, 297 ss.

[136] A. FERRARI ZUMBINI, *op. loc. cit*.

[137] A. FERRARI ZUMBINI, *op. cit*., 110, ed è proprio questo profilo che stimola lo studio dell'Autrice nell'intento di verificare se possa configurarsi la categoria di atti amministrativi conformativi dell'autonomia contrattuale ma provenienti da autorità amministrative non riconducibili a quelle indipendenti e in questo percorso di ricerca il settore dei giochi pubblici si rivela essere un terreno elettivo.

[138] Per una ricerca critica dei temi in esame si rinvia per maggiori approfondimenti al mio: *I giochi non proibiti*, cit., *passim*.

[139] Segnatamente è previsto che ciascun giocatore può attivare un unico contratto con ogni concessionario, e non può cedere ad altri il suo utilizzo; e l'eventuale utilizzo, a qualsiasi titolo da parte di terzi, del conto di gioco comporta l'assunzione da parte del giocatore della piena responsabilità anche in ordine all'addebito di quanto dovuto sul gioco di gioco.

[140] Il concessionario deve consentire al giocatore la riscossione delle vincite relative alle giocate ed è responsabile della corretta e tempestiva esecuzione dell'operazione di accredito dei versamenti sul conto di gioco.



Lo schema tipo prescrive inoltre alcune clausole [141] che necessariamente devono essere inserite nei singoli contratti di conto di gioco, nonché vincoli di forma in ordine alle informazioni da fornire ai giocatori.

Ma ciò che preme porre in luce in questa sede è che lo schema tipo di contratto di conto di gioco emanato dall'AAMS assolve la funzione di parametro per le successive valutazioni dei contratti dei concessionari ai fini della loro approvazione [142].

Dunque, in questo contesto, come rileva opportunamente Angela Ferrari Zumbini, l'AAMS, in una prima fase, esercita un *potere conformativo* attraverso un atto con efficacia generale e astratta (decreto direttoriale 21 marzo 2006) – con il quale stabilisce la necessaria approvazione preventiva dei contratti di conto di gioco – in una seconda fase, invece, emana un atto con il quale adotta uno *schema-tipo* di contratto, prescrivendo, in questo modo, il parametro per le proprie determinazioni future e indicando in concreto i precetti conformativi dell'autonomia negoziale, attraverso una previsione puntuale del contenuto del contratto [143].

Dunque, nel mercato dei giochi si assiste ad una dinamica del tutto peculiare e ciò in quanto lo schema-tipo impiegato come parametro di legittimità in merito alla approvazione del singolo contratto presenta delle caratteristiche peculiari che è bene evidenziare e che lo distinguono da un tradizionale parametro di legittimità: detto parametro è elaborato dalla stessa pubblica amministrazione che esprimerà il giudizio e, ancor più grave, non è contenuto in un atto gerarchicamente sovraordinato [144].

In altri termini, ciò che si verifica in concreto è che con un atto individuale un'Autorità amministrativa non indipendente, che fa parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze, compie una valutazione di conformità/difformità di clausole contrattuali in forza di un parametro predisposto dalla stessa, esplicando nei privati un'efficacia di tipo legittimante [145].

8. – Arrivati a questo punto dell'indagine occorre fermare l'attenzione sulla struttura dei contratti in esame muovendo da un interrogativo che solo apparentemente può sembrare banale: chi partecipa al gioco, e chi sono le parti del contratto, ammesso che siano soggetti diversi.

L'interrogativo non è certo nuovo e impegna la dottrina e la giurisprudenza già dalla fine degli anni '40 dello scorso secolo [146]. È un interrogativo che oggi riceve nuova linfa e un rinnovato interesse, non solo dal riconoscimento della qualità di consumatore, che è stata di recente attribuita al giocatore – una qualità che com'è a tutti noto assume rilevanza allorquando lo stesso contratti con un professionista – ma anche in ragione della circostanza non trascurabile che il presente vede il prepotente affermarsi dei giochi *on line*, che richiamano masse di giocatori e che per il loro esercizio impongono la necessaria stipulazione del cosid-

[141] Ci si riferisce alle clausole che prevedono il rinnovo automatico, sospensione dell'esecuzione, facoltà di recesso, risoluzione del contratto, l'estinzione del conto di gioco, integrazioni e variazioni contrattuali.

[142] E ciò in quanto, il decreto direttoriale 21 marzo 2006 stabilisce che il concessionario debba preventivamente sottoporre ad AAMS il contratto di conto di gioco che intende adottare per regolare uniformemente i rapporti contrattuali con i giocatori. E solo dopo l'approvazione di AAMS potrà concludere contratti con i giocatori.

[143] Si veda in argomento A. Ferrari Zumbini, *op. cit.*, 126.

[144] A. Ferrari Zumbini, *op. cit.*, 127, osserva come l'adozione preventiva di uno schema-tipo contrattuale da parte di AAMS non è esplicitamente prevista in alcuna norma primaria, né secondaria. «Nel sistema delle fonti, dunque, si rinviene ana delega ad AAMS (ora ADM) che potremmo definire in bianco, in cui le singole attribuzioni riconducibili alla potestà conformativa non sono in alcun modo elencate, né genericamente individuate. È la stessa amministrazione, titolare del potere, che decide con che modalità e in che misura conformare la libertà negoziale dei privati».

[145] Così in prospettiva critica A. Ferrari Zumbini, *op. cit.*, 129.

[146] G. Graziani, *op. cit.*, 390.



detto contratto di conto di gioco, che rappresenta una condiziona necessaria per poter giocare e scommettere a distanza.

In questa sede non ci si soffermerà sulla qualificazione della struttura di tutti i contratti di gioco offerti dal mercato; sarebbe uno sforzo in fin dei conti superfluo nell'economia di questo lavoro, preferendo piuttosto muovere da un dato che allo stesso tempo accomuna e separa le diverse specie restituendoci all'interno della categoria due diversi gruppi al cui interno è possibile sussumere i diversi giochi.

In particolare, all'interno del panorama dei giochi, la nostra attenzione è dedicata a quelli ai quali prendono parte più persone, i cosiddetti *giochi di massa*, al cui interno è possibile distinguere due sottotipi: il primo, quello che presenta meno problemi sotto il profilo d'indagine, è formato dai giochi e dalle scommesse per i quali l'ammontare della vincita è determinato sin dal momento della conclusione del contratto; il secondo, più complesso, al cui interno confluiscono tutti quei giochi e quelle scommesse nei quali la posta versata da ciascun giocatore concorre alla formazione del montepremi e dunque non è determinata al momento della conclusione del contratto, ma determinabile in forza dello strumento del totalizzatore una volta conclusa l'attività di gioco.

Circoscritto l'ambito di indagine, e distinto all'interno del *genus* le due specie, si pone un primo preliminare interrogativo: il fatto che al medesimo gioco partecipino più persone è un fatto rilevante per determinare la struttura del contratto? In altri termini: la sola circostanza che al medesimo gioco partecipino più persone [147] è un elemento necessario e sufficiente a qualificare la struttura del relativo contratto?

Logicamente, prima ancora che giuridicamente, può già rilevarsi che la partecipazione di più giocatori può essere un elemento utile per individuare il genere giochi e scommesse di massa ma, come abbiamo evidenziato, il genere è a sua volta suscettibile di una distinzione in due specie.

Occorre allora comprendere quale sia l'elemento idoneo a distinguere le specie nell'intento di verificare se sia stato posto in essere un unico contratto plurilaterale fra tutti i giocatori o se si tratti, piuttosto, di una serie di contratti bilaterali, paralleli, collegati, che hanno in comune una delle parti nonché la medesima causa [148].

Non si tratta, già a prima vista di una distinzione innocente, perché potrebbe rilevarsi che in un caso, le parti sono un professionista ed un consumatore-giocatore; nell'altro, invece potrebbero essere "n." giocatori/consumatori che contraggono tra loro.

In secondo luogo, che valore e che significato riveste l'attività concretamente esercitata e posta in essere dall'organizzatore del gioco al fine di qualificare la struttura del contratto di gioco?

Più in particolare: se colui che presta il servizio di gioco non si limita ad offrire il servizio, ma partecipa egli stesso al gioco, questa circostanza è suscettibile di incidere sulla struttura del contratto?

---

[147] T. ASCARELLI, I*l contratto plurilaterale*, 259; ID., *Contratto plurilaterale e totalizzatore*, in *Riv. dir. civ. e comm*., 1949, 170; ID., *Notarelle critiche in tema di contratti plurilaterali*, cit.; N. IRTI, *Appunti per una classificazione dei contratti agrari*, in *Riv. dir. agr*., 1961, I, 685; A. BELVEDERE, *Sulla categoria del contratto plurilaterale*, in *Riv. trim dir. proc. civ*., 1971, 671 ss.; L. BUTTARO, *Contratto di gioco e contratto plurilaterale*, in *Riv. dir. comm*., 1951, I, 570 ss.; LASERRA, *Natura giuridica del totalizzatore*, cit., *passim*; G. DI GIANDOMENICO, D. RICCIO, *Commento agli artt. 1861-1986*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *I singoli contratti*, a cura di D. VALENTINO, Torino, 2016, 380 e ss.; più di recente: L. MODICA, *op. cit*.; L. BALESTRA, *Il giuoco e la scommessa nella categoria dei contratti aleatori*, cit., spec. 675 ss.; M. TUOZZO, *Inadempimento e riparto dell'onere della prova nel caso del Lotto truccato*, in *Obbl. e contr*., 2007, 804 ss.; e tra le voci enciclopediche MAIORCA, voce *Contratto plurilaterale*, in *Enc. dir*., Milano; nonché la più recente di E. MINERVINI, *Contratto plurilaterale*, in *Enc. dir*., *Annali*, Milano, 2022, 450 ss.

[148] Sul collegamento negoziale si vedano in quanto utili ai fini dei temi sollevati: V. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, Parte prima, in *Riv. dir. civ*., 792 ss.; e F. MAISTO, *Collegamento tra contratti*, in *Pubblicazioni dell'ADP, Associazione dei Dottorati di Diritto Privato*, *Sezione Atti e Materiali*, 3, *Il contratto*, a cura di A. FEDERICO, G. PERLINGIERI, Napoli, 2019, 277 ss.



E ancora: il modo in cui le somme vengono raccolte, e così destinate a formare il montepremi, incide sulla struttura del contratto? È forse quest'ultimo l'elemento sul quale fare affidamento per comprendere la struttura dei contratti? Perché, ragionando liberi dai pregiudizi che a lungo hanno condizionato lo studio del contratto plurilaterale, non può sottacersi un dato che appare significativo.

Mentre nei giochi appartenenti al primo *genus* nessun interesse presenta per il singolo giocatore/scommettitore quale sia la sorte che coinvolge gli altri giocatori (in quanto il premio, ossia la vincita, è già determinato al momento della conclusione del contratto) e in questa prospettiva, dunque, la circostanza che al medesimo gioco partecipino più persone è per ciascuno di essi del tutto indifferente; non valgono le medesime considerazioni per i giochi che appartengono al secondo *genus*, in quanto, ciascun giocatore/vincitore riceverà una somma tanto maggiore quanto, da un lato, è maggiore il numero di partecipanti e, dall'altro, è minore il numero di coloro che hanno ottenuto il medesimo risultato vincente.

Dunque, in questo ultimo esempio, ciascun giocatore ha al contempo, in prima ideale fase, l'interesse a che al gioco partecipino un grande numero di soggetti – perché la partecipazione di ciascuno attraverso il pagamento della posta (che solitamente avviene contestualmente all'adesione al contratto) contribuisce ad arricchire il montepremi, rendendo il gioco anche più accattivante – ma, una volta formatosi il montepremi, quegli stessi interessi che nella prima fase si lasciavano descrivere come un fascio di interessi paralleli e diretti al perseguimento dello scopo comune, ossia la formazione del montepremi, in una seconda fase divengono non solo *divergenti*, ma *confliggenti*.

E sarebbe questa circostanza un dato significativo ad escludere la loro qualificazione in termini di contratto plurilaterale, come hanno sostenuto alcuni interpreti?

Per rispondere a questo interrogativo è necessario anzitutto chiedersi se sia rinvenibile nel codice civile una sola concezione di *scopo comune*, ammesso che lo scopo comune sia un elemento necessariamente caratterizzante i contratti plurilaterali [149].

In altri termini, occorre preliminarmente chiedersi se si può affermare, senza timore di essere smentiti dallo stesso dato positivo, che nel Codice civile l'interesse comune è declinabile in una sola maniera [150] e si atteggi con caratteristiche costanti, tanto da escludere che, allorquando le stesse manchino, non sarebbe ravvi-

---

[149] Si veda sul tema lo studio di V. BARBA, *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 531 ss.

[150] Significative appaiono le considerazioni di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 441, dove si afferma che lo *scopo comune* prende il massimo di evidenza quando si presenta con la materialità di una "struttura comune", come accade nei contratti associativi. Ma uno scopo comune è per Roppo concepibile anche al di fuori di questa categoria: sicché possono darsi contratti plurilaterali con comunione di scopo che non sono associativi, così come per converso ci sono contratti associativi che non sono plurilaterali. P. RESCIGNO, *op. loc. cit.*, ci insegna come i contratti associativi non esaurirebbero il ventaglio dei contratti con comunione di scopo, costituendo solo la figura più frequente; ma prima ancora FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 2001, ristampa, *passim*. Merita di essere segnalata la posizione di T. ASCARELLI, *op. loc. cit.*, il quale distingue l'*associazione interna* da quella *esterna*: nella prima, quella interna, la funzione comune si esaurirebbe nella *predisposizione di un'organizzazione comune* con mera efficacia *inter partes;* e utili spunti si trovano anche in R. SANTAGATA DE CASTRO, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, 90.

Si può tuttavia, già in questa sede, anticipare, riprendendo le suggestioni di Ascarelli e di Santagata, che nel nostro caso non vi sarebbe neanche una mera associazione interna (Ascarelli) o l'applicazione dell'istituto *Gleichordnungskonzern* di origine tedesca (Santagata) in quanto non vi è un'amministrazione comune (un contratto di organizzazione) volta a gestire le attività di partecipazione al gioco e alla scommessa.

Piuttosto, i giocatori si avvalgono dell'organizzazione (esterna) e delle attività volte all'erogazione di servizi di gioco, e strumentali al gioco e alla scommessa (come la raccolta delle poste, la loro custodia, la determinazione del vincitore, la premiazione) e gestiti dal soggetto autorizzato che è obbligato verso ciascuno, una volta concluso il contratto di erogazione di servizi di gioco e scommessa e con il quale ciascun partecipante acquista il diritto di partecipare alla scommessa e al gioco e riceve una ricevuta che rappresenta un titolo di legittimazione per ritirare l'eventuale vincita.



sabile un interesse comune. E quand'anche si affermasse sulla scorta del dato positivo, e si ritrovassero queste caratteristiche, potrebbe per la verità ulteriormente domandarsi: ma l'interesse comune deve accompagnare tutte le fasi del contratto o deve sussistere solo al momento della conclusione dello stesso per poter essere qualificato come contratto plurilaterale [151]?

Gli interrogativi proposti sono ben noti agli addetti ai lavori, e probabilmente anche ai lettori che hanno consuetudine con i giochi e le scommesse, ma mi sembra che riescano a far comprendere la complessità dei problemi che ciascuno di essi solleva e che in questa sede non possono ricevere le attenzioni e gli approfondimenti che meritano, concentrando la nostra attenzione a quei profili utili nell'economia del presente studio e rimandando ad una mia più approfondita ricerca l'analisi dei problemi sollevati [152].

In questo lavoro, nell'intento di non divagare e seguire la prospettiva scelta nel titolo, occorre muovere da un dato della realtà che appare significativo ai nostri fini: i profili inerenti alla *organizzazione* dei giochi e delle scommesse di massa. Ossia a quelle attività che, com'è stato bene evidenziato dalla dottrina che ha più approfondito il tema in esame: si caratterizzano per la soggezione «a una specifica e dettagliata disciplina diretta ad assicurare *trasparenza* nell'organizzazione e nell'assetto proprietario dell'ente gestore, *regolarità* e *correttezza* nello svolgimento del gioco, *affidabilità economico-finanziaria* dell'amministrazione, tendenziale limitazione dell'ammontare delle poste e, talvolta, delle vincite» [153]. Caratteristiche quelle evidenziate in corsivo (nostro), che offrono ulteriori argomenti per confortare la nostra tesi per la quale il settore dei giochi e delle scommesse organizzate (cdd. scommesse comuni) possa essere regolato, o meglio regolato, mutuando alcune norme che regolano il settore delle scommesse finanziarie e che potrebbero applicarsi analogicamente al mercato in esame e magari un domani orientare il legislatore che voglia finalmente dedicare al settore dei giochi e delle scommesse un Testo unico al pari di quanto è stato fatto con il TUF.

L'organizzazione è poi un dato rilevante nell'economia del nostro discorso perché come già aveva anticipato con lungimiranza Graziani alla fine degli anni '40 dello scorso secolo, con riguardo al concorso SISAL, il gestore del gioco pone in essere una serie di servizi [154] che si rivelano, stante la dimensione del fenomeno dei giochi di massa, non solo necessari, ma indispensabili per consentire la partecipazione di più soggetti e allo stesso tempo garantire la trasparenza, la correttezza e la regolarità dei servizi.

9. – Com'è stato opportunamente rilevato, a livello europeo manca, per esplicita scelta del legislatore [155],

---

[151] Anticipando alcune conclusioni cui sono arrivati gli interpreti che si sono occupati del tema con maggiore attenzione, si veda lo studio monografico di M. PARADISO, *op. cit*., 79, per il quale «lo scopo comune sarebbe proprio la formazione del montepremi da dividere tra i partecipanti, tra i quali intercorrono i contatti stipulati direttamente tra i giocatori o indirettamente tramite l'intermediario. Il gestore del gioco rimarrebbe fuori dal contratto di scommessa vero e proprio limitandosi a gestire le operazioni che rendono possibile la scommessa e determinando perciò la stipulazione di un ulteriore contratto, di mandato di locazione d'opera per la custodia delle poste».

Attività, queste ultime, sulle quali, a ben vedere ha inciso la nuova dimensione tecnologica dei giochi: da un lato sollevando l'organizzatore, e affidando all'intelligenza artificiale alcune di esse, dall'altro però rendendole più complesse stante l'ingresso di un nuovo contratto nel mercato on line: il cosiddetto conto di gioco. Su questi aspetti si rinvia al mio: *I giochi non proibiti*, cit., *passim*

[152] Sia consentito rinviare al mio: *I giochi non proibiti*, cit., e per una compiuta analisi anche critica dei temi in esame si veda tra i più recenti il contributo di L. MODICA, *op. cit*., *passim*.

[153] Il riferimento è naturalmente a M. PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, cit., 214-215; e ripreso più recentemente da L. BALESTRA, *op. cit*., 685

[154] Si veda nota 154.

[155] A. FERRARI ZUMBINI, *op. cit*., 119-120, osserva come la Commissione sia ben consapevole dei regimi di riserva e di conseguente monopolio vigenti negli Stati membri e in passato abbia provato ad avviare un percorso di armonizzazione delle discipline



una regolamentazione uniforme e vincolante per il mercato dei giochi e delle scommesse, e anche le regole emanate in altri contesti che sarebbero suscettibili di essere applicate al settore in esame non sono mutuabili stante le espresse esclusioni [156]; questa lacuna, tuttavia, non può legittimare una disciplina settoriale di matrice nazionale che si ponga in contrasto con i principi e le regole del diritto europeo, tra i quali rilevano, ai nostri fini, la libertà di stabilimento e la circolazione dei servizi [157]. Il problema principale, si osserva, è il giusto bilanciamento tra il mercato interno e al tempo stesso la salvaguardia di interessi nazionali *extra*-economici, di carattere generale e di natura pubblicistica, riferibili alla tutela del consumatore e alla protezione della salute. Le autorità nazionali dovrebbero provare che «le misure adottate per esigenze imperative di interesse generale siano *idonee, necessarie e proporzionate* al raggiungimento dello scopo prefissato nella normativa di riferimento, non integrando alcuna forma di discriminazione: diversamente, i provvedimenti statali genererebbero effetti restrittivi della concorrenza e del mercato unico» [158].

Come ha attentamente notato Matteo Gnes, la giurisprudenza europea ha svolto un ruolo rilevante nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto europeo (ci si riferisce in particolare al Trattato sulla prestazione di servizi e di diritto di stabilimento) alle normative nazionali in materia di giochi pubblici, non solo definendo l'ambito di applicazione dei principi europei, la loro portata e le loro conseguenze sui diritti dei singoli Stati, ma anche aprendo progressivamente il mercato dei giochi d'azzardo. E al riguardo l'Autore efficacemente individua quattro fasi che con una certa approssimazione possono lasciarsi così sintetizzare.

La prima è descritta come la fase di "affermazione, da parte della giurisprudenza europea della legittimità europea, delle discipline nazionali"; la seconda, invece, si caratterizzerebbe per una maggiore severità da parte della Corte di Giustizia in ordine alla valutazione delle ragioni addotte dagli ordinamenti nazionali; la terza, inaugurata dalla sentenza *Placanica* del 2007, sembrerebbe invece "indicare la via ad un'apertura sempre più ampia del mercato delle scommesse"; infine la quarta fase che si apre nel 2009 con la sentenza *Liga Portuguesa*, che "mostra un atteggiamento più restrittivo della Corte di giustizia" nell'intento di negare l'applicazione del muto riconoscimento nella materia in esame [159].

Dall'analisi della giurisprudenza richiamata possono trarsi alcuni principi fondamentali ai quali dovrebbero attenersi le discipline nazionali. In primo luogo, interessa osservare che è stato riconosciuto il *carattere economico* dell'attività di gioco e scommessa, sebbene si tratti di attività ludiche e aleatorie e siano vietate in alcuni Stati. Le norme applicabili sono quelle in materia di *diritto di stabilimento e prestazione di servizi*, nonché per alcuni aspetti, a dire il vero marginali (relativamente agli apparecchi per i giochi d'azzardo) si è fatto ricorso alla normativa in *materia di libera circolazione delle merci*, sebbene generalmente esclusa. In

---

nazionali, con la finalità di liberalizzare il mercato. Si ricorda infatti come nel 1991 sia stato pubblicato uno studio Gambling in the single market. A study of Current Legal and Market Situation, (in Ufficio delle pubblicazioni delle Comunità europee, Lussemburgo, 1991), ma com'è noto questo progetto incontrò il disfavore degli Stati membri. E analoga sorte ha avuto anche la consultazione pubblica che ha portato alla pubblicazione del Libro verde sul gioco d'azzardo on line nel mercato interno (Bruxelles, 24 marzo 2011, COM).

[156] L'art. 2, par. 2, lett. h), direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, esclude dal campo di applicazione attività di azzardo che implicano una posta in danaro in giochi di fortuna, comprese le lotterie, i giochi d'azzardo nei casinò e le scommesse; l'art. 1, par. 5, lett. d), Direttiva 2000/31/CE, Direttiva 2000/31/CE del Parlamento e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, esclude dal perimetro della propria applicazione i giochi d'azzardo, le lotterie e le scommesse.

[157] Si veda in questi termini: A. Zoppini, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, cit., 46-47.

[158] Così, condivisibilmente, A. Zoppini, *op. ult. cit*., 47.

[159] Si veda così l'approfondita voce curata da M. Gnes, per i Tematici dell'*Enciclopedia del diritto*, cit., 546 ss. al quale si rinvia per i riferimenti di dottrina e giurisprudenza.



secondo luogo, sono state generalmente qualificate delle restrizioni al mercato, le norme nazionali che proibiscono o regolano le attività connesse ai giochi e alle scommesse. Ed infine, verificato che le misure nazionali pensate come forme di controllo delle attività in esame costituiscono delle restrizioni al diritto di stabilimento e alla libera circolazione di servizi, si è posto il problema di verificare se «tali restrizioni possano essere ammesse a titolo di misure derogatorie espressamente previste dagli artt. 45 CE e 46 CE (ora art. 51 e 52 TFUE), ovvero se possano essere giustificate conformemente alla giurisprudenza della Corte, da motivi imperativi di ordine generale» [160].

In particolare, le deroghe in materia di libera prestazione di servizi e di diritti di stabilimento, sono costituiti dai «motivi *di ordine pubblico, di sicurezza e di sanità pubblica*», ai sensi dell'art. 52, TFUE, mentre i «*motivi imperativi di interesse generale*» rappresentano una sorta di "*rule of reason*" con riguardo alle legislazioni nazionali indistintamente applicabili, che il giudice europeo applica, quale principio generale, sia nel caso di discriminazioni dirette, sia indirette [161]. Pertanto, per poter essere giustificate, le disposizioni nazionali devono rispondere a quattro condizioni. La presenza di ragioni di interesse generale (cdd. motivi imperativi di interesse pubblico) idonee a giustificare gli interventi restrittivi posti dalle discipline nazionali; le anzidette restrizioni non devono essere applicate in modo discriminatorio tra gli operatori nazionali e quelli degli Stati membri; l'idoneità delle anzidette misure a raggiungere lo scopo perseguito; e infine, il rispetto dei principi di necessità e proporzionalità, in forza dei quali dette misure devono necessariamente perseguire gli obiettivi che si prefiggono in modo effettivo, coerente e senza oltrepassare quanto necessario [162].

10. – In chiusura di questo lavoro può osservarsi, in una prospettiva comparativa, che il problema che ogni legislatore nazionale è chiamato ad affrontare risiede nella risoluzione del conflitto fra il gioco d'azzardo come "fonte monetaria" e il gioco d'azzardo come "piaga sociale". Un conflitto che necessariamente impone di ricercare un equilibrato bilanciamento tra i contrapposti interessi in rilievo, che inevitabilmente varia in ragione delle caratteristiche e delle sensibilità giuridiche di ciascun ordinamento.

Le esperienze francese e inglese si segnalano per alcune scelte che meritano di essere ricordate e, sotto alcuni aspetti, emulate dal nostro legislatore.

Il principio generale che ispira il legislatore francese è il divieto generalizzato dei giochi e delle scommesse, salvo le ipotesi espressamente autorizzate. Così è sancito dall'art. L-322-1 del codice delle leggi di pubblica sicurezza (*code de la sécurité intérieure*) che, sulla scorta della disposizione del 1836, vieta qualsiasi tipo di lotteria, termine impiegato nella sua accezione ampia, in quanto include *ex* art. L322-2: «*qualsiasi vendita di beni immobili, mobili o merci effettuata per effetto del caso, o alle quali sono stati legati premi o altri benefici dovuti, almeno parzialmente alla sorte, e, in generale, tutte le transazioni offerte al pubblico, sotto qualsiasi nome, per far nascere l'aspettativa di un guadagno che sarebbe dovuto, anche parzialmente, alla sorte e per il quale è richiesto un sacrificio finanziario da parte dell'operatore e dei partecipanti*».

Quanto alle attività consentite, le stesse possono suddividersi in due gruppi: quelle esercitate in regime di

---

[160] Si veda in questi termini la sentenza *Gambelli*, C. giust. UE 6 novembre 2003, causa C-243/01, punto 60; si segnala in dottrina il contributo di A. BIONDI, *Alla caccia dei limiti esterni alla libera circolazione dei servizi*, in *Mercato unico dei servizi*, Milano, 2007.

[161] Sulla *rule of reason* si veda: J. STEINER, L. WOODS, C. TWIGG-FLESNER, *Eu Law*, Oxford University Press, 2006, 378.

[162] Si veda così: C. giust. Ue, Grande Stazione, 8 settembre 2020, cause riunite C-316/07, C358/07.



monopolio [163] e quelle cd. aperte (anche in forza del diritto dell'Unione Europea) ad una limitata concorrenza [164]. I principi e gli obiettivi che hanno ispirato la normativa francese in materia sono desumibili dall'art. 3 della legge del 12 maggio 2010, e sono essenzialmente quattro: prevenire il gioco d'azzardo patologico e proteggere i minori; garantire l'integrità, l'affidabilità e la trasparenza del gioco; prevenire le attività criminali e fraudolente, così come il riciclaggio di danaro e il finanziamento al terrorismo; garantire lo sviluppo equilibrato dei diversi tipi di gioco al fine di evitare destabilizzazioni finanziarie dei settori interessati.

Ma ciò che preme evidenziare della legge del 2010, oltre alla indicazione dei principi comuni a tutti i giochi d'azzardo, è l'istituzione di una nuova Autorità amministrativa indipendente, la *Autorité de Régulation des Jeux En Ligne* – ARJEL, con competenza, tuttavia, solo per i giochi *on line*. Detta Autorità concede l'approvazione, della durata di cinque anni, ai professionisti che intendono operare nei settori delle scommesse ippiche, sportive e del gioco *de cercle on line* [165].

Nel Regno Unito, com'è noto, il gioco d'azzardo (*gambling*) ha origini remote, ed affonda le sue radici sin dalla fondazione del Jockey Club nel 1750. Le scommesse ippiche, in particolare, rappresentano il settore non solo più rilevante, sotto il profilo economico e sociale, ma sono da sempre considerate un'attività legale, a differenza delle altre forme di gioco d'azzardo.

Concentrando l'attenzione al XX secolo si è soliti distinguere tre fasi nelle quali, al pari di quanto accaduto in altri ordinamenti, si trascorre dalla *proibizione*, fino agli anni 1960, per poi passare ad una forma di *tolleranza*, fino al 1993, ed infine la terza e ultima fase nella quale si assiste ad una vera e propria *liberalizzazione* del gioco d'azzardo che è stata avviata con l'inaugurazione della *National Lottery* – NL nel 1994. In quella occasione si sviluppò un clima favorevole al gioco d'azzardo che condusse nel 2005, anche in forza della relazione del *Gambling Review Body* alla emanazione del *Gambling Act*. Con il quale furono perseguiti tre obiettivi: evitare che il gioco d'azzardo possa rappresentare una fonte di attività criminale, o comunque di disordine, assicurare che il gioco sia condotto in modo trasparente, tutelare i minori e le persone vulnerabili nei confronti dei rischi del gioco.

Anche nel Regno Unito l'attività di regolazione del settore è affidata ad una Commissione, la *Gambling Commission*, istituita con il *Gambling Act* del 2005. Si tratta anche in questo ordinamento, al pari di quello francese, di una Autorità indipendente che esercita il potere di fissare i principi e i criteri di applicazione della normativa con particolare riguardo all'attività autorizzatoria e di regolazione, di pubblicare linee guida [166] rivolte alle autorità locali, e volte all'indirizzo delle loro funzioni, nonché di fornire pareri, di esercitare attività ispettive e perseguire le condotte illecite, nonché di ottenere informazioni da parte delle amministrazioni che rilasciano autorizzazioni da parte di altre amministrazioni [167].

Ad eccezione della *National Lottery*, per la quale opera un regime di monopolio legale, tutte le altre atti-

---

[163] Tra le quali si segnalano: i giochi della lotteria, esercitate in presenza o *on line*, le scommesse sportive e i casinò "fisici".

[164] Tra le attività soggette ad una apertura alla concorrenza, in virtù della legge del 12 maggio 2010, vi sono tre segmenti del mercato *on line* relativi alle scommesse sportive, a quelle ippiche, e al *poker on line*.

[165] Per una attenta ricerca del gioco d'azzardo in Francia, si segnala S. JAHN, *Le jeu d'argent en France: de la condamnation à la banalisation* (1836 – anneés 1960), Lyon; G. BÈGIN, *Pour une politique des jeux*, Paris, 2001; nonché M. VALLEUR, in G. MEYER, T. HAYER, M. GRIFFITHS, *Problem Gambling in Europe, Challenges, Prevention, and Interventions*, LLC, 2009, 71 ss.

[166] Giova evidenziare che l'adesione alle linee guida da parte dei privati costituisce una condizione necessaria per ottenere la licenza per operare mercato e la loro inosservanza dà luogo a sanzioni pecuniarie e costituisce motivo di revoca della licenza ove la violazione sia reiterata.

[167] Si vedano in dottrina: D. MIERS, *Regulating commercial gambling: past, present, futur*e, Oxford, 2004; G. REITH, *The age of chance, Gambling in western culture*, London, 1999, 85; e nella nostra letteratura si rinvia a M. GNES, *op. cit*., *passim*; e G. PEPE, *op. loc. cit*.



vità di gioco d'azzardo sono esercitate da privati che operano in regime di libera concorrenza, previa autorizzazione all'esercizio dell'attività.

Dal raffronto tra il sistema italiano e quello inglese emerge un fattore comune: per entrambi gli ordinamenti la regolamentazione pubblicistica del gioco e delle scommesse rappresenta un fattore necessario e ineludibile, stante la rilevanza degli interessi in gioco. Tuttavia, il sistema inglese presenta, rispetto a quello italiano, una maggiore apertura del settore all'iniziativa privata, in conformità alle libertà e ai principi dell'ordinamento europeo, e in generale sembra essere il più incline a superare il tradizionale modello della riserva statale.

JUS CIVILE



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV, 14 MARZO 2022, N. 1763

La Curatela fallimentare, che ha la custodia dei beni del fallito, anche quando non prosegue l'attività imprenditoriale non può andare esente da responsabilità lasciando abbandonati i rifiuti risultanti dall'attività imprenditoriale dell'impresa cessata. Diversamente argomentando i costi finirebbero per ricadere sulla collettività incolpevole, in antitesi non solo con il principio comunitario "chi inquina paga", ma anche in contrasto con la realtà economica sottesa alla relazione che intercorre tra il patrimonio dell'imprenditore e la massa fallimentare di cui il curatore ha la responsabilità che, sotto il profilo economico, si pone in continuità con detto patrimonio.

MASSIMO GALLETTI

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Messina

ABBANDONO DI RIFIUTI E OBBLIGHI DI BONIFICA IN CAPO AL DETENTORE QUALIFICATO TRA NORMATIVA AMBIENTALE E DISCIPLINA CONCORSUALE

SOMMARIO: *1. Il caso. – 2. Gli obblighi di rimozione dei rifiuti e la bonifica dei siti contaminati nel prisma della responsabilità (civile e) ambientale. – 3. (*Segue*) Interferenze di sistema nei rapporti con la disciplina concorsuale: il curatore come soggetto "incolpevole". – 4. La responsabilità "da posizione" connessa alla qualifica di detentore e la conseguente legittimazione passiva della curatela. – 5. Refluenze applicative del* revirement *giurisprudenziale e rilievi critici. – 6. Riflessioni conclusive.*

1. – La decisione in epigrafe [1] si caratterizza per la sintesi efficace degli approdi giurisprudenziali più recenti, di cui fa ampio richiamo, intervenuti nella delicata materia della bonifica dei siti contaminati, caratterizzata dalla commistione di regole del tutto peculiari, di matrice interna e sovranazionale, con particolare riferimento all'annoso problema degli obblighi gravanti sui cc.dd. soggetti "*incolpevoli*"; ma soprattutto, si segnala per il mutamento di indirizzo espresso dalla Corte, la quale ritorna sulla medesima vicenda fattuale, scrutinata appena pochi anni prima, giungendo a conclusioni diametralmente opposte, sotto tale profilo risultando emblematica della magmatica evoluzione interpretativa che aveva distinto il tema in esame.

Ciò premesso, la questione trae origine da un caso di c.d. contaminazione "storica" presso l'area – situata in un contesto caratterizzato da intensa antropizzazione – denominata "ex Selca" [2], dal nome dell'omonima

[1] Cons. Stato, sez. IV, 14 marzo 2022, n. 1763, *ined.*, reperibile su *www.giustizia-amministrativa.it*.

[2] Il caso ha avuto ampia copertura mediatica oltre che per le dirette conseguenze sul piano ambientale e paesaggistico, soprattutto in relazione alle gravissime ripercussioni sulla salute dei lavoratori e degli abitanti del luogo causate dall'attività industriale (lavorazione degli elettrodi di grafite) ivi svoltasi per quasi un secolo, tanto che la zona interessata è oggi nota come "collina dei veleni".



società che, dalla fine degli anni '90, aveva ivi avviato una attività di stoccaggio e trattamento per il recupero di rifiuti speciali pericolosi e non, comprendenti composti metallici e altre sostanze inorganiche.

Cessata l'attività di impresa a causa dell'intervenuto fallimento, nel 2010, della succitata società, erano residuati «*enormi cumuli di rifiuti*» da cui era derivato un diffuso fenomeno di contaminazione delle falde acquifere limitrofe, che aveva spinto la Provincia di Brescia ad emettere ordinanza *ex* art. 244, comma 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Testo Unico Ambiente, di seguito TUA), con la quale si diffidavano i soggetti ritenuti responsabili dell'inquinamento, tra i quali – oltre agli ex amministratori della società fallita – figurava anche la curatela fallimentare, a procedere alla messa in sicurezza dell'area ed alla presentazione di un piano di caratterizzazione.

Quest'ultima, vistasi rigettare il ricorso autonomamente spiegato in primo grado avverso la predetta ordinanza, aveva, quindi, proposto appello innanzi al Consiglio di Stato, che – pur riconoscendo la sussistenza del fenomeno inquinante, nonché la sua riconducibilità all'attività economica svolta dalla fallita e/o alla prolungata permanenza dei rifiuti nell'area interessata – in accoglimento della censura concernente il profilo della imputabilità della condotta che si assumeva illecita, e della conseguente legittimazione passiva, si era pronunciata nel senso di ritenere «*che la Curatela, per la sua natura giuridica, non potesse essere considerata soggetto responsabile*» e, dunque, che non fosse tenuta a porre in essere misure emergenziali, né tantomeno strutturali nell'aera interessata [3].

Sennonché, nelle more, il Comune di Berzo Demo – nel quale ricadeva il sito inquinato – aveva emanato, stavolta nei confronti della sola curatela fallimentare, l'ordinanza contingibile e urgente di cui agli artt. 50, comma 5, e 54, comma 4, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (c.d. Testo Unico Enti Locali, nel prosieguo TUEL), intimandole, tra l'altro, di «*effettuare tutti gli interventi necessari atti alla messa in sicurezza delle acque sotterranee … e scongiurare la diffusione della contaminazione verso valle*», mediante l'adozione delle misure ivi indicate, ivi compreso il monitoraggio atto alla valutazione delle possibili evoluzioni della contaminazione idrogeologica «*in attesa dei necessari interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale dell'area*».

Impugnato anche tale ultimo provvedimento, il T.A.R., questa volta – e nonostante il precedente favorevole alla deducente – rigettava il ricorso, argomentando, come si dirà meglio *infra*, sulla scorta del mutato indirizzo giurisprudenziale inaugurato, poco tempo prima, dall'Adunanza Plenaria [4], affermando la legittimazione passiva del curatore in relazione all'ordine di rimozione, proprio «*in virtù della detenzione del bene immobile inquinato su cui i rifiuti insistono*», così valorizzando, nel costrutto argomentativo della decisione, quello specifico rapporto relazionale (di tipo detentivo) con la *res* instauratosi a seguito del c.d. spossessamento fallimentare.

La Curatela adiva, pertanto, il Consiglio di Stato, che alla luce del rilevato contrasto coglieva l'occasione per provare a mettere ordine nella complessa materia ambientale, al fine di chiarire, in particolare, l'effettiva portata del principio "chi inquina paga" e delle sue ricadute applicative nel (sotto)sistema delle procedure concorsuali, sotto tale profilo venendo in rilievo il rapporto tra il più generale problema della responsabilità "da posizione" del detentore incolpevole e quello della responsabilità del curatore, che come vedremo risente certamente delle specificità connesse al suo ufficio.

---

[3] Si tratta di Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5668, in *Fall.*, 2018, 5, 590 ss., con nota di L. D'ORAZIO, *Il curatore fallimentare e lo smaltimento dei rifiuti. Un sospiro di sollievo*, sulla quale si ritornerà più diffusamente *infra* nel testo.

[4] Cons. Stato, Ad. plen., 26 gennaio 2021, n. 3, in *Foro it.*, 2021, 5, III, 294, ampiamente richiamata dalla sentenza in commento.



2. – Nonostante la centralità, nella più ampia area della normativa ambientale, delle vicende collegate all'abbandono di rifiuti, e delle conseguenti esigenze di bonifica dei siti interessati, queste rappresentano, per certi versi, una "zona grigia" per le numerose incertezze applicative legate, oltre che alla casistica particolarmente variegata, al "perplesso" coordinamento delle discipline settoriali con quella "generale", dettata nella materia del danno ambientale, nonostante le stesse trovino oggi comune collocazione, rispettivamente, nella parte IV e VI del TUA [5].

Tale (almeno apparente) disarticolazione "interna" dispiega, peraltro, significativi riflessi ove raffrontata al tradizionale paradigma della responsabilità civile, nelle cui coordinate si era sviluppato fin dagli anni Settanta del secolo scorso, trovandovi il proprio terreno elettivo, il ragionamento attorno all'individuazione di adeguati rimedi a fronte della lesione del "nuovo" bene giuridico (l'ambiente), nel solco di un'inedita (per l'epoca) sensibilità sviluppatasi sul tema [6].

Sul punto, pur non potendosi ripercorrere, nell'economia della presente trattazione, le diverse tappe del percorso di progressiva affermazione della tutela ambientale, segnato proprio di recente, a seguito della modifica degli artt. 9 e 41 Cost. [7], dal fondamentale traguardo della sua definitiva ed espressa declinazione a livello costituzionale, non v'è dubbio che il rimedio aquiliano abbia costituito il modello fondamentale di riferimento per la tematizzazione dell'illecito ambientale, specie nella prima fase di positivizzazione dell'istituto, in ragione della centralità della direttiva generale del *neminem laedere* come strumento di selezione, non solo degli interessi risarcibili, ma anche dei soggetti responsabili sulla base di un criterio di imputazione tendenzialmente soggettivo [8].

---

[5] Evidenziano le incoerenze e i nodi interpretativi ancora ad oggi irrisolti, nonché, in particolare, le concrete difficoltà attuative discendenti dalla possibile sovrapposizione tra gli strumenti rimediali previsti dal TUA, tra gli altri, A. BORZÌ, *D.lgs. n. 205 del 2010: impatto sulla "codificazione" ambientale, esigenze attuative, norme transitorie e rapporto con la disciplina di particolari tipologie di rifiuti*, in F. GIAMPIETRO (a cura di), *La nuova disciplina dei rifiuti*, Milano 2011, 181 ss.; U. SALANITRO, *La bonifica dei siti contaminati nel sistema della responsabilità ambientale*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, 11, 1263 ss., spec. 1266 ss.; più di recente, ID., *Responsabilità ambientale: questioni di confine, questioni di sistema*, in *Jus civile*, 2019, 5, 509 ss.; da ultimo, M. DELSIGNORE, voce *Ambiente*, in *Enc. dir*., Tematici, III, 2022, 57, la quale sottolinea come le discipline in commento convivano «in un assetto incompiuto e senza alcun coordinamento normativo».

[6] Tra gli aspetti più rilevanti oggetto di dibattito in questa prima fase, risalente all'inizio degli anni settanta, vi era la difficoltà di attribuire all'ambiente, in assenza di qualsivoglia indicazione legislativa, dignità di bene autonomo rispetto agli interconnessi (ed assorbenti) profili di tutela dominicale e della salute; in proposito, assai significative sono le riflessioni svolte da M.S. GIANNINI, *"Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1, 15 ss.

[7] La nozione di "ambiente" ed il fondamento della relativa tutela avevano progressivamente trovato spazio in ambito giuridico, come noto, mediante l'interpretazione congiunta delle disposizioni di cui agli artt. 9 e 32 Cost., mutuandone, rispettivamente, la definizione (sulla scorta del riferimento al "paesaggio") nonché lo stretto collegamento funzionale rispetto alle esigenze di protezione della salute e della vita umana; a seguito della riforma operata con la l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, per un verso, il predetto art. 9 della Costituzione annovera ora in modo espresso tra i principi fondamentali la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, mentre, all'articolo 41, si prevede che l'iniziativa economica non possa svolgersi, oltre che in contrasto con l'utilità sociale, «in modo da recare danno alla salute e all'ambiente» e che «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini ambientali». Per un primo commento alla riforma, cfr. G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *AmbienteDiritto*, 2022, 2, 1 ss.

[8] Risulta particolarmente significativa la circostanza per cui, all'indomani dell'emanazione del codice del '42, proprio la necessità – resa sempre più pressante dal processo di industrializzazione allora in atto – di addivenire ad un punto di equilibrio tra esigenze produttive, da un lato, e salvaguardia di interessi fondamentali come quello alla salute, dall'altro, avesse sollecitato le prime riflessioni degli interpreti in ordine alla tradizionale finalità reintegratoria-ripristinatoria della responsabilità civile e, dunque, della risarcibilità di ogni illecito lesivo di un interesse fondamentale della comunità giuridico: sul punto, si rinvia, più in generale, alle considerazioni di V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 6, 657 ss., spec. 661; con particolare riferimento al rapporto tra ambiente e tutela della salute, nella duplice dimensione collettiva ed individuale, R. TOMMASINI, *Danno ambientale e danno alla salute: imputazione ed entità del risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 3, 652 ss.



La sussistenza di una matrice di stampo privatistico, ampiamente riconosciuta e condivisa nel pensiero degli interpreti del tempo, sin dalle più risalenti pronunce sul tema [9], sembrava avere, peraltro, trovato conferma ad opera della l. 8 luglio 1986, n. 349, la quale, in uno alla istituzione del Ministero dell'Ambiente, aveva introdotto, per la prima volta nell'ordinamento interno, una specifica regolamentazione del danno ambientale.

Nel tessuto normativo, alla disposizione rassegnata nell'art. 18 veniva affidato, infatti, l'ufficio di delineare la figura l'illecito ambientale, all'evidenza edificato proprio sulla direttrice del danno ingiusto, di cui all'art. 2043 cod. civ. [10], pur non mancando significative peculiarità, che avevano fatto sorgere, in qualche autore, più di un dubbio in ordine alla avvenuta tipizzazione, piuttosto, di una autonoma figura di illecito esterna (ed estranea) al sistema della responsabilità civile [11].

Siffatta impostazione, imperniata su di un criterio essenzialmente soggettivo di responsabilità, aveva, quindi, superato indenne – con taluni doverosi "aggiustamenti" – anche il fondamentale processo di novellazione operato, in sede di recepimento della Direttiva 2004/35/CE (in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale), dal citato d.lgs. n. 152/2006, permanendo, anche nella versione successivamente tradotta nell'art 311 TUA il riferimento ai tradizionali canoni del dolo e della colpa (negligenza, imprudenza, imperizia), pur sempre necessari ai fini del sorgere dell'obbligazione risarcitoria e della sua imputazione all'autore dell'illecito [12].

Risarcimento che, prioritariamente, come enunciato dalla stessa rubrica della disposizione del TUA sopra citata, avrebbe dovuto rivestire, in ragione della peculiarità dell'interesse protetto, «forma specifica», il cui ricorso era temperato dall'espresso riferimento alla eccessiva onerosità *ex* art. 2058 cod. civ., in origine richiamato nel successivo art. 313 TUA, potendo, in questo caso, procedersi «per equivalente» [13].

Come è noto, proprio tale richiamo, in ragione dell'apertura ad un meccanismo risarcitorio (solo) per «equivalente», in uno alla mancata (distinta) previsione di una responsabilità di tipo oggettivo nei confronti degli operatori professionali, alla cui attività fosse riconducibile l'inquinamento, aveva finito con l'attirare le

---

[9] Tra queste, non può non menzionarsi la celebre sentenza Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *Foro it.*, 1988, I, 695, che si segnala, peraltro, anche per aver espressamente definito l'ambiente in termini unitari, quale bene giuridico autonomo di valore costituzionale primario; nella giurisprudenza di legittimità, v., tra le altre, Cass. civ., sez. III, 19 giugno 1996, n. 5650, in *Riv. giur. amb.*, 1997, 679.

[10] In questo senso, espressamente, G. VISINTINI, voce *Responsabilità civile e danni ambientali*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, 2011, 1012.

[11] L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di danno ambientale ex art. 18 l. 8/7/1986 n. 349 e di responsabilità civile*, in *Pol. dir.*, 1987, 2, 256 ss., la quale arriva a definire «un mostriciattolo» la disciplina declinata dalla predetta norma, evidenziandone lo scostamento dal generale modello aquiliano in ragione, tra l'altro, della preponderante componente punitiva ad essa sottesa e delle finalità essenzialmente pubblicistiche perseguite, nonché alla luce della previsione di una legittimazione ad agire per la tutela risarcitoria limitata allo Stato; ID., *L'art. 18 della legge 349/1986 in relazione all'art. 2043 cod. civ.*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Napoli, 1991, 82 ss.; propendono per l'autonomia della nuova figura, tra gli altri, anche C. CASTRONOVO, *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 3, 511 ss.; G. MORBIDELLI, *Il danno ambientale nell'art. 18 legge 349/86. Considerazioni introduttive*, *ivi*, 599 ss.; per una panoramica più dettagliata delle diverse posizioni dottrinali, cfr. U. SALANITRO, *Il danno ambientale*, Roma, 2009, 13 ss.

[12] Per un approfondimento sul processo evolutivo che ha condotto all'adozione della nuova disciplina, nonché sui tratti caratteristici di quest'ultima, si rinvia diffusamente a R. TOMMASINI, *Codice dell'ambiente e tutela della persona tra diritti individuali e interessi collettivi*, in AA.VV., *Valori della persona e modelli di tutela contro i rischi ambientali e genotossici. Esperienze a confronto*, Firenze, 2008, 367 ss.; S. GIOVA, *Ambiente e responsabilità civile: la direttiva 204/35/CE nell'ordinamento italiano*, in ID. (a cura di), *Responsabilità per danno ambientale. Profili di diritto civile, amministrativo e penale*, Napoli, 2006, 7 ss.

[13] Proprio sulla scorta di tale ultima previsione si soleva ravvisare un ulteriore collegamento alla logica risarcitoria civilistica, dalla quale era chiaramente mutuata anche la gradazione dei rimedi ivi previsti: cfr. L. PAOLONI, *Alimenti, danno, responsabilità*, Milano, 2008, 140.



critiche della Commissione europea, con l'attivazione di una procedura di infrazione a carico dell'Italia, sulla scorta della (assunta) mancata corretta attuazione della Direttiva 2004/35/CE.

A seguito di tale iniziativa, l'attuale formulazione dell'art. 311 TUA, come modificato dalla l. 6 agosto 2013, n. 97 (c.d. "Legge europea 2013"), separa adesso nettamente il regime della responsabilità degli operatori economici – sganciata da ogni riferimento di tipo soggettivo, attivabile sulla scorta del mera sussistenza del nesso causale – da quella riferibile a «*chiunque altro cagioni un danno ambientale*», solo in quest'ultimo caso assumendo rilievo una condotta di tipo doloso o colposo; è stato, inoltre, reciso qualsiasi riferimento al risarcimento pecuniario, a favore del (più incisivo) rimedio riparatorio, quale principale strumento attuativo del principio "*chi inquina paga*" di cui all'art. 191, par. 2 TFUE, che informa l'intera disciplina comunitaria [14].

La necessità di recepire le indicazioni sovranazionali ha, dunque, comportato una sensibile deviazione dalla originaria tendenza ad "imbrigliare" il danno ambientale nello schema atipico (o a «tipicità progressiva o evolutiva», se si vuole [15]) dell'illecito civile, con un ribaltamento di prospettiva che tiene opportunamente conto delle specificità del bene tutelato, tanto sotto il profilo ontologico (cioè, della lesione in sé), quanto (e soprattutto) sotto quello (assiologico) degli interessi coinvolti, individuando statuti diversificati, coerenti e compatibili con quella componente marcatamente pubblicistico-sanzionatoria, strutturalmente estranea alla fattispecie aquiliana [16].

Ma la legislazione euro-unitaria, nel mosaico della disciplina fissata dal TUA, quando non si è tradotta in interventi – come quello appena visto – direttamente incidenti sul dato normativo, non ha mancato di esercitare, altresì, un forte condizionamento sul piano applicativo, con la individuazione, da parte degli operatori del diritto e, segnatamente, dei giudici, di regole e principi ricavati, per via di interpretazione, da quel complesso universo normativo costituito dal (e costitutivo del) "diritto dell'ambiente".

Come espressione di sintesi di un autonomo settore dell'ordinamento, il "diritto ambientale" incrocia, infatti, in modo trasversale (talvolta sovrapponendoli) i diversi profili, da un lato, dell'abbandono/deposito incontrollato di rifiuti, e, dall'altro, della bonifica dei siti contaminati, (fenomeni) i quali, oltre che dal punto di vista logico-formale, in ragione delle diversa collocazione nell'arco temporale della norma, si distinguono

---

[14] G. VILLANACCI, *La responsabilità per danno all'ambiente*, in G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Milano, 2015, 443; per un approfondimento sulle novità introdotte dalla novella v., tra gli altri, U. SALANITRO, *La novella sulla responsabilità ambientale nella «legge europea» del 2013*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 1309 ss.; M. FERMEGLIA, C*hi inquina, ripara: imputazione della responsabilità per danno ambientale e risarcimento dopo la legge europea 2013*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 5, 1591 ss.

[15] C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 451 s. il quale attribuisce assoluto rilievo alla violazione della situazione giuridica del danneggiato, come perno attorno al quale ruota un sistema di responsabilità civile, per l'appunto, a «tipicità progressiva o evolutiva» delle lesioni giuridicamente rilevanti, assegnando al giudice-interprete il compito di verificare se un interesse, foss'anche tra le pieghe del sistema, abbia ricevuto una considerazione tale da superare la soglia della rilevanza giuridica, perdendo così lo stato di mero interesse di fatto e tramutandosi in un interesse protetto, come tale risarcibile in sede aquiliana.

[16] Così G. VILLANACCI, *op. cit.*, 445; analogamente, E. LECCESE, *Danno all'ambiente e danno alla persona*, Milano, 2011, 126 s., la quale, già prima della novella, evidenziava che «la responsabilità per danno ambientale assume una connotazione sua propria come forma di responsabilità che è frutto dell'integrazione di discipline, proponendo così un autonomo schema, con caratteristiche funzionali alla realizzazione della tutela: è la peculiarità dell'interesse leso, cioè, che informa tutta la disciplina»; in senso critico, M. GORGONI, *Ripristino, bonifica, risarcimento in forma specifica: dei vari volti della «riparazione» del danno all'ambiente*, in G. PONZANELLI (a cura di), Liber Amicorum *per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole.*, vol. I, Milano, 2008, 335 ss., la quale, significativamente, dopo aver constatato l'inadeguatezza della prospettiva tesa a circoscrivere nella logica meramente compensativa di matrice privatistica la tutela ambientale, osserva che tuttavia il codice dell'ambiente «con goffaggine, si è limitato, rinunciando ad ogni pur elementare tentativo di coniugarli, a sommare risarcimento, prevenzione e punizione tenendoli insieme con un'accentuata connotazione pubblicistica».



proprio sul piano assiologico-sostanziale, questa volta in ragione del diverso spettro degli interessi coinvolti, con inevitabili riflessi sul piano disciplina positiva [17].

Quanto alla prima fattispecie, essa trova oggi la propria fonte regolatrice nella norma generale di cui all'art. 192 TUA, il quale, nel vietare l'abbandono e il deposito "incontrollati" sul (o nel) suolo, ovvero l'immissione di rifiuti nelle acque superficiali e sotterranee (cfr. commi 1 e 2), dispone (al comma 3) che le operazioni di rimozione e ripristino vengano intimate (con ordinanza sindacale) all'autore dell'illecito («*chiunque viola i divieti di cui ai commi 1 e 2*»), il quale risponderà «*in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa*»; laddove la condotta illecita sia, invece, imputabile ad «*amministratori o rappresentanti di persona giuridica*», la responsabilità si estende (sempre in via solidale) anche a quest'ultima, ed ai «*soggetti che siano subentrati nei diritti della persona stessa*» (cfr. comma 4).

La disposizione in esame, senza segnare alcuna soluzione di continuità con quanto già statuito dal previgente art. 14 d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (c.d. "Decreto Ronchi") [18], struttura, quindi, la responsabilità solidale del terzo proprietario/detentore («*ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa*») in senso inequivocabilmente soggettivo [19], peraltro imponendo, sotto il profilo procedurale, che l'accertamento del dolo o della colpa consegua ad un'istruttoria in contraddittorio con l'interessato («*proprietario*» o «*titolare di diritti reali o personali di godimento sull'area*»), dovendosi, in mancanza di adeguata dimostrazione della ricorrenza del profilo soggettivo, viceversa escludere – come di recente ribadito dalla giurisprudenza amministrativa – la legittimità di eventuali ordini di smaltimento indiscriminatamente rivolti a quest'ultimo [20].

Così come non sembra possano, del pari, esserci dubbi sul meccanismo di imputazione della responsabilità ambientale degli enti collettivi del libro V del codice civile (*id est*: le società commerciali), posto che gli

---

[17] Si consideri, in proposito, che lo stesso art. 239, comma 2 TUA esclude l'applicabilità delle disposizioni di cui al Titolo V in tema di bonifica alla fattispecie di abbandono dei rifiuti, per la quale non è previsto neppure il ricorso allo strumento dell'onere reale *ex* art. 253, sul quale vedi *infra*; si sofferma su tale profilo, tra gli altri, G. VIVOLI, *La responsabilità del curatore in caso di abbandono rifiuti: sentenze contrastanti o diversi valori in gioco?*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, 1, 3 ss.

[18] Con il suddetto provvedimento di legge era stata data attuazione alle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi, prevedendo una regolamentazione *ad hoc* per tali fattispecie, le cui discipline sono successivamente confluite nel TUA.

[19] Nella giurisprudenza amministrativa, in questo senso, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2009, n. 1612, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 995; Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2016, n. 705, in *Redaz. Giuffrè amm.*, 2016; T.A.R. Venezia, sez. III, 5 maggio 2014, n. 574, *ivi*, 2014; T.A.R. Napoli, sez. V, 04 luglio 2018, n. 4439, in *Foro Amm.*, 2018, 7-8, 1350; T.A.R. Brescia, sez. I, 7 febbraio 2020, n. 114, *ivi*, 2020, 2, 269; più di recente, T.A.R. Trieste, sez. I, 11 febbraio 2022, n. 91, in *Redaz. Giuffrè amm.*, 2022. Deve tuttavia segnalarsi come, secondo una corrente interpretativa più "severa", il requisito della colpa sia ravvisabile anche nell'omissione delle cautele e degli accorgimenti che l'ordinaria diligenza suggerisce per una efficace custodia, di per sé idonea, dunque, a fondare la predetta responsabilità solidale in capo al terzo proprietario: così Cass. civ., sez. III, 9 luglio 2020, n. 14612, in *Giust. civ. mass.*, 2020; T.A.R. Bari, sez. I, 11 novembre 2021, n. 1627, in *Redaz. Giuffrè amm.*, 2021.

[20] Si esclude, dunque, anche una possibile qualificazione nei termini di obbligazione *propter rem* in relazione all'obbligo di ripristino del fondo a carico del titolare di un diritto di godimento sul bene: in questo senso, espressamente, T.A.R. Perugia, sez. I, 26 gennaio 2016, n. 50, in *Foro Amm.*, 2016, 1, 139; più di recente, T.A.R. Napoli, sez. V, 13 dicembre 2019, n. 5938, in *Redaz. Giuffrè Amm.*, 2019; sul punto, v. anche T.A.R. Palermo, sez. II, 21 marzo 2022, n. 981, in *Banca Dati Pluris*; ove si precisa come non potrebbe neppure richiedersi al titolare del fondo una costante vigilanza per impedire a terzi di abbandonare i rifiuti nell'area, giacché un impegno di tal genere travalicherebbe gli ordinari canoni della diligenza media alla base della stessa nozione di colpa; T.A.R. Salerno, sez. II, 07 marzo 2022, n. 644, *ivi*, secondo cui «gli adempimenti concernenti il ripristino dell'area oggetto dell'abbandono dei rifiuti non possono essere addossati indiscriminatamente al proprietario per tale sua qualità, essendo necessario un comportamento anche omissivo di corresponsabilità e quindi un coinvolgimento doloso o quantomeno colposo del proprietario all'inquinamento»; in dottrina, cfr., tra gli altri, D. DIMA, *Bonifica dei siti inquinati: criteri di imputazione e mezzi di accertamento della responsabilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 11, 1328 ss.



autori dell'illecito (e, pertanto, i responsabili dello stesso) vengono, senz'altro, identificati con i loro «*amministratori o rappresentanti*», estendendosi la responsabilità alla stessa società gerita, in via solidale con i suoi gestori (cfr. comma 4), potendosi semmai ragionare sulla possibilità di configurare un vincolo di sussidiarietà (compatibile con la struttura solidale dell'obbligazione) che imponga al danneggiato di escutere preventivamente questi ultimi.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento alla disciplina tratteggiata dagli artt. 239 ss. TUA, in relazione all'ipotesi di bonifica dei siti contaminati ed ai correlativi obblighi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale, di cui al Titolo V del TUA, anche in questo caso previsti esclusivamente a carico dei soggetti al cui comportamento (anche omissivo) sia causalmente ricollegabile la contaminazione, mentre i soggetti «*non responsabili*» (*rectius*: soggetti diversi dagli autori dell'illecito) possono essere coinvolti solo su loro «*iniziativa*», in quanto «*interessati*» (cfr. art. 245, comma 1) alle procedure di ripristino ambientale [21].

Di là dagli obblighi di segnalazione alle competenti autorità e di adozione delle opportune misure di prevenzione, non sembra configurabile, dunque, alcuna responsabilità "da posizione" in capo ai proprietari/gestori del sito contaminato, rispetto ai quali si prevede unicamente una mera *facoltà* di intervento nelle procedure avviate dalla pubblica amministrazione per la realizzazione delle opere di bonifica (cfr. art. 245, comma 2), nelle cui strategie possono chiedere di essere coinvolti (ma) nel loro interesse. E d'altro canto, la responsabilità del proprietario/gestore del sito neppure potrebbe assumersi sulla scorta della sussistenza di obblighi di custodia *ex* art. 2051 cod. civ. sui quali fondarla, proprio in considerazione del carattere speciale e derogatorio della normativa declinata dal TUA, improntata alla direttiva generale "*chi inquina paga*", che non sembra consentirlo [22].

Pur potendosi cogliere, dunque, nella complessa architettura delle discipline settoriali di cui alla parte IV del TUA un momento di sintesi nella predicata insufficienza, ai fini dell'insorgenza delle obbligazioni ambientali, del mero rapporto con la *res*, la direttiva generale "*chi inquina paga*" deve, ciò nondimeno, confrontarsi – ed è questo il nodo gordiano della questione sul quale si incentra la pronuncia in commento – con le differenti coordinate ermeneutiche assegnate sulla scorta della direttiva 98/2008/CE (in tema di rifiuti) al suddetto principio, che con particolare riferimento all'ambito in esame sembra orientare il discorso in una direzione del tutto diversa.

---

[21] Il coinvolgimento di tali soggetti, diversi dal responsabile dell'inquinamento, si spiega – in un'ottica di "oggettivizzazione" in senso lato di tutela ambientale – in ragione del loro possibile (e, anzi, assai probabile) interesse a verificare lo stato del sito, al fine di procedere agli interventi ritenuti più urgenti e, in seguito, anche alla bonifica vera e propria: cfr. R. LEONARDI, *La responsabilità in tema di bonifica dei siti inquinati: dal criterio soggettivo del "chi inquina paga" al criterio oggettivo del "chi è proprietario paga"?*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 1, 12.

[22] Così, *ex multis*, T.A.R. Trieste, sez. I, 5 maggio 2014, n. 183, in *Foro amm.*, 2014, 5, 1546; T.A.R. Firenze, sez. II, 9 dicembre 2015, n. 1676, in *Riv. giur. edil.*, 2016, 1-2, I, 121; più di recente, T.A.R. Roma, sez. I, 04 maggio 2020, n.4590, in *Foro amm.*, 2020, 5, 1042, ove si argomenta sulla esaustività della disciplina dettata in materia di responsabilità ambientale, che non ammette, perciò, sovrapposizioni di sorta con la normativa civilistica, ispirata ad esigenze del tutto diverse, aggiungendo che, in ogni caso, nel sistema dell'illecito aquiliano, «rimane centrale, anche nelle fattispecie che prescindono dall'elemento soggettivo, l'esigenza di accertare comunque il rapporto di causalità tra la condotta e il danno, non potendo rispondere a titolo di illecito civile colui al quale non sia imputabile neppure sotto il profilo oggettivo l'evento lesivo»; *contra*, T.A.R. Venezia, sez. III, 8 febbraio 2013, n. 197, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 3-4, 452; T.A.R. Brescia, sez. I, 25 settembre 2019, n. 831, in *Foro amm*., 2019, 9, 1503, che, al contrario, giustifica il coinvolgimento del proprietario incolpevole nelle attività di prevenzione e riparazione del danno ambientale in relazione ai principi generali della responsabilità *ex* artt. 2050 e 2051 cod. civ., in quanto non derogati dalla disciplina di settore.



3. – Il composito quadro normativo appena delineato (seppur nei suoi tratti essenziali) si complica, infatti, laddove si consideri l'ipotesi – tutt'altro che infrequente – del fallimento dell'impresa alla cui attività siano riconducibili, in via esclusiva, la produzione ed il conseguente abbandono dei rifiuti, nella misura in cui il diritto ambientale incrocia le dinamiche della crisi dell'impresa, sia nel caso in cui prevalgono le logiche tradizionali della liquidazione concorsuale del patrimonio aziendale, sia in quello in cui prevalgano, invece, le esigenze di preservazione del compendio, in funzione della prosecuzione dell'attività economica.

Le peculiarità della disciplina concorsuale sembrano, infatti, mettere a dura prova la tenuta di un sistema – quello del diritto ambientale – al quale, già di per sé, non sono estranei, come si è visto, elementi di contraddizione intrinseci, che inevitabilmente si accentuano nel confronto con altri diritti "secondi", in ragione del significato, per così dire, "tracciante" che questi impianti normativi di settore assumono all'interno del sistema dell'ordinamento, non potendo le *rationes* che sono proprie del diritto della crisi dell'impresa non concorrere ad una rilettura complessiva della disciplina ambientale nei diversi scenari operativi [23].

Il "contesto", costituito dalla crisi dell'impresa e dalle sue dinamiche liquidatorie, assume, dunque, un rilievo determinante, nella misura in cui le regole e i principi del diritto ambientale devono trovare in quest'ambito uno spazio operativo coerente e sistematicamente compatibile, che sembra messo in crisi proprio dalle peculiarità dell'ufficio gestorio ricoperto dal curatore fallimentare, ponendo all'interprete il problema cruciale concernente la posizione da quest'ultimo assunta nella platea dei soggetti "*incolpevoli*" (e tuttavia) coinvolti nella gestione dei rifiuti, secondo quanto previsto dal TUA, al fine di individuare l'esatta portata degli obblighi (eventualmente) posti a suo carico e le correlative responsabilità.

Si tratta di una tematica che assume un rilievo, tutt'altro che teorico, emergendo in situazioni "patologiche", laddove – come nel caso affrontato nella sentenza che si annota – a seguito dell'apertura del fallimento tali soggetti divengano destinatari di provvedimenti da parte della pubblica amministrazione, la quale, assumendo una legittimazione al riguardo, ingiunga loro di attivarsi per la rimozione del materiale inquinante e la rimessione in pristino stato dei luoghi: e ciò, ora sulla scorta delle misure previste dal TUA (cfr. i citati artt. 192 e 242 ss.), ora, come nel caso in esame, a seguito delle ordinanze contingibili e urgenti di cui agli artt. 50, comma 5, e 50, comma 4, TUEL [24].

Sul punto, il complesso dibattito giurisprudenziale degli ultimi anni si era essenzialmente polarizzato lungo due direttrici parallele, nettamente contrastanti quanto ai rispettivi esiti che muovono dalla vessata questione del rapporto che si instaura, a seguito dell'apertura del fallimento, tra i beni appresi alla massa attiva e il curatore che ne ha la disponibilità giuridica, come vedremo non potendosi al c.d. spossessamento fallimentare attribuire un significato che possa coniugarsi, nella teorica tradizionale dei beni, con quello di possesso o di detenzione, esulando lo stesso dalla sistematica tradizionale nella quale tali nozioni si sono affermate [25].

Più in particolare, secondo un primo orientamento, il curatore fallimentare, non potendo in alcun modo

---

[23] Sul rapporto tra diritto primo e diritti "secondi", v C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, 2-3, 158 ss.; Id., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, 380; Id., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eu. dir. priv.*, 2006, 2, 397.

[24] Tali ultimi provvedimenti, in particolare, presuppongono la sussistenza di una situazione di emergenza sanitaria o di igiene pubblica, ovvero di grave pericolo per l'incolumità dei cittadini a carattere esclusivamente locale, che, in ragione della urgenza che le connota, giustificano il ricorso a strumenti *extra ordinem* a contenuto atipico, nella prassi spesso coincidente con quello previsto dalla normativa in tema di ambiente.

[25] Come si è osservato, «ciò implica che vacillano le categorie classiche del possesso (*corpus et animus rem sibi habendi*, come possesso vero e proprio) e della detenzione (*animus detinendi, nomine alieno*, nella consapevolezza che la cosa è di altri), mentre al curatore è affidata solo la disponibilità materiale del patrimonio dell'impresa per il migliore soddisfacimento dei creditori» (in questo senso, L. D'Orazio, *Il curatore fallimentare e lo smaltimento dei rifiuti*, cit. p. 598.



considerarsi autore della condotta illecita (semmai posta in essere dagli ex amministratori della fallita) – salvo, ovviamente, il caso in cui abbia autonomamente contribuito al verificarsi del fenomeno inquinante [26] – non dovrebbe soggiacere ad alcun obbligo inerente alla gestione dei rifiuti prodotti dalla fallita ovvero alla bonifica dei siti su cui insistono; e ciò.

Tale indirizzo prende le mosse dall'assunto, ormai pacifico, per cui l'apertura della procedura concorsuale (con lo spossessamento del debitore insolvente) non determina un fenomeno di tipo successorio del curatore, nominato dal Tribunale, all'imprenditore fallito, del quale non potrebbe neanche considerarsi rappresentante, assumendo, piuttosto, la qualifica di terzo subentrante nell'amministrazione del patrimonio del debitore – ma, si badi – soltanto ai fini dell'esercizio dei poteri e delle funzioni conferitigli, in via autonoma ed originaria, dalla legge, nell'interesse prevalente (anche se non esclusivo) del ceto creditorio concorrente [27].

In tale contesto, infatti, l'attività del curatore, pubblico ufficiale per espressa previsione dell'art. 30 R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (Legge fallimentare, di seguito l. fall.), è preordinata all'esclusivo perseguimento delle finalità conservative, tipiche della procedura concorsuale, nel cui ambito trova svolgimento – *id est*: la liquidazione dell'attivo ed il soddisfacimento dei creditori – sotto la vigilanza, peraltro, degli altri organi fallimentari (giudice delegato e comitato dei creditori).

In sostanza, dunque, all'effetto tipico del c.d. "spossessamento" del debitore insolvente„ conseguente all'apertura del fallimento (cfr. art. 42 l. fall.), non corrisponde, sul piano soggettivo, l'assunzione generalizzata in capo al curatore degli obblighi originariamente posti a carico del debitore medesimo, del quale amministra i beni (appresi all'attivo e) oggetto della espropriazione collettiva (cfr. art. 31, comma 1 l. fall.), potendone anche disporre nell'esercizio dell'ufficio di liquidazione allo stesso assegnato, ma dei quali non ne acquista il possesso (né tanto meno la proprietà), rinvenendo la propria legittimazione unicamente nel *munus publicum* del quale è investito nell'interesse del ceto creditorio [28].

Conclusione, quest'ultima, che non muta neppure alla stregua di quelle norme che nel contesto della stessa legge fallimentare sono deputate alla regolazione di specifici rapporti negoziali facenti capo al debitore fallito, sorti in epoca antecedente all'accertamento dell'insolvenza, trattandosi, per l'appunto, di disposizioni settoriali, da cui non è possibile inferire alcun argomento a favore di un preteso fenomeno di tipo parasuccessorio (cfr., in particolare, l'art. 72 l. fall., in tema di rapporti pendenti) [29].

---

[26] Il riferimento è all'ipotesi del c.d. fallimento con continuità aziendale, laddove il giudice delegato autorizzati l'esercizio provvisorio dell'impresa in via d'urgenza, con la sentenza dichiarativa di fallimento, ovvero, nel corso della procedura, con apposito decreto (cfr. art. 104, commi 1 e 2, l. fall.), ed in costanza di tale esercizio – sotto la gestione, dunque, del curatore – si verifichino fatti idonei a cagionare inquinamento delle matrici ambientali: cfr. T.A.R. Torino, sez. I, 12 maggio 2017, n. 590, in *Foro amm.*, 2017, 5, 1099.

[27] La migliore dottrina ha da sempre posto l'accento sull'interesse pubblico sotteso all'esercizio dell'ufficio di curatore, in quanto organo dell'amministrazione giudiziaria: cfr. F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, 274; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, 18; G. CASELLI, *Organi del fallimento, Commento sub artt. 23-41*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1977, 145; in giurisprudenza, escludono espressamente che il curatore possa qualificarsi come rappresentante o successore del fallito, tra le altre, Cass. civ., sez. I, 23 giugno 1980, n. 3926, in *Giust. civ*., 1980, I, 2109; Cass. civ., sez. I, 14 settembre 1991, n. 9605, in *Giur. it*. 1992, I, 1, 469; più di recente Cass. civ., sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, in *Giust. civ. mass*., 2013.

[28] Sicché si è opportunamente osservato che «si dovrebbe poter immaginare sussistere una linea di demarcazione tra le attività dell'amministratore della società fallita ed il curatore, il quale assume la propria funzione a titolo originario, e non derivativo, allorché i propri poteri gli derivano, appunto, direttamente dalla legge»: così C. CARBONE, *Pratica del curatore. Casi e questioni tra diritto fallimentare e nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Torino, 2021, 136.

[29] Esclude, in particolare, il ricorso alle regole che presiedono i rapporti pendenti in relazione agli obblighi scaturenti dalla violazione della normativa ambientale da parte dell'imprenditore *in bonis* e per la gestione delle passività conseguenti E. CARDINALE, *La responsabilità ambientale nella crisi d'impresa: profili problematici*, in D. CATERINO, I. INGRAVALLO (a cura di), *L'impresa sostenibile alla prova del dialogo dei saperi*, Lecce, 2020, 219 ss., spec. 223 s.



L'esclusione di un subentro generalizzato del curatore nei rapporti giudici attivi e passivi, comprese le situazioni possessorie facenti capo al debitore fallito, comporta conseguenze assai rilevanti, atteso che aderendo a siffatta impostazione, dogmaticamente coerente, peraltro, con i postulati della successione – che riservano a quella *mortis causa* carattere di *universalità* – egli non potrebbe essere considerato alla stregua di soggetto (seppure in via solidale) responsabile, per gli effetti di cui all'art. 192, comma 4, TUA, laddove non abbia avuto alcun ruolo (neanche omissivo) nella causazione del danno, in grado di colorare di illiceità la sua condotta [30].

Tale ricostruzione – a lungo dominante nella giurisprudenza, presso la quale si era oramai consolidata, divenendo ben presto maggioritaria – era stata avallata, peraltro, dalla stessa sezione IV del Consiglio di Stato, allorché, come si è accennato, si era trovata per la prima volta (appena pochi anni prima, nel 2017) a pronunciarsi sulla legittimità di una ordinanza precedentemente emessa nei confronti della medesima curatela, con la quale si intimava alla stessa deducente l'esecuzione delle operazioni di messa in sicurezza e bonifica [31].

L'ampia ed articolata motivazione, rassegnata in quella sede, si lascia apprezzare per l'impegno ermeneutico ivi profuso per conciliare le ricadute applicative della normativa unionale, di cui alla citata direttiva 2008/98/CE, con le esigenze sottese alla gestione concorsuale dell'insolvenza, la cui connotazione parimenti pubblicistica è ben presente nell'impianto argomentativo.

Ad essere segnalati sono, infatti, proprio gli effetti distorsivi che discenderebbero dalla tendenza ad oggettivizzare – attraverso la sua estensione (*id est*: l'accollo), con il vincolo della solidarietà, ai terzi "*incolpevoli*" – il modello di responsabilità ricavabile dalla regola "*chi inquina paga*", viceversa inequivocabilmente diretta ad imputare, in via esclusiva, agli autori dell'inquinamento i relativi costi di riparazione, da assumersi in senso "lato", con riferimento, cioè, sia alla rimozione che alle operazioni di ripristino [32].

Diversamente ragionando, questi ultimi si avvantaggerebbero, infatti, di quella che il Consiglio di Stato definisce come una sorta di «*manleva automatica*», la quale costituirebbe, peraltro, un disincentivo all'adozione di politiche d'impresa virtuose sotto il profilo ambientale, in quanto i "costi" derivanti dalla vio-

---

[30] Viceversa, secondo Cons. Stato, Ad. plen., 22 ottobre 2019, n. 10, in *Foro it.*, 2019, 12, II, 637, un fenomeno di successione nei diritti e negli obblighi sarebbe ravvisabile, nell'ambito delle operazione societarie straordinarie, per il caso di fusione per incorporazione del soggetto cui è imputabile l'illecito anteriormente commesso, in virtù del principio *cuius commoda eius et incommoda*, difettando qualsivoglia soluzione di continuità nell'adempimento degli obblighi da parte dell'incorporante (a prescindere da valutazioni di carattere soggettivo) sorti in capo all'incorporata prima della fusione: per un approfondimento cfr., tra gli altri, M. PEDERSOLI, *Il ruolo della giurisprudenza nell'inesorabile trasformazione dell'obbligo di ripristino ambientale in una forma di responsabilità oggettiva*, in *Riv. giur. ed.*, 2021, 4, 1266 ss., spec. 1271 ss.

[31] Il riferimento è a Cons. Stato n. 5668/2017, cit., secondo cui «ai sensi degli artt. 242, comma 1 e 244, comma 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, una volta riscontrato un fenomeno di potenziale contaminazione di un sito, gli interventi di caratterizzazione, messa in sicurezza d'emergenza o definitiva, di bonifica e di ripristino ambientale possono essere imposti dalla Pubblica amministrazione solamente ai soggetti responsabili dell'inquinamento, e cioè quelli che abbiano in tutto o in parte generato la contaminazione tramite un proprio comportamento commissivo od omissivo, legato all'inquinamento da un preciso nesso di causalità, non essendo configurabile una responsabilità di mera posizione del proprietario del sito inquinato»; in senso analogo, hanno escluso la legittimazione passiva del curatore fallimentare – anche con riferimento all'ordinanza *ex* art. 192 TUA – tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3885, in *Dir. e giur. agr.*, 2010, 2, 138; Cons. Stato, 30 giugno 2014, n. 3274, in *Fall.*, 4, 2015; T.A.R. Firenze, sez. II, 01/08/2001, n. 1318, in *Fall.*, 2002, 1130; T.A.R. Milano, sez. III, 03.03.2017, in *Foro amm.*, 2017, 3, 696; T.A.R. Bologna, sez. II, 03/10/2017, n. 644, *ivi*, 2017, 10, 2097; T.A.R. Catania, sez. IV, 23 dicembre 2019, n. 3061, *ivi*, 2019, 12, 2192.

[32] D'altra parte, come chiarito dal Consiglio, anche a voler ritenere che il curatore "erediti" la posizione del fallito succedendovi – circostanza da ritenersi, comunque, esclusa in ragione delle spiegate argomentazioni – allo stesso non potrebbe non applicarsi, in assenza di dolo e/o colpa, l'esimente di cui al comma 3 del citato art. 192 TUA; quest'ultima, d'altra parte, sempre secondo i giudici, risponderebbe alle logiche del principio civilistico in tema di accessione *ex* artt. 935-937 cod. civ., giacché, essendo i rifiuti *res nullius*, il curatore (proprietario del sito) non diventa proprietario degli stessi, potendo chiederne la rimozione anche oltre il termine di sei mesi dalla incorporazione *ex* art. 936, comma 5, cod. civ.



lazione degli obblighi prescritti dalla stessa normativa verrebbero, in definitiva, "traslati" (nel caso di specie, sulla curatela e, perciò) sui creditori, del pari "*incolpevoli*", così minandone le relative pretese satisfattive [33]; senza contare che, così facendo, si perverrebbe all'irragionevole risultato di esporre il ceto creditorio alle medesime conseguenze, tanto per il caso in cui il curatore (come titolare dell'ufficio gestorio) sia responsabile della produzione di rifiuti – ipotesi che in concreto si può verificare nel caso di esercizio provvisorio (cioè di "continuazione") dell'impresa fallita (cfr. artt. 15, comma 8 e 10 comma 1 e 2, l. fall.) – quanto per quello in cui non abbia avuto, viceversa, alcun ruolo nel verificarsi di tale fenomeno [34].

Si comprendono, allora, i motivi rispetto ai quali la predicata responsabilità del curatore, nella misura in cui si riflette sull'attivo patrimoniale della società e, dunque, sui beni (appresi alla massa ed) oggetto dell'espropriazione collettiva, nell'interesse dei creditori "*incolpevoli*", importerebbe – mutuando una espressione del Consiglio – una vera e propria «*frattura*» del sistema di responsabilità civile, siccome delineato dal legislatore nella materia ambientale, sovvertendo, di fatto, la portata (soggettiva ed oggettiva) dello stesso principio "*chi inquina paga*", anche alla luce dell'interpretazione della giurisprudenza europea.

Il riferimento deve intendersi alla nota pronuncia [35] con la quale, poco tempo prima, la Corte di Giustizia, a seguito di rinvio pregiudiziale da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato [36], aveva chiarito – in termini più generali – come, in assenza di un fondamento giuridico nazionale, il disposto di cui all'art. 191, par. 2, TFUE, non potesse essere invocato, in via diretta, dalle autorità competenti in materia ambientale al fine di imporre ad un soggetto diverso dall'autore dell'illecito misure di prevenzione e riparazione, ritenendo, al contempo, conforme alla Direttiva 2004/35/CE la disciplina di cui agli artt. 240 ss. TUA «*laddove non prevede l'imposizione al proprietario, il quale non sia responsabile della contaminazione del sito di sua proprietà, dell'obbligo di realizzare le necessarie misure di prevenzione e di riparazione*».

Secondo il giudice europeo, *nihil obstat,* dunque, alla scelta del legislatore italiano di circoscrivere il perimetro della responsabilità civile in tema di danno ambientale, escludendo coloro che non abbiano causalmente contribuito al suo verificarsi, ivi compreso, dunque – in assenza di una condotta colposa o dolosa (seppure omissiva) allo stesso ascrivibile – il curatore fallimentare; e ciò, salvo che lo stesso, come può verificarsi nell'ipotesi cui si è fatto cenno del c.d. "esercizio provvisorio" (o "continuazione temporanea",

---

[33] Ferma restando, naturalmente, l'eventuale esposizione degli amministratori della società, nonché degli organi di controllo, quest'ultimi in ragione del loro ufficio di vigilanza, all'azione di responsabilità per *mala gestio*, qualora l'illecito ambientale fosse imputabile ad una loro condotta gestoria, anche omissiva che, come è noto, nelle procedure concorsuali può essere esercitata anche dal curatore (cfr. art. 2394-*bis* cod. civ.), i quali sarebbero tenuti (tra loro con il vincolo della solidarietà) a risarcire il danno costituito, nella specie, dal pregiudizio economico (riflesso) subito dai creditori a causa dalla (ulteriore) riduzione della garanzia patrimoniale, conseguente all'ammissione, al passivo del fallimento, di un nuovo creditore, da soddisfare eventualmente in prededuzione piuttosto che nel concorso, con precedenza immediata ed assoluta rispetto agli altri creditori (concorrenti non prededucibili), i quali saranno, dunque, soddisfatti integralmente, sia pure nei limiti dell'attivo fallimentare (cfr. art. 111 l. fall.), e con il rango privilegiato spettante nel concorso con gli altri creditori prededucibili.

[34] V. VITIELLO, *Obblighi di bonifica e fallimento dell'inquinatore*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, 6, 758 ss.; G. GABASSI, *Gli obblighi ambientali del curatore fallimentare. Note a margine di C. Stato 3/2021*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 14 aprile 2021, 24 s., la quale giustamente osserva che sarebbe contraddittorio assumere come obiettivo quello di creare un mercato in cui l'impresa "ecologica" abbia un vantaggio competitivo ed al contempo addossare comunque le eventuali esternalità negative di produzione sui creditori o sui gestori pubblici delle imprese insolventi.

[35] CGUE, sez. III, 04 marzo 2015, n. 534 (causa C-534/13), in *Resp. civ. prev*., 2015, 3, 951; per un approfondimento, cfr. C. CONTESSA, *Proprietario incolpevole e principio 'chi inquina paga'*, in *www.treccani.it*, 2016.

[36] Si tratta delle sentenze "gemelle" Cons. Stato, Ad. plen., 25 novembre 2013, n. 21, in *Giur. it.*, 2014, 4, con nota di P.M. VIPIANA PERPETUA, *La figura del proprietario di un sito inquinato non responsabile dell'inquinamento: la parola definitiva dell'Adunanza Plenaria sull'interpretazione della normativa italiana*, e Cons. Stato, Ad. plen., 13 novembre 2013, n 25, in *Urb. app.*, 2014, 432 ss., con nota di C. CARRERA, *Chi non inquina deve pagare?*.



cfr. art. 104, comma 2, l.f.) dell'impresa, non si renda responsabile di un autonomo illecito ambientale o non prosegua nella medesima condotta (anche omissiva) illecita, già posta in essere dagli ex amministratori della società fallita, in quest'ultimo caso concorrendo con gli stessi alla produzione del danno, o si astenga colpevolmente dal segnalare la presenza del fenomeno inquinante alle autorità competenti, aggravandone gli effetti.

Il curatore al quale sia riferibile l'illecito, in via esclusiva o in concorso con gli ex amministratori della società (poi) fallita, come quest'ultimi, dovrebbe, dunque, risponderne "personalmente" (cioè, con i propri beni), per gli effetti di cui all'art. 192, comma 3 TUA che assume la responsabilità di «*chiunque viola i divieti di cui ai commi 1 e 2*», senza alcun distinguo, potendo la responsabilità estendersi alla stessa società fallita (*arg. ex* 192, comma 4); in questo caso, come vedremo, l'ente pubblico che si sostituisca all'obbligato (o agli obbligati in solido) nell'esecuzione dei lavori di ripristino e bonifica ambientali potrà soddisfarsi delle proprie ragioni creditorie (di rimborso) concorrendo, con gli altri creditori, sulla massa attiva appresa al fallimento, facendo ivi valere il privilegio e le altre garanzie previste dalla legge, ma anche con il limite (*intra vires*) di cui si dirà *infra* (cfr. art. 253, comma 4, TUA).

4. – Nonostante gli indici normativi ricavabili dalle fonti sovranazionale, secondo l'interpretazione della stessa Corte di Giustizia, l'impianto argomentativo spiegato a supporto dell'orientamento contrario ad una "incondizionata" estensione al curatore della responsabilità ambientale viene apertamente disatteso nella sentenza oggetto del presente commento, che sembra valorizzare la relazione che si instaura con i beni appresi al fallimento, seppure non qualificata nei termini alternativi possesso/detenzione – che pure esauriscono nella teorica dei beni e della proprietà l'universo dei significati che quella relazione definisce – evidentemente ritenuta in materia ambientale sufficiente a fondare, autonomamente, nei confronti del curatore, un sindacato di responsabilità.

Il Consiglio di Stato respinge, anzitutto, l'eccezione preliminare sollevata dalla curatela in merito all'asserita violazione, da parte della sentenza gravata [37], del principio del *ne bis in idem* in relazione al precedente pronunciamento n. 5668/2017, motivando – oltre che sulla scorta del carattere di contestualità (piuttosto che di successione) dei procedimenti amministrativi sottesi alle ordinanze impugnate in quelle (distinte) sedi – principalmente in relazione alla diversità di *petitum* rispetto al primo giudicato (cfr. punto n. 3 della sentenza).

Secondo la prospettiva seguita, infatti, la non coincidenza tra i presupposti normativi alla base dell'ordinanza ambientale, emessa ai sensi del TUA, e di quella contingibile e urgente, di cui agli artt. 50 e 54 TUEL, renderebbe «diverso il rapporto giuridico di diritto pubblico dedotto nel presente giudizio», che, in tal modo, non incorrerebbe in alcun limite di ammissibilità, sul piano processuale legato alla pretesa medesimezza della fattispecie ovvero, nella prospettiva penalistica (nel cui alvo il suddetto principio del *ne bis in idem* ha origine), del "fatto storico", cioè della vicenda materiale connotata dalla condotta del soggetto, dall'evento naturalistico e dal relativo nesso causale.

È appena il caso di evidenziare come si tratti di una conclusione senz'altro condivisibile sotto il profilo formale, i cui effetti, tuttavia, non sembrano riverberarsi al di fuori dell'ambito *stricto sensu* processuale, nel senso che le ragioni di tutela della salute e dell'igiene pubblica, che giustificavano l'ordinanza sindacale pre-

[37] T.A.R. Brescia, sez. I, 15 giugno 2021, n. 554, in *www.giustizia-amministrativa.it*.



vista dal TUEL, non conducevano, di per sé – ed in virtù di una loro (supposta) preminenza, rispetto alle esigenze di protezione dell'ambiente, espresse dalla normativa del TUA – ad un risultato interpretativo secondo il quale il curatore sarebbe soggetto ad obblighi che, altrimenti, se non ricorressero, cioè, quelle preminenti ragioni non sarebbero esigibili [38].

Su tale aspetto il Consiglio non tornerà nei successivi passaggi della sentenza, limitandosi nel prosieguo a richiamare, a fondamento del *decisum* i consueti indici – interni e sovranazionali – rinvenienti esclusivamente dalla normativa ambientale, peraltro senza distinguere tra le varie fattispecie settoriali ivi regolate, confermando quella tendenza a prospettare soluzioni generaliste, che prescindono, cioè, dalla tipologia di provvedimento concretamente (adottato dalla PA e) dedotto nel giudizio, ma anche dal complessivo assetto degli interessi in gioco, e dalla necessita di procedere al loro bilanciamento, secondo canoni di proporzionalità e ragionevolezza.

Nella prospettazione della ricorrente, l'errore in cui sarebbe incorso il giudice di *prime cure* risiederebbe, quindi, nell'avere quest'ultimo fondato la propria decisione, in via esclusiva, sul *revirement* operato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 26 gennaio 2021, n. 3 – resa, peraltro, in relazione ad una ordinanza emessa, a differenza del caso di specie, ai sensi dell'art. 192 TUA – sicché la curatela, tra l'altro, «non avrebbe potuto prevedere, al momento dell'illecito, quale fosse la regola di condotta applicabile» (cfr. punto n. 5).

Il riferimento, come si è avuto modo di anticipare, è alla recente statuizione con la quale la Plenaria aveva aderito, in funzione nomofilattica, a quella differente linea interpretativa (invero minoritaria) che, contrariamente a quanto sin qui visto, affermava l'assoggettabilità (e, dunque, la legittimazione passiva) del curatore rispetto agli obblighi di smaltimento, assimilandone la posizione a quella del soggetto il quale, seppure non «subentrante» nella posizione giuridica del fallito – e, dunque, nel complesso delle situazioni giuridiche attive e passive che allo stesso facevano capo – comunque risulti «detentore» dei rifiuti presenti sui beni appresi alla massa attiva, facendolo, in definitiva, responsabile in ragione della "posizione di garanzia" che tale relazione materiale comporta [39].

In quell'occasione, era stata valorizzata dalla Plenaria, infatti, una lettura ritenuta, oltre che coerente ai principi di prevenzione e responsabilità, i quali impongono, in ogni caso, di intervenire per arginare il fenomeno inquinante, altresì compatibile con la lettera della direttiva 2008/98/CE, la quale, in relazione alla regola "chi inquina paga", testualmente dispone che «i costi della gestione dei rifiuti sono sostenuti dal produttore

---

[38] A tali conclusioni perviene invece G. VIVOLI, *La responsabilità del curatore in caso di abbandono di rifiuti*, cit., 19 ss., spec. 21, secondo il quale la possibilità di configurare o meno la legittimazione passiva del curatore dipenderebbe proprio dal diverso bilanciamento operato tra i valori della salute e dell'ambiente di cui sono espressione tali provvedimenti, sicché «gli obblighi contro il curatore potrebbero essere ammissibili nei casi in cui la salute diventa il destinatario prevalente della protezione; se invece è la tutela dell'ambiente l'oggetto prevalente di protezione potrebbe restare valida la regola generale della carenza di legittimazione passiva del curatore»; sotto un diverso profilo, evidenzia la diversa funzione delle ordinanze *ex* artt. 192 TUA e artt. 50/54 T.U.E.L. T.A.R. Napoli, sez. V, 12 novembre 2018, n. 6550, in *Foro amm.*, 2018, 11, 2064: «il primo provvedimento, con accertamento in contraddittorio con il soggetto interessato della responsabilità a titolo di dolo o colpa, ha carattere sanzionatorio; il secondo, meramente ripristinatorio, in via d'urgenza». In ogni caso, anche di recente, la giurisprudenza amministrativa aveva espressamente escluso che il curatore, in assenza di esercizio di impresa, potesse essere destinatario dell'ordinanza contingibile e urgente di rimozione e smaltimento dei rifiuti (così T.A.R. Catanzaro, sez. I, 8 febbraio 2021, n. 261, in *Redaz. Giuffrè*, 2021).

[39] Le pronunce in tal senso, prima dell'intervento della Plenaria, erano state in ogni caso assai più sporadiche (rivestendo carattere sostanzialmente episodico) rispetto a quelle che, in relazione alla fattispecie in esame, escludevano recisamente la legittimazione passiva della curatela: tra le altre, T.A.R. Firenze, sez. II, 28/04/2000, n. 780, in *Ragiusan*, 2000, 198, 125, la quale individua il momento della nascita di tale obbligo a partire dalla dichiarazione di fallimento, ed a prescindere dalla successiva inventariazione dei rifiuti; più di recente, Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2017, n. 3672, in *Fall.*, 2018, 5.



iniziale o dai detentori del momento o dai detentori precedenti dei rifiuti» (cfr. art. 14, par. 1), al contempo definendo come detentore «il produttore dei rifiuti o la persona fisica o giuridica che ne è in possesso» (cfr. art. 3, par. 1, punto 6), dando contezza, ove ve ne fosse bisogno, della insufficienza (se non dell'inadeguatezza) dei tradizionali *nomina iuris* e delle correlative categorie domestiche (del possesso e della detenzione), alle quali rinviano, a chiarire il significato e la portata di tali enunciati normativi, che occorre, pertanto, necessariamente contestualizzare nei diversi ambiti operativi, al fine di illuminarne il senso [40].

Tali più ampie premesse, per quanto non esplicitate nella sentenza in esame, risultano implicate dalle considerazioni ivi svolte dal Consiglio di Stato, il quale, piuttosto che limitarsi (come nel precedente grado di giudizio) a prendere atto dell'intervenuto mutamento di indirizzo [41], sembra voler fondare la ritenuta responsabilità della curatela su un impianto argomentativo che muove direttamente dai principi affermatisi nella giurisprudenza della medesima sezione, che vengono letteralmente mutuati (a mo' di "summa") – e non sembra una coincidenza – da una (ulteriore) pronuncia, non solo successiva all'arresto della citata plenaria del 2021, ma che ad essa fa espressamente riferimento in parte motiva [42].

Seguendo tale direttrice, nella decisione in commento si arriva così a prefigurare una concezione «dinamica» (o se si vuole "ambulatoria") della responsabilità, che incombe sul soggetto che si trovi in una certa relazione col sito inquinato, sicché i relativi oneri di bonifica e riduzione in pristino investirebbero «anche il soggetto non direttamente responsabile della produzione del rifiuto, il quale sia tuttavia divenuto proprietario e detentore dell'area o del sito in cui è presente, per esservi stato in precedenza depositato, stoccato o anche semplicemente abbandonato» [43]; in questa prospettiva, anche la mera detenzione dei siti in questione sarebbe, dunque, (necessaria, ma anche) sufficiente per fondare, in ordine all'illecito ambientale, la responsabilità di chi si trovi in una siffatta relazione, a maggior ragione se si tratta del proprietario, atteso che essa «grava su colui che è in relazione con la cosa … il quale perciò ha (*ndr*) … l'obbligo di attivarsi per fare in modo che la cosa medesima non rappresenti più un danno o un pericolo di danno (o anche di aggravamento di un danno già prodotto)».

Non si tratta, in effetti, di argomenti nuovi: quello dell'assoggettabilità del proprietario incolpevole alle misure di prevenzione e riparazione, in dipendenza della mera relazione dominicale con la *res*, aveva, infatti,

---

[40] Si rinvia in proposito alle lucide riflessioni di U. SALANITRO, *Il principio "chi inquina paga":* responsibility *e* liability, in *Giorn. dir. amm*., 2020, 1, 33 ss., spec. 35 ss., il quale, già prima dell'intervento della Plenaria, aveva escluso la natura «eminentemente nazionale» della disciplina della bonifica dei siti contaminati, dovendo la stessa, piuttosto, considerarsi quale «diretta espressione della regola della direttiva comunitaria in tema di rifiuti la quale prevede, in applicazione del principio "chi inquina paga", che la responsabilità per lo smaltimento dei rifiuti spetti solidalmente al produttore e al detentore del rifiuto, salvo che non sia diversamente previsto, con deroghe contenute entro limiti rigorosi, dalla legislazione degli stati membri»; v. anche ID., *Responsabilità ambientale: questioni di confine, questioni di sistema*, cit., 507 ss.

[41] La sentenza appellata, sul punto, si era infatti limitata a constatare che «l'orientamento seguito nella nominata sentenza del Consiglio di Stato n. 5668/2017 risulta alla data odierna superato a seguito della pronuncia della plenaria n. 3 del 26 gennaio 2021» (punto 6 della sentenza).

[42] Si tratta di Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 2021, n. 4383, reperibile su *www.giustizia-amministrativa.it*.

[43] A supporto delle superiori argomentazioni la Plenaria aveva fatto espresso riferimento a CGUE, sez. II, 13 luglio 2017, causa C-129/16, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 6, 1235 ss., con nota di C. PAGLIAROLI, *Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed estensione della responsabilità ambientale: le conferme contenute in una recente pronuncia*, con la quale la Corte, sottoponendo al vaglio di compatibilità con il diritto comunitario la normativa ambientale ungherese, aveva affermato che le disposizioni della direttiva 2004/35/CE «non ostano a una normativa nazionale che identifica, oltre agli utilizzatori dei fondi su cui è stato generato l'inquinamento illecito, un'altra categoria di persone solidamente responsabili di un tale danno ambientale, ossia i proprietari di detti fondi, senza che occorra accertare l'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta dei proprietari e il danno constatato», in palese discontinuità con la citata sentenza C-534/13, per la quale, viceversa, non sarebbero configurabili ipotesi di responsabilità svincolata da qualsivoglia contributo causale alla determinazione del danno.



da sempre costituito – di là dalle implicazioni del (preteso) subentro del curatore nella posizione del fallito – l'altro corno dell'alternativa rispetto all'indirizzo che riteneva, viceversa, a tal fine imprescindibile un accertamento condotto sulla scorta di un criterio di imputazione di tipo soggettivo; così come non risulta inedita neanche la successiva affermazione, secondo cui la connotazione soggettiva di tale responsabilità sarebbe rispettata anche nel caso in cui il soggetto «volontariamente sceglie di sottrarsi o, il che è lo stesso, di non attivarsi anche per mera negligenza per ripristinare l'ambiente», senza che assumano rilievo, sotto l'indice delle esimenti, la (concorrente) responsabilità dell'autore materiale del fenomeno inquinante [44].

La responsabilità dell'autore dell'illecito ambientale, in definitiva, in questa prospettiva concorrerebbe con i successivi proprietari del bene o con coloro che si trovino, con lo stesso, in una relazione anche solo materiale (cioè, giuridicamente non qualificata, come nel caso del curatore), senza alcuno scrutinio – almeno in prima battuta – circa la colpevolezza della loro condotta, dalla quale, dunque, si prescinderebbe; e tuttavia, sembra opportuno fin d'ora anticipare come, in ragione della solidarietà ("diseguale") del vincolo, il (successivo) riparto tra i coobbligati del carico risarcitorio – necessariamente sulla base della gravità delle rispettive colpe e delle conseguenze che ne sono derivate (cfr. art. 2055 cod. civ.) – darebbe contezza della presenza, anche in un siffatto sistema di responsabilità civile, di un criterio necessariamente soggettivo, sebbene a rilevanza posticipata, che si traduce (positivizzandosi) nell'esercizio dei rispettivi diritti di rivalsa.

È, dunque, all'interno di tale cornice interpretativa – opportunamente "compendiata" nei suoi tratti essenziali, non senza qualche "forzatura" redazionale, che finisce per incidere sulla stessa intellegibilità [45] – che rinviene la propria giustificazione la soluzione individuata dal Consiglio di Stato, il quale solo in un secondo momento, nel suo incedere argomentativo menziona il *revirement* della Plenaria, per corroborare, anche se sotto un diverso profilo, la correttezza dell'impianto logico-argomentativo adottato, secondo la peculiare declinazione che, in ragione della specificità degli interessi sottesi, lo stesso assume nella materia concorsuale.

In quell'occasione, la Plenaria aveva osservato, infatti, come, laddove il "detentore" dei rifiuti rivesta tale qualifica in ragione del proprio ufficio di curatore fallimentare, a maggior ragione non si giustificherebbe la scelta di scaricare sulla collettività incolpevole i costi di smaltimento, (in quanto) eziologicamente correlati proprio alla (cessata) attività d'impresa, ponendosi l'obbligazione (risarcitoria/riparatoria) in un preciso rapporto con il patrimonio del debitore – seppure gestito dal curatore – che si chiarisce alla stregua del disposto di cui all'art. 2740 cod. civ., avuto riguardo, cioè, alla garanzia generica che lo stesso offre ai creditori [46].

La portata meramente specificatoria di tale notazione che si colloca in una prospettiva ermeneutica fondata sulla generalizzata assimilazione, *quoad effectum*, della figura del produttore a quella del detentore di rifiuti, importa, dunque, secondo il pensiero dei giudici, che al summenzionato "mutamento" di indirizzo do-

---

[44] In questo senso, già la summenzionata Ad. plen. 21/2013 aveva espressamente dato atto di quella corrente ermeneutica secondo cui, tra i soggetti considerati dal precetto "*chi inquina paga*", andrebbe ricompreso «anche colui che – con la propria condotta omissiva o negligente – nulla faccia per ridurre o eliminare l'inquinamento causato dal terreno di cui è titolare» (v., in proposito, *sub* nt. 19).

[45] "Forzature" che risultano inevitabilmente connesse alla tecnica argomentativa prescelta – come visto, in massima parte limitata alla mera elencazione di "principi" tratti da altre pronunce, peraltro non sempre correttamente richiamati (v. la successiva nota 44).

[46] In proposito, si richiamano le osservazioni di P. PIZZA, *Le regole per attribuire al curatore la qualifica di "detentore dei rifiuti" e per addossare i connessi oneri economici alla massa fallimentare*, in *Ilfallimentarista.it*, 23 marzo 2021, laddove rileva che, con tale affermazione i giudici sembrano ritenere che «i creditori dell'imprenditore fallito, sono, assieme a quest'ultimo, co-produttori dei rifiuti da gestire, perché è anche nel loro interesse che l'imprenditore, esercitando la propria attività, ha prodotto i rifiuti»; peraltro, nel riprendere le motivazioni della plenaria, la sentenza incorre in un evidente refuso, laddove discorre del riferito «contrasto» che, ragionando *a contrario*, si verrebbe a creare «con la realtà economica sottesa alla relazione che intercorre *tra il patrimonio*», con tale apocope omettendo di menzionare il secondo termine del rapporto, ossia, per l'appunto, l'asse fallimentare, nel quale confluirebbe, a lume della prospettata ottica di continuità, l'obbligazione ripristinatoria a carico dell'impresa *in bonis*.



vrebbe attribuirsi una «valenza meramente dichiarativa», tale da escludere, non solo la predicata violazione del principio (di matrice penalistica) della irretroattività delle prescrizioni sfavorevoli, ma altresì da scongiurare il paventato rischio di *overruling*, tenuto conto degli orientamenti giurisprudenziali non univoci espressi sino a quel momento sul punto [47].

In realtà, la affermata legittimazione passiva del curatore rispetto ai provvedimenti con i quali gli si ingiunga di provvedere alla bonifica dei siti inquinati, a prescindere dal suo coinvolgimento nell'illecito ambientale, muove dall'assunto che il curatore sia – se non nel "possesso", in assenza di un fenomeno di tipo successorio – nella "detenzione" dei beni appresi al fallimento; tale relazione con i siti inquinati (o ove sono stati riversati rifiuti) giustificherebbe, dunque quella "posizione" (di controllo del rischio ambientale) assimilabile a quella del custode, dalla quale conseguirebbe la sua responsabilità, per gli effetti di cui all'art. 2051 cod. civ., la cui affermazione, come è noto, in ragione della sua tendenziale natura oggettiva richiede la sussistenza del mero rapporto causale tra la cosa (in custodia) e l'evento lesivo verificatosi in concreto.

Ma come vedremo, a prescindere dalla perplessa qualificazione della relazione materiale (almeno) in termini di "detenzione", che si instaurerebbe a seguito del c.d. "spossessamento" fallimentare, e sulla quale si tornerà *infra*, l'impianto argomentativo sul quale si regge l'affermata soggezione del curatore agli obblighi ambientali sembra peccare di un vizio di petizione di principio, nella misura in cui assume – a ben vedere – la questione della sua responsabilità (che si intende dimostrare) siccome implicitamente scontata nella (premessa) relazione che si instaura con i beni, non avvedendosi della fallacia del ragionamento, che non tiene conto, peraltro, della rilevanza di altri indici normativi presenti, come vedremo, nella disciplina concorsuale, ma anche in quella ambientale, che non potrebbero non concorrere alla individuazione di una diversa (da quella adottata) soluzione della questione in oggetto.

E ciò, come si è accennato, anche a prescindere dalla notazione che la ricorrenza di un relazione di materiale disponibilità, declinabile nei termini della detenzione (seppure qualificata), richiederebbe, comunque, l'esercizio da parte del curatore di poteri di fatto *nomine alieno*, nella specie del debitore fallito, proprietario dei beni appresi alla massa, laddove, nella specie, si tratta della spendita di prerogative che attengono all'ufficio pubblico dallo stesso ricoperto, che coagula interessi generali legati alla tutela del ceto creditorio e del mercato.

5. – Ponendosi in netta discontinuità con il proprio precedente del 2017, sul quale ragionevolmente – attesa la perfetta sovrapponibilità dei profili materiali della fattispecie – la curatela aveva riposto affidamento, la quarta sezione del Consiglio di Stato decide, dunque, di disattendere l'*iter* argomentativo seguito in quella occasione, limitandosi a dare atto – piuttosto "acriticamente" – del "nuovo" (*rectius*: divenuto prevalente) corso giurisprudenziale sul tema, che come già emerso dalle premesse suscita più di una perplessità.

Difatti, la prospettata rilettura del "*Polluter Pays Principle*" assunto, al contempo, quale fondamento ed obiettivo della pronuncia in commento, si rivela in forte dissonanza rispetto alle specificità proprie della normativa concorsuale, nella quale i profili processuali, che attengono alla natura espropriativa della procedura fallimentare (l'esecuzione collettiva sui beni del debitore insolvente), sostanziano principi e regole che

[47] Sebbene, come si è osservato, nel caso di specie si discorra, per un verso, di un precedente intervenuto direttamente sulla medesima situazione fattuale e nei confronti dello stesso soggetto, mentre, per un altro, non sembra del tutto corretto affermare che la giurisprudenza amministrativa fosse "divisa" sulla questione, atteso il numero assai ridotto delle decisioni che avevano seguito tale indirizzo.



sono propri del diritto delle obbligazioni e della responsabilità patrimoniale, eclissati nel ragionamento, con conseguenze che appaiono "eversive", non solo dal punto di vista del ruolo (e delle prerogative pubblicistiche) del curatore fallimentare, bensì (e soprattutto) nella prospettiva dei creditori e delle connesse esigenze di tutela paritaria che deve essere loro assicurata nel concorso sui beni del debitore.

Ma una prima (e preliminare) obiezione, che potrebbe porsi al riguardo, investe, innanzitutto, la stessa sovrapponibilità, *sic et simpliciter*, della "relazione" che si instaura con i beni a seguito dello "spossamento" (del debitore insolvente) da parte del curatore, a quella del "detentore", dedotta sulla scorta del formante legislativo sovranazionale (cfr. art. 3 Dir. 2008/98/CE citato), per il quale è sufficiente, *quoad effectum*, trovarsi nella materiale disponibilità della *res*, senza che concorra alcun ulteriore elemento di qualificazione di una siffatta relazione, che perciò rischia di restare sul piano normativo – innanzitutto, come *species facti* – priva di sufficienti elementi individualizzanti; a tale *deficit* non potendo, peraltro, neanche sopperirvi l'interprete, non essendo una siffatta operazione – che attiene alla stessa individuazione dei *nomina iuris*: lo "spossessamento", di cui alla legge fallimentare e la "detenzione", di cui alla direttiva 2008/98/CE – nella sua disponibilità.

Sul punto, pur senza addentrarsi nell'annoso dibattito concernente la natura giuridica del c.d. spossessamento, di cui all'art. 42 l. fall. [48], non può, infatti, sottacersi come quelle stesse peculiarità dell'attività gestoria (in senso lato) del curatore – in ragione delle quali era stata esclusa, anche dalla stessa Plenaria, la sua successione (in senso tecnico) all'imprenditore-produttore di rifiuti – risultano trascurate (scolorendo) dalla sovrapposizione della disponibilità materiale (conseguente allo spossessamento fallimentare) alla «relazione con la cosa» delineata dalla normativa ambientalista; una siffatta operazione, sul piano ermeneutico si traduce – a ben vedere – in una forzatura, anche di là dal *discrimen* tra le categorie domestiche del possesso e della detenzione, che non sembrano rinvenire una perfetta corrispondenza sul piano della disciplina fallimentare [49], per l'interferenza di elementi varianti connessi all'esercizio dell'ufficio giudiziale del curatore ed alla procedimentalizzazione della sua attività, che si svolge all'interno del paradigma del processo di esecuzione, inspiegabilmente emarginati nel ragionamento [50].

Basti pensare, in proposito, alla circostanza per cui il trasferimento dei poteri di amministrazione e disposizione, in capo al curatore, dei beni appresi alla massa, non importa, di per sé, la perdita del possesso da parte del fallito e/o di terzi, non interrompendosi, a seguito dell'apertura del fallimento (e della trascrizione sui registri immobiliari della relativa sentenza), neanche il decorso del termine utile per l'usucapione [51]; nonché

---

[48] Senza alcuna pretesa di esaustività, attesa l'ampiezza del tema, è sufficiente ricordare come, nel tempo, si siano succedute tesi che hanno alternativamente ravvisato un fenomeno di incapacità di agire del fallito (così V. ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir*., XVI, Milano, 1967, *passim*), ovvero ricostruito l'istituto nei termini di un pignoramento "generale" (G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, 223) o ancora (secondo l'orientamento maggioritario) di patrimonio "separato" (cfr., tra gli altri, F. FERRARA, *Il fallimento*, cit., 317; A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, 66).

[49] Si noti come la sentenza faccia riferimento, senza distinzioni di sorta, a entrambe le fattispecie, in ciò richiamando, evidentemente, le considerazioni svolte sul punto dalla plenaria del 2021, laddove era stato chiarito che tali categorie non assumono rilievo nell'ottica del diritto comunitario, per il quale, viceversa, ai fini della individuazione del "detentore" (in contrapposizione al soggetto produttore dei rifiuti), «ciò che conta è la disponibilità materiale dei beni, la titolarità di un titolo giuridico che consenta (o imponga) l'amministrazione di un patrimonio nel quale sono compresi i beni immobili inquinati», situazione certamente configurabile in capo al curatore fallimentare.

[50] L. D'ORAZIO, *Il curatore fallimentare e lo smaltimento dei rifiuti*, cit., 598, il quale giustamente rileva come, rispetto al rapporto di fatto tra curatore e beni appresi alla massa «vacillano le categorie classiche del possesso (*corpus et animus rem sibi habendi*, come possesso vero e proprio) e della detenzione (*animus detinendi, nomine alieno*, nella consapevolezza che la cosa è di altri), mentre al curatore è affidata solo la disponibilità materiale del patrimonio dell'impresa per il migliore soddisfacimento dei creditori».

[51] Così di recente Cass. civ., sez. II, 31 maggio 2021, n. 15137, in *Giust. civ. mass.*, 2021; cfr. Cass. civ., sez. I, 26 novembre 1999, n. 13184, *ivi*, 1999, 2357.



alla necessaria temporaneità dello stesso "spossessamento", la cui fisiologica conclusione coincide con la cessazione della procedura (a seguito della c.d. chiusura del fallimento), atteso, come osservato, il suo carattere strumentale rispetto agli scopi della liquidazione giudiziale e, in definitiva, al soddisfacimento dei creditori [52].

Rispetto a tale ultima notazione, tiene conto evidenziare, ancora, come l'impostazione seguita dai giudici finisca col disconoscere una fondamentale prerogativa attribuita *ex lege* al curatore, la quale presiede, tanto alla fase di acquisizione dei beni sopravvenuti alla massa, quanto alla successiva attività di liquidazione di quelli già inventariati *ex* art. 87 l. fall., in forza della quale il gestore della procedura può, rispettivamente, rinunciare alla loro apprensione, «qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo» (cfr. art. 42, comma 3, l. fall.), ovvero «non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente», con conseguente rimessione dei beni medesimi nella disponibilità del debitore insolvente, sui quali i creditori, in deroga a quanto previsto nell'art. 51 l. fall., possono iniziare (o proseguire) le azioni esecutive individuali o cautelari (cfr. art. 104-*ter*, comma 8, l. fall.) [53].

Si consideri, tra l'altro, che, se l'Adunanza Plenaria, prendendo posizione sulla fattispecie della "rinuncia" del curatore all'apprensione di determinati beni aveva condivisibilmente escluso la sussistenza dei presupposti (per così dire "liberatori") di cui all'art. 42, comma 3, l. fall., giacché l'immobile inquinato risultava – già al momento della dichiarazione di fallimento – di proprietà del debitore insolvente, nulla aveva detto in ordine all'ipotesi disciplinata dal comma 8 dell'art. 104-*ter* l. fall. (mancata acquisizione all'attivo di un bene o rinuncia alla sua liquidazione), il quale avrebbe dovuto, dunque, trovare senz'altro applicazione, con la conseguenza che, (almeno) in questo caso, non avrebbe potuto essere emessa nei confronti del curatore l'ordinanza sindacale [54].

La pronuncia in commento va, quindi, "oltre" la decisione della Plenaria, e la seconda questione esaminata, concernente l'asserita tardività del deposito della documentazione attestante, per l'appunto, la "rinuncia" alla liquidazione del sito contaminato, a norma della predetta disposizione (il comma 8 dell'art. 104-*ter* l. fall.), viene ritenuta, addirittura, «irrilevante» dai giudici di Palazzo Spada, trattandosi di atto che, pur legittimamente adottato, assumerebbe una valenza meramente privatistica, sicché «la Curatela non può ritenersi liberata dalle responsabilità connesse alla discarica per il solo fatto di avere rinunciato a liquidarla» (cfr. punto n. 4).

In definitiva, la natura pubblicistica della disciplina del TUA non consentirebbe al curatore di giovarsi di prerogative, pure sancite dalla normativa concorsuale, in ragione della inderogabilità degli obblighi ambientali, ai quali non potrebbe, dunque, sottrarsi, neanche "rinunciando" all'acquisizione (all'attivo) e alla liquidazione del bene contaminato, che non sortirebbe alcun effetto liberatorio: e tuttavia, può senz'altro dubitarsi, ponendosi nella prospettiva del ceto creditorio, che le ragioni alla base dell'opzione legislativa (relativa

---

[52] Peraltro, il c.d. "possesso *animo*" rimarrebbe pur sempre in capo al fallito, il quale, come visto, perde esclusivamente la disponibilità *materiale* del patrimonio, in quanto acquisito dall'ufficio fallimentare: P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, VI ed., Milano, 2002, 223.

[53] Tali norme sono state trasfuse senza variazioni di sorta all'interno del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, c.d. "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", rispettivamente agli artt. 142, comma 3 e 213, comma 2, sicché l'entrata in vigore della nuova normativa non intacca le considerazioni svolte in queste pagine.

[54] In questo senso, G. GABASSI, *Gli obblighi ambientali del curatore fallimentare*, cit., 19 s.; *contra*, P. PIZZA, *Le regole per attribuire al curatore la qualifica di "detentore dei rifiuti"*, cit., ove si osserva che ammettendo tale possibilità si «stravolgerebbe» il senso stesso della pronuncia.



alla apprensione/liquidazione o meno da parte del curatore di determinati cespiti) debbano, in ogni caso, cedere innanzi ai principi sanciti – ma sarebbe meglio dire, desunti – dalla normativa ambientale, non potendosi neanche giustificare la neutralizzazione (per via giudiziale) degli effetti liberatori della rinuncia alla stregua della clausola della funzione sociale della proprietà, in ragione del regime di riserva di legge delle correlative limitazioni alle facoltà di godimento e disposizione (cfr. art. 42 Cost.), che possono, peraltro, riguardare esclusivamente proprietario.

Le prerogative di cui agli artt. 42, comma 3 e 104-*ter*, l. fall., come il loro esercizio sembrano, infatti, essere declinate, dal legislatore della riforma della legge fallimentare del 2006, sotto l'indice modale della "doverosità", coerente con l'*officium* ricoperto dal curatore, che non potrebbe, pertanto, compiere – diversamente esponendosi, peraltro, ad un'azione di responsabilità da parte dei creditori – una scelta contraria all'interesse del ceto creditorio, quale si rileverebbe, sicuramente, l'acquisizione di beni cc.dd. negativi, tra i quali rientrano, senza dubbio, i rifiuti e/o i siti su cui essi insistono, suscettibili di ingenerare soltanto oneri passivi per la procedura [55].

Nella misura in cui riflette, con riferimento alle funzione liquidatoria svolta dal curatore, la natura pubblicistica degli interessi sottesi – non incisa dal processo di privatizzazione, che ha riguardato gli strumenti (negoziali) di soluzione della crisi d'impresa – anche la normativa concorsuale (come quella ambientale) risulta, dunque, caratterizzata in termini di imperatività ed inderogabilità, ponendosi all'interprete un problema di coordinamento, che deve essere risolto, innanzitutto, alla stregua del principio sistematico, che impone soluzioni coerenti e compatibili dal punto di vista dell'ordinamento e della totalità dei suoi valori, nella specie evitando di scompaginare il sistema della liquidazione concorsuale dei beni del debitore insolvente.

Vieppiù, l'opzione interpretativa adottata dal Consiglio di Stato non troverebbe giustificazione neppure sul versante della stessa normativa ambientale, alla stregua della disposizione di cui all'art. 253 TUA – peraltro non applicabile alla fattispecie di abbandono di rifiuti, disciplinata dall'art. 192 TUA [56] – nella misura in cui, dopo aver qualificato gli interventi alla stregua di «onere reale sui siti contaminati qualora effettuati d'ufficio dall'autorità competente ai sensi degli articoli 250 e 252, comma 5», stabilisce che le spese sostenute sono, altresì, «assistite da privilegio speciale immobiliare sulle aree medesime, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2748, secondo comma, del codice civile», a garanzia del credito (restitutorio) nascente per l'anticipazione dei costi di bonifica sopportati dalla pubblica amministrazione, che – si badi bene – sia intervenuta direttamente in sostituzione (ed in danno) del proprietario/possessore incolpevole.

Gli strumenti rafforzativi della garanzia patrimoniale del credito, ivi previsti, potrebbero essere azionati, dunque, nei confronti del proprietario/possessore incolpevole – al quale potrebbe essere *quoad effectum* equiparato il curatore – solo a seguito di provvedimento motivato in ordine alla accertata impossibilità di individuare il soggetto responsabile dell'inquinamento ovvero di agire fruttuosamente nei suoi confronti, giustificandosi proprio in ragione della sua "estraneità" all'illecito (al quale non abbia neanche concorso) la stessa misura del rimborso, legislativamente limitata al valore di mercato del sito, determinato a seguito

[55] E. CARDINALE, *La responsabilità ambientale nella crisi dell'impresa*, cit., 224s.; P. VELLA, *Sub Art. 42*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2014, 592; M. BOCCHIOLA, *Art. 42*, in ID., A. PALUCHOWSKI (a cura di), *Codice del fallimento*, Milano, 2013, 516-517. In proposito, si è osservato che tramite la valutazione sulla convenienza, il curatore realizzerebbe una regola di massimizzazione e gestione con metodo economico dell'attivo, per cui l'apprensione e la conseguente liquidazione dei beni si imporrebbe esclusivamente laddove ciò apporti un utile alla procedura: cfr. F. FIMMANÒ, C. ESPOSITO, *La liquidazione dell'attivo*, Milano, 2006, 289.

[56] V. nt. 16.



dell'esecuzione degli interventi medesimi (cfr. art. 253, commi 3 e 4, TUA), circoscrivendo *intra vires*, in deroga all'art. 2740 cod. civ., la sua responsabilità patrimoniale [57].

E d'altra parte, ritenere che tali spese gravino "direttamente" sulla massa significherebbe, per un verso, che il curatore, laddove non vi fossero attività liquide (o almeno di pronta liquidazione), potrebbe trovarsi nella situazione di non poter dare, quanto meno immediatamente, corso agli interventi richiesti (potendo, peraltro, la sua condotta omissiva assumere rilievo penale), ma per altro verso che, anche ove (disponendo di attivo sufficiente) dovesse effettuare gli interventi richiesti, ciò si tradurrebbe in una aperta violazione delle regole legali che presiedono alla formazione dello stato passivo ed al concorso tra creditori, che risulta ancora più evidente ove si ponga mente alla ipotesi in cui sia l'amministrazione a realizzare interventi in sostituzione, nei casi e nelle forme previsti dalla normativa ambientale.

Ed infatti, l'ente pubblico (nella specie il Comune) che provvedesse in sostituzione del responsabile, come nella specie (il curatore) incolpevole, alle operazioni di bonifica – come vedremo, a differenza del curatore che (assumendo la propria legittimazione passiva) vi provvedesse direttamente – dovrebbe (come tutti gli altri creditori del fallito) necessariamente spiegare, in ordine al credito restitutorio (per le somme anticipate per gli interventi), domanda di insinuazione al passivo (cfr. art. 93 l. fall.), chiedendo l'accertamento giudiziale (innanzi al Giudice delegato) di tale diritto; tale accertamento dovrebbe realizzarsi, pertanto, nel concorso con gli altri creditori – seppure il pagamento seguirebbe in "anteparte" (cioè, prima e al di fuori del riparto), in ragione del regime della prededucibilità (cfr. art. 111 l. fall.) – dovendo, peraltro, tale creditore limitare la propria pretesa al valore di mercato del sito, su cui tali spese gravano come «onere reale» (cfr. art. 253, comma 4, TUA).

Il curatore, ove si assumesse – secondo la prospettazione della decisione in commento – la propria legittimazione passiva, dovrebbe, invece, senz'altro fare fronte a tali interventi, impiegando (e drenando) direttamente risorse dell'attivo, così "integralmente" (e non *intra vires*, come previsto dalla stessa normativa ambientale) sottratte ai creditori, (in questo caso) al di fuori delle forme processuali dell'accertamento endofallimentare dei crediti e (soprattutto) delle regole del concorso; e ciò senza considerare che risulterebbe incerta, in questo caso, la stessa qualifica in termini di prededucibilità: a differenza del credito restitutorio a favore della pubblica amministrazione, che si costituisce dopo l'apertura del fallimento, a seguito dell'anticipazione, da parte della stessa, delle somme erogate per gli interventi eseguiti in sostituzione dell'obbligato, la (pretesa) responsabilità del curatore troverebbe, infatti, la sua fonte (direttamente) nell'illecito ambientale, senz'altro precedente, per gli effetti di cui all'art. 111-*bis* l. fall., all'apertura della procedura fallimentare, con conseguente esclusione del regime della prededuzione, della quale, *de facto*, l'ente pubblico si avvantaggerebbe ingiustamente.

Ma la sentenza non sembra cogliere nel segno, neanche laddove argomenta in ordine alla questione dell'accertamento del nesso causale, quale elemento costitutivo dell'illecito civile, sulla scorta del criterio del "più probabile che non", nella misura in cui, alla luce del predetto canone assume non esservi dubbi sulla asserita «riconducibilità eziologica dell'inquinamento alla *condotta* della curatela», in ragione della natura del-

[57] Peraltro, come evidenziato da Cons. Stato, Ad. plen., n. 21/2013, cit., il richiamo alla categoria dell'onere reale piuttosto che a quella della obbligazione *propter rem* confermerebbe che, con la norma in questione, il legislatore abbia inteso porre l'accento non già sulla individuazione del soggetto tenuto ad eseguire la prestazione – come nel caso dell'istituto da ultimo citato, nell'ambito del quale il carattere della inerenza al fondo si ricollega a tale scopo – bensì sulla accentuata funzione di garanzia che ne discenderebbe, tale da consentire al creditore di ricavare forzatamente dal fondo il valore della prestazione dovuta: tale scelta, insomma, si spiega «ammettendo che il proprietario "incolpevole" non sia tenuto ad una prestazione di *facere* (di cui è gravato solo il responsabile), ma sia tenuto solo a garantire, nei limiti del valore del fondo, il pagamento delle spese sostenute dall'Amministrazione che abbia eseguito direttamente gli interventi di messa in sicurezza e di bonifica».



le sostanze inquinanti riscontrate sui siti in questione, rilasciate a seguito della specifica attività produttiva della società *in bonis*, e che costituiscono, pertanto, il risultato dell'attività medesima (cfr. punto 5).

Tale affermazione, frutto di un cortocircuito argomentativo, viene, infatti, letteralmente mutuata (decontestualizzandola) dall'impianto di Cons. Stato n. 5668/17, le cui conclusioni – estrapolate dal contesto – risultano, tuttavia, all'evidenza travisate, nella misura in cui in quella sede era stata, piuttosto, opportunamente acclarata – alla stregua del citato criterio causalistico – l'assenza, in capo alla curatela, di qualsivoglia (esclusiva o concorrente) responsabilità nella produzione del fenomeno inquinante [58].

Responsabilità che nel caso della sentenza in commento rinverrebbe il proprio fondamento, non già nella *condotta* assunta bensì nella *posizione* (di detentore) ricoperta dal curatore e, dunque, prescindendo dall'accertamento della sussistenza di un nesso causale – sul quale pure si ragiona – tra l'attività inquinante (illecita) e il danno constatato, in ciò annidandosi, come si è già avuto modo di dire, le criticità più significative dell'impostazione, da ultimo avallata dalla Plenaria, che sembra "avvitarsi" su alcune aporie, frutto, in definitiva, di una sorta di "ragion pratica" che sembra ispirare, di là dalla apparente motivazione ivi rassegnata, la decisione in commento, condizionandone e sviandone il costrutto, e che si coglie agevolmente sul piano della realtà esperienziale: l'incapacità finanziaria (se non politica) degli enti pubblici di far fronte alle esigenze ambientali [59].

6. – La soluzione cui perviene la decisione in commento sembra, come si è accennato, condizionata da una pregiudiziale ideologica, maturata nell'ambito delle politiche ambientali, legata alla cronica sofferenza finanziaria delle amministrazioni locali, le quali, a seguito dell'accertamento dell'insolvenza di importanti realtà produttive hanno ritenuto di poter rivolgere i provvedimenti previsti dalla normativa ambientale nei confronti del curatore fallimentare, assumendo una sua legittimazione al riguardo, allo scopo di costringerlo ad impiegare le risorse dell'attivo, apprese alla massa fallimentare, nei processi di bonifica dei siti inquinati, evitando che i relativi costi vengano scaricati (inevitabilmente attraverso la leva fiscale) sulla collettività "incolpevole".

Di là, infatti, dalle ragioni legate al possesso/detenzione da parte del curatore dei siti rispetto ai quali abbia operato il c.d. spossessamento fallimentare o alla "posizione" dallo stesso assunta, sulle quali pure si tenta di costruire un impianto argomentativo adeguato, tra le pieghe della decisione assume rilievo l'attività economica, della quale il fenomeno inquinante viene assunto come un'esternalità negativa, i cui costi (di ripristino) dovrebbero essere, quindi, sopportati dal (patrimonio del) soggetto che si è avvantaggiato di quell'attività, non avvedendosi che tale ragionamento, a prescindere dalla sua valenza meramente economicista, potrebbe valere, al più, per l'impresa *in bonis*.

---

[58] Il passo in commento suscita più di una perplessità, poiché sembra suggerire che, anche con la precedente pronuncia del 2017, il Consiglio di Stato avrebbe accertato la riconducibilità della contaminazione ad un comportamento – in ipotesi, evidentemente, di carattere omissivo, siccome discendente dalla mancata rimozione dei rifiuti – ascrivibile curatela fallimentare, laddove, viceversa, il passaggio menzionato (cfr. punto n. 2.6 della sentenza) era in realtà riferito alle contestazioni sollevate dagli ex amministratori della fallita in ordine alla pretesa riconducibilità del fenomeno inquinante all'attività di altre imprese operanti sul medesimo sito, ipotesi che – per l'appunto – era stata recisamente esclusa dai giudici.

[59] Non pare, infatti, del tutto ragionevole il "doppio binario" di responsabilità che si verrebbe a prospettare laddove si giunga a distinguere la posizione del terzo proprietario / detentore, a seconda che rivesta o meno (anche) la qualifica di curatore fallimentare, continuando ad escludersi, in tale ultimo caso, l'obbligo di porre in essere le misure di messa in sicurezza di emergenza e bonifica (v. nt. 18): e ciò, in particolare, pure sulla scorta dell'ampio spettro di sanzioni, anche di natura penale, previste dal TUA per il caso di inottemperanza ai provvedimenti dell'autorità amministrativa (cfr., in particolare, art. 255).



Qualora l'impresa collettiva non sia coinvolta in una procedura di liquidazione giudiziale, non v'è dubbio, infatti, che i provvedimenti (anche in via d'urgenza, oltre che quelli strutturali) previsti dalla normativa ambientale debbano rivolgersi, in persona del rappresentante organico, alla stessa società, la quale è obbligata a darvi corso, rispondendone con il suo patrimonio, sul quale si "proiettano", dunque, gli effetti dell'illecito medesimo; ma – si badi bene – fatta salva l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, responsabili delle scelte gestorie, che, come è noto, può essere instaurata, oltre che dalla società danneggiata (dalle conseguenze economiche dell'illecito ambientale realizzato dai suoi amministratori), anche dai creditori sociali, i quali potranno, dal canto loro, fare valere (come titolo risarcitorio) l'eventuale insufficienza del patrimonio sociale a soddisfare le loro ragioni (cfr. art. 2394 cod. civ.) [60].

Il risarcimento, al quale sono tenuti gli amministratori, refluisce, in ogni caso, sia che si tratti dell'azione sociale, che di quella esercitata dai creditori, nel patrimonio sociale, e deve essere liquidato nella misura dei costi di riparazione e ripristino ambientale sopportati dalla società, per questo verso danneggiata dall'illecito (ambientale) realizzato dai suoi amministratori, che devono, pertanto, (oltre che penalmente, anche civilmente) risponderne (in solido con gli organi di controllo), e sui quali, in definitiva, quei costi devono ricadere, potendo considerarsi la società alla stregua di quella categoria del diritto ambientale degli «*interessati non responsabili*» dell'illecito ambientale (cfr. art. 245, comma 1).

Per questa via, attraverso il meccanismo risarcitorio, che si innesca a seguito dell'esercizio dell'azione di responsabilità per *mala gestio*, si realizza – a ben vedere – quel necessario (ri)allineamento dei due termini binomi: illecito/responsabilità patrimoniale, ripristinando il senso ordinativo di una correlazione (*Schuld und Haftung*) – che ha radici profondissime nel sistema della responsabilità civile (fin dalla *lex Poetelia Papiria*) – messo in crisi, in età moderna, dalla teorica della soggettività e, segnatamente, dai modelli di gestione degli enti collettivi del libro V, e che inevitabilmente si complica a seguito delle vicende legate all'insolvenza ed al conseguente subentro del curatore agli amministratori nella gestione del patrimonio della società fallita.

L'insolvenza sopravvenuta del debitore, nella specie un'impresa collettiva, in ragione degli interessi dei terzi creditori che coinvolge, e dell'esigenza di protezione dei medesimi, che passa, innanzitutto, dalla preservazione e/o ricostituzione, attraverso le cc.dd. azioni recuperatorie (o di massa) della garanzia patrimoniale – nella specie costituita dal patrimonio della società – richiama, dunque, uno statuto normativo marcatamente differenziato, improntato al trattamento paritario del ceto creditorio – fatte salve le legittime cause di prelazione, e gli eventuali privilegi processuali agli stessi spettanti (compreso il regime della prededuzione) – realizzabile solo nel rispetto della regola dell'accertamento concorsuale dei crediti.

Consegue che, il recepimento delle istanze di cui si fa carico la normativa ambientale, non potrebbe tradursi in un incondizionato sacrificio di quelle di cui si fa portatrice la disciplina dell'insolvenza, sempre più coinvolta, peraltro, nei processi normativi di rafforzamento della struttura concorrenziale del mercato, dovendo, piuttosto, procedersi ad un'interpretazione sistematica della disciplina delle procedure di intervento ambientale, che tenga conto del contesto normativo nel quale le stesse devono trovare svolgimento, nella specie costituito dalla disciplina della crisi d'impresa, selezionando, tra i diversi significati possibili della *regula iuris*, quello assiologicamente più coerente alle specificità di quel sottosistema dell'ordinamento.

E ciò, innanzitutto escludendo il curatore dai soggetti legittimati passivi rispetto alle ordinanze di bonifica

[60] Come è noto, la liquidazione del danno, nel caso dell'azione sociale di responsabilità per *mala gestio*, procede tenendo conto della lesione della partecipazione sociale, finendo per coincidere con la differenza di valore della (partecipazione) stessa, assunta prima e dopo l'illecito, mentre nel caso dell'azione dei creditori sociali procede tenendo conto dell'insufficienza del patrimonio sociale a garantire i creditori ed il risarcimento è, dunque, pari alla differente minore percentuale di soddisfazione, assunta prima e dopo l'illecito.



e ripristino dei siti interessati, con la conseguenza che le amministrazioni pubbliche potranno solo intervenire in "sostituzione" della società fallita, ai sensi degli artt. 250 e 252, comma 5, TUA, anticipando i costi di bonifica e ripristino; il credito restitutorio così maturato, con il rango privilegiato che spetta, in forza del richiamo all'art. 2748, comma 2 cod. civ., potrà, quindi, essere fatto valere, dalle stesse amministrazioni, esclusivamente nell'ambito (e nel rispetto) della procedura giudiziale di accertamento endoconcorsuale, le quali (amministrazioni) potranno, altresì, avvalersi del vincolo reale sul sito inquinato conseguente alla trascrizione, sul medesimo, dell'onere, dovendo, tuttavia, limitare la pretesa restitutoria al valore di tale cespite (cfr. art. 253, comma 4 TUA).

E tale "limitazione" – che è tale anche agli effetti di cui all'art. 2740, comma 2 cod. civ. – si spiega, infatti, proprio in ragione della circostanza che il proprietario – nella specie la società insolvente, in persona del curatore – risulta "incolpevole", e non può, perciò, essere obbligato ad una prestazione di *facere*, alla quale può essere tenuto solo l'autore dell'illecito, ma solo a "garantire", nei limiti del valore dell'immobile (sul quale grava l'onere reale), il rimborso delle spese sostenute (ed anticipate dalla pubblica amministrazione) per gli interventi di messa in sicurezza e di bonifica.

Come per la società *in bonis*, resta impregiudicata, anche nel caso di abbandono liberatorio del sito inquinato – che non potrebbe avere una rilevanza "meramente privatistica", come ritenuto nella decisione in commento – resta salva l'azione di responsabilità per *mala gestio* nei confronti degli ex amministratori (e organi di controllo) della società fallita, che nelle procedure concorsuali può essere esercitata dallo stesso curatore, e che riassume le caratteristiche dell'azione sociale e di quella dei creditori (cfr. art. 2394-*bis* cod. civ.), refluendo il risarcimento a tale titolo ottenuto nella "massa attiva", a disposizione, dunque, dei creditori concorsuali, a compensazione della riduzione della garanzia patrimoniale determinata dall'illecito gestorio (*id est*: dalle conseguenze restitutorie dell'illecito ambientale).

Anche in questo caso, piuttosto che sui creditori sociali (o sulla stessa società), le conseguenze dell'illecito gestorio, nella specie la sopportazione dei costi di bonifica e ripristino ambientale anticipati dalla p.a. (e ammessi al passivo), ricadranno sugli ex amministratori, per gli effetti di cui agli artt. 2394 e ss. cod. civ., con una perfetta circolarità che blinda la tenuta del sistema, secondo canoni di coerenza e compatibilità, al contempo assicurando ai creditori della fallita la tutela dei loro interessi, alla stregua di precisi indici normativi sintomatici della specifica rilevanza che – come si è visto – gli stessi assumono all'interno della platea dei soggetti coinvolti dal fenomeno della contaminazione di siti appresi alla massa attiva di un fallimento, e che la sentenza in commento sembra non considerare.

Tale soluzione interpretativa, che sembra, peraltro, trovare solidi agganci nella stessa normativa di settore – in particolare nelle procedure di "intervento sostitutivo" dalla stessa delineate – avrebbe il pregio, in definitiva, di coniugare le esigenze ambientali con quelle della gestione dell'insolvenza, affidate alla disciplina fallimentare (adesso contenuta nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, adottato con il d.lgs. n. 14/2019, entrato in vigore il 15 luglio u.s.), ove sono previsti specifici meccanismi di risoluzione dei conflitti inter-soggettivi, innescati dall'instaurazione di una procedura di liquidazione giudiziale di un patrimonio già destinato all'esercizio di un'attività economica, le cui regole risultano improntate alla salvaguardia del corretto svolgimento delle relazioni di mercato "al tempo della crisi d'impresa", e ad una certa nozione di ordine pubblico economico, la cui affermazione passa, necessariamente, attraverso specifiche forme modali di tutela del ceto creditorio del debitore insolvente, all'evidenza disattese dalla decisione in commento.

JUS CIVILE



CORTE DI GIUSTIZIA UE, SEZ. I, 18 NOVEMBRE 2020, C-519/19

L'articolo 25 del regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che una clausola attributiva di competenza, inserita in un contratto di trasporto concluso tra un passeggero e una compagnia aerea, non può essere opposta da quest'ultima a una società di recupero crediti alla quale il passeggero ha ceduto il suo credito, a meno che, ai sensi della normativa dello Stato i cui giudici sono designati in tale clausola, detta società sia subentrata al contraente iniziale in tutti i suoi diritti e obblighi, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.
Se del caso, una tale clausola, inserita in un contratto concluso tra un consumatore, vale a dire il passeggero aereo, e un professionista, ovvero la compagnia aerea, senza essere stata oggetto di negoziato individuale e che attribuisce una competenza esclusiva al giudice nel cui foro si trova la sede del professionista, deve essere considerata abusiva, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

VALERIA CONFORTINI

Ricercatrice di Diritto privato – Università di Napoli L'Orientale

CESSIONE DEL CREDITO E NULLITÀ DI PROTEZIONE (SULLA CIRCOLAZIONE DEGLI STATUTI ASIMMETRICI) *

SOMMARIO: *1. Aree di rilevanza e portata esemplare della sentenza Ryanair c. Delayfix. – 2. Il caso e le questioni pregiudiziali. – 3. Clausole di scelta del foro e vicende circolatorie. – 4. (*Segue*). Una precisazione sul caso Refcomp. – 5. Legittimazione del professionista cessionario a far valere le clausole abusive. – 6. (*Segue*). Note minime sulla circolazione degli statuti asimmetrici.*

1. – Può l'acquirente *professionista* di un credito *del consumatore* (*rectius* che trova titolo in un contratto da questi stipulato) eccepire la nullità di una clausola abusiva ai sensi della dir. 93/13/CEE?

Laboratorio elettivo e punto di partenza di un discorso che, in questa sede per tratti essenziali e problematici, voglia affrontare la circolazione degli 'statuti asimmetrici', è la sentenza della Corte europea di Giustizia nel caso *Ryanair DAC c. Delayfix* [1].

* Saggio sottoposto a referaggio. Il testo rielabora la relazione svolta per l'*Osservatorio sul diritto privato delle Corti Europee* il 27 maggio 2021.

[1] Corte eur. giust. 18 novembre 2020, causa C-519/19, in *Dejure.it*, in *Curia.eu,* su cui v. i commenti di S. PAGLIANTINI, *Il con-*



Le questioni affrontate dalla Corte si pongono su due livelli: il primo, *ristretto* alle clausole di deroga della competenza giurisdizionale (art. 25 reg. 2012/1215/UE), di cui occorre stabilire regime di validità e opponibilità nel caso di modifiche soggettive del rapporto obbligatorio o contrattuale al quale si riferiscono; il secondo, *esteso* all'applicabilità della direttiva sulle clausole abusive (dir. 93/13/CEE) alle vicende circolatorie della posizione creditoria o contrattuale, quando quest'ultima cessi di essere di titolarità del consumatore, *qualifica-presupposto* della disciplina 'di protezione', per rannodarsi a un soggetto, il cessionario professionista, che di tale qualifica è privo.

Mentre sulla vincolatività delle clausole di deroga del foro la Corte si muove in un solco già tracciato (senza che ciò significhi anche condivisibile), assai meno battuto è il terreno della rilevabilità delle nullità 'di protezione' nel caso di circolazione del rapporto [2], rispetto al quale la sentenza ha una rilevante portata sistematica. Nelle brevi riflessioni che seguono, si proporrà di indagare entrambe le questioni muovendo dai concetti di *fonte immateriale* e *statuto giuridico* [3], oltreché interrogando le *rationes* che presiedono, rispettivamente, alla disciplina delle vicende circolatorie delle situazioni giuridiche [4] e delle tutele consumeristiche [5], con l'idea che il regime di circolazione delle tutele negoziali 'di protezione' possa dipendere anche dal fondamento e dalla funzione che ad esse si ascriva.

2. – Il caso vede la compagnia aerea *Ryanair* contrapposta ad una società di recupero crediti polacca, cessionaria del credito risarcitorio vantato da un passeggero per la cancellazione di un volo (*ex* reg. CE 2004/261). Convenuta in Polonia, Ryanair eccepisce l'incompetenza del giudice polacco in base a una clausola delle condizioni generali di contratto che radica nella giurisdizione irlandese la competenza esclusiva per le controversie relative al contratto di trasporto.

Il Tribunale circondariale di Varsavia rigetta l'eccezione di incompetenza, rilevando l'abusività della clausola di deroga del foro ai sensi della direttiva 93/13/CEE; e, comunque, l'inopponibilità della clausola sulla competenza giurisdizionale al cessionario *del credito* [6]. Nell'impugnare la sentenza del Tribunale di

---

sumatore "frastagliato", Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie, Pisa, 2021, 50 ss.; maggiore l'interesse suscitato dalla sentenza nella dottrina straniera: cfr. A.M. RUIZ MARTÍN, *Validity of Choice of Court Agreements, Abusive Terms in Air Carriage Contracts, Assignments and Compensation, Is there a Room for Anyone Else? (Comments on CJEU Judgement Delayfix, C-519/19)*, in *Cuad. Der. Trans.,* 2021, 882 ss.; M.J. MÜLLER, *Gedanken zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Ryanair/DelayFix,* in *RRa*, 2021, 108 ss.; F. RIELÄNDER, *Missbrauchskontrolle und Drittwirkung von Gerichtsvereinbarungen bei der Rechtsnachfolge nach der EuGVOO,* in *EuZW*, 2021, 391 ss.; A. STAUDINGER, *Unwirksame Gerichtsstandsklauseln in Flugverträgen,* in *NZV*, 2021, 36 ss.; A. STAUDINGER, P. SCHRÖDER, *Die Entwicklung des Reiserechts im zweiten Halbjahr 2020,* in *NJW,* 2021, 903.; K. TONNER, *Unzulässige Rechtswahlklausel im Luftbeförderungsvertrag,* in *VuR*, 2021, 263 ss.; R. WAGNER, *Aktuelle Entwicklungen in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen*, in *NJW,* 2021, 1926 ss.

[2] Ma sin d'ora va ricordato lo studio di S. PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato",* cit., 33 ss.

[3] Impiegheremo entrambe le espressioni nel senso proprio della concettuologia di M. ORLANDI, *Del significare,* in *Del significare, Saggi sulla interpretazione giuridica,* Torino, 2020, 7; ID., *Introduzione alla logica giuridica,* Bologna, 2021, 54-55, quanto alla fonte immateriale come sinonimo di titolo o schema di condotte future (su cui *infra,* nt. 21); e, quanto allo statuto giuridico come «fascio di effetti essenziali», ID., *Responsabilità precontrattuale,* in *Enc. dir., Tematici, Contratto,* diretto da G. D'Amico, Milano, I-2021, 1020 s.; ID., *Introduzione alla logica giuridica,* cit., 167 ss. (cfr. *infra,* nt. 22).

[4] *Infra,* § 3.

[5] *Infra,* § 6.

[6] Gioverà sin d'ora segnalare che la disposizione presa a riferimento dal giudice polacco è l'art. 509 del codice civile (*Kodeks cywilny*), secondo cui: «1. Il creditore può trasferire il credito ad un terzo (cessione), senza il consenso del debitore, a meno che ciò non sia contrario alla legge, ad una clausola contrattuale o alla natura della obbligazione. 2. Unitamente al credito, all'acquirente vengono trasferiti tutti i diritti ad esso connessi».



prime cure, Ryanair eccepisce che il ricorrente, poiché è un professionista, non può far valere la tutela giurisdizionale prevista per i contratti con i consumatori.

Si giunge così al rinvio pregiudiziale da parte del giudice d'appello, che chiede alla Corte di Giustizia di stabilire se le clausole contrattuali abusive derivanti dall'accordo attributivo di competenza possano farsi valere anche dall'acquirente finale di un credito acquisito per cessione da un consumatore, «il quale acquirente, tuttavia, non abbia esso stesso lo *status* di consumatore» [7]. Secondo la Corte, tale questione presuppone che si sia data risposta positiva a quella, preliminare, dell'astratta opponibilità della clausola sulla deroga del foro al cessionario, *in quanto compresa negli effetti della vicenda circolatoria* [8]. Seguendo questo ordine logico, scenderemo in primo luogo all'analisi dell'efficacia soggettiva delle clausole attributive della competenza ai sensi dell'art. 25 reg. 2012/1215/UE per poi muovere al regime delle invalidità 'di protezione' nel caso di circolazione del rapporto.

3. – Sulle condizioni di vincolatività dell'accordo attributivo della competenza, la Corte richiama alcuni suoi precedenti e consolida un orientamento che, nella sua applicazione *indifferenziata,* si espone a plurimi motivi di censura [9].

Punto d'avvio è l'art. 25 reg. 1215/2012/UE, secondo cui «quando le parti (...) hanno convenuto la competenza di un'autorità o di autorità giurisdizionali di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza spetta alle autorità giurisdizionali di questo Stato membro, salvo che l'accordo sia nullo dal punto di vista della validità sostanziale secondo la legge di tale Stato membro. Detta competenza è esclusiva salvo diverso accordo delle parti» (par. 1). Al secondo paragrafo, la previsione espressa dei requisiti formali dell'accordo [10].

Questa disposizione, secondo la Corte, significa che la clausola attributiva della competenza deve essere stata «effettivamente oggetto di accordo tra le parti, il quale deve manifestarsi in modo chiaro e preciso»; e che le formalità richieste hanno la «funzione di garantire che il consenso sia effettivamente accertato» (§

---

[7] E precisamente: «Se l'articolo 2, lettera b), l'articolo 3, paragrafi 1 e 2 nonché l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 (...) e l'articolo 25 del regolamento [1215/2012] – nell'ambito della valutazione circa la validità di una clausola attributiva di competenza – debbano essere interpretati nel senso che la mancata pattuizione individuale delle condizioni contrattuali, e le clausole contrattuali abusive derivanti dall'accordo attributivo di competenza, possano essere invocati anche dall'acquirente finale di un credito acquisito per cessione da un consumatore, il quale acquirente, tuttavia, non abbia esso stesso lo *status* di consumatore».

[8] Cfr. Corte eur. giust., 18 novembre 2020, cit., §§ 35-37.

[9] Il *leading case* è *Refcomp*, Corte eur. giust., 7 febbraio 2013, C-543/10, dove si controverteva dell'opponibilità della clausola attributiva della competenza, pattuita nel contratto stipulato tra il produttore di un bene e l'acquirente del medesimo, al subacquirente finale che agisse per far valere la responsabilità del produttore. A partire da questo caso – che, come si vedrà *infra,* § 4, non riguarda né un'ipotesi di modifica soggettiva del rapporto, né una di rapporto soggettivamente complesso – il principio si è andato consolidando in Corte eur. giust. 21 maggio 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide*, C-352/13, pt. 64-65, in tema di cessione di crediti risarcitori per intese lesive della concorrenza; Corte eur. giust. 9 novembre 2000, *Coreck*, C-387/98, pt. 27, in materia di polizze di carico; Corte eur. giust. 28 giugno 2017, *Leventis* e *Vafeias*, C-436/2017, pt. 34, 35, in tema di invocabilità della clausola da parte del responsabile in solido con il debitore che la ha pattuita; *in obiter* anche Corte eur. giust. 8 marzo 2018, C-64/17, *Saey Home & Garden*, pt. 25, tutte in *Curia.eu.*

[10] E in particolare: «L'accordo attributivo di competenza deve essere: a) concluso o provato per iscritto; b) in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro; o c) nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale ambito, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel settore commerciale considerato». *Per incidens* ricordiamo che, nel caso di specie, l'applicabilità dell'art. 25 non è preclusa dalle norme del regolamento inerenti al foro del consumatore, trattandosi di controversia relativa a contratti di trasporto che non prevedono prestazioni aggiuntive (perciò escluse dalla disciplina speciale *ex* art. 17, n. 3, reg. 2012/1215/CE).



41) [11]. Di qui il corollario: *in linea di principio*, la clausola attributiva della competenza non vincola il cessionario del credito, al pari di ogni altro terzo (rispetto all'accordo originario), a meno che questi non sia *subentrato* nei diritti e negli obblighi della parte originaria (§ 46).

Se tale subentro completo si dia, dipende dal diritto nazionale applicabile al merito (§ 47). Nell'ordinamento italiano, ciò implicherebbe di restringere l'opponibilità della clausola sul foro al solo cessionario *del contratto* (art. 1409 ss. c.c.) [12], poiché la *parzialità* della vicenda circolatoria è l'*ubi consistam* della cessione del credito, trasferito privo della componente passiva ("*gli obblighi*" cui fa riferimento la Corte) [13]. Ciò a meno di non intendere il riferimento «*ai diritti e agli obblighi*» in modo generico, quale indice di subingresso nella posizione giuridica altrui, col rinvio al diritto nazionale per determinare l'estensione oggettiva della vicenda circolatoria [14]. Questa seconda interpretazione parrebbe ammessa dalla motivazione della sentenza (§§ 46, 47), dove si discorre genericamente di diritti e obblighi; ma risulta esclusa espressamente nel dispositivo, che menziona il subentro in «*tutti* i diritti e obblighi» della parte originaria quale condizione di opponibilità della clausola attributiva della competenza al terzo (rispetto all'accordo originario).

Così intesa, la decisione della Corte solleva perplessità, alimentate dalla rilettura dei suoi precedenti [15] e

---

[11] Sul carattere affatto peculiare del formalismo richiesto nelle clausole attributive di competenza (allora *ex* art. 17 Convenzione di Bruxelles), poiché frutto della necessità di tener conto della prassi di contrattazione informale e della conseguente necessità di combinare «due esigenze fra loro apparentemente contrastanti: da un lato, la rapidità della conclusione degli affari in tutte le ipotesi in cui non sussistono vincoli eteronomi di forma o contrarie valutazioni di opportunità delle stesse parti; dall'altro, la ricerca di strumenti che possano garantire un certo grado di sicurezza senza ostacolare la celerità della contrattazione e, quindi, l'immediata costituzione di un assetto vincolante tra le parti» v. F. ADDIS, *La conferma per iscritto della proroga verbale di competenza (art. 17 della convenzione di Bruxelles),* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1998, 831 ss., 843; e sulla loro vocazione esclusiva degli altri criteri di validità e opponibilità delle clausole sul foro S.M. CARBONE, *Autonomia privata e accordi sulla competenza*, in *Contr. impr.*, 2002, 285 ss.; ID., *La convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale,* in *Iustitia,* 2000, 528 ss.

[12] Analogamente per il diritto tedesco: così interpretano la portata applicativa della sentenza F. RIELÄNDER, *Missbrauchskontrolle und Drittwirkung von Gerichtsvereinbarungen bei der Rechtsnachfolge nach der EuGVOO,* cit., 393, per il quale la via dell'inopponibilità della clausola al cessionario del credito sarebbe inevitabile, fermi i seri dubbi in ordine alla correttezza di tale esito, sia sotto il profilo dogmatico sia avuto riguardo agli effetti che tale orientamento avrebbe sulle scelte negoziali, destinate a volgersi fuori dalle giurisdizioni europee (394 ss., 398); analoga critica in M. LEHMANN, *CJEU Significantly Weakens Jurisdiction Clauses in Case of Assignment,* www.eapil.org/2020/11/30/cjeu-significantly-weakens-jurisdiction-clauses-in-case-of-assignment/; R. WAGNER, *Aktuelle Entwicklungen in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen*, cit., 1931; col diverso argomento dell'autonomia delle clausole attributive della competenza, ne esclude l'opponibilità al cessionario del credito A. STAUDINGER, *Unwirksame Gerichtsstandsklauseln in Flugverträgen,* cit., 41; cfr. A. STAUDINGER, P. SCHRÖDER, *Die Entwicklung des Reiserechts im zweiten Halbjahr 2020,* cit., 903.

[13] E infatti Trib. Pisa, 3 gennaio 2022, n. 2, in *Dejure.it*, esclude la vincolatività della clausola sul foro nei confronti del cessionario del credito, in un caso (a quanto risulta, il primo in Italia) coincidente con quello deciso dalla Corte di giustizia: *i)* convenuta Ryanair per il risarcimento del danno da ritardo nel volo; *ii)* controversa l'opponibilità della clausola sul foro irlandese al professionista-cessionario del credito. In linea generale, la parzialità della vicenda circolatoria del credito si apprezza, fra l'altro, nella limitazione dei poteri trasferiti al cessionario, dai quali parrebbe corretto escludere quelli inerenti al rapporto di corrispettività fra le prestazioni del contratto originario (es. azione di risoluzione per inadempimento: R. CICALA, *Cessione del contratto,* in *Enc. dir.,* 1960, VI, 884 s.; *amplius* ID., *Il negozio di cessione del contratto,* Napoli, 1962, 61 ss.; P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti,* [1982], rist. an. Napoli, 2010, 152 ss.); cfr. V. PANUCCIO, *Cessione dei crediti,* in *Enc. dir.,* Milano, 1960, VI, 849 ss., che riduce il novero dei poteri del cessionario del credito ai soli strumentali al conseguimento diretto dell'utilità promessa (azioni esecutive e conservative). Sul punto v. *infra,* nt. 21.

[14] Su questa linea parrebbe muovere v. M.J. MÜLLER, *Gedanken zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Ryanair/DelayFix,* cit., 109; non reputa problematico affermare che nel diritto tedesco il requisito richiesto dalla Corte sia senz'altro integrato nel caso di cessione del credito K. TONNER, *Unzulässige Rechtswahlklausel im Luftbeförderungsvertrag,* cit., 265. Per le opinioni contrarie v. *supra,* nt. 12.

[15] Oltre a quelli citati *infra*, nt. 17, lo stesso *leading case Refcomp* richiamato dalla Corte a fondamento della sua *ratio decidendi,* su cui *infra,* § 4.



dagli argomenti che la nostra Cassazione da quest'ultimi trae per affermare l'opponibilità della convenzione sulla proroga della competenza al cessionario del credito [16].

Posto che lo scarto fra parti dell'accordo originario e parti della causa accomuna le vicende circolatorie del credito a quelle della posizione contrattuale, l'elemento decisivo per stabilire dell'opponibilità delle clausole sulla proroga della competenza non starebbe tanto nella *parzialità* o nella *totalità* della disciplina giuridica trasferita, ma *nell'identità* fra il diritto fatto valere dall'attore e quello vantato dal proprio dante causa in rapporto all'obbligazione assunta dal convenuto; sicché «il soggetto che succede nel diritto dedotto in giudizio non può avere nei confronti del convenuto, che aveva liberamente assunto un obbligo, una diversa e più "forte" posizione rispetto a quella del suo dante causa» [17].

Alla base di questa decisione, due (connessi) princìpi: quello di *prevedibilità*, per cui il debitore deve poter prevedere *nel momento in cui assume l'obbligazione* di fronte a quale giudice potrà essere chiamato a rispondere del suo inadempimento [18]; quello di *indifferenza*, violato se il debitore ceduto non potesse valersi della clausola sulla determinazione convenzionale del foro, giacché ciò equivarrebbe ad una modifica unilaterale della sua posizione giuridica e a una soluzione di continuità col principio di intangibilità *ex uno latere* dell'altrui sfera giuridica a fondamento della cessione del credito [19]. La quale prescinde dal consenso del debitore ceduto (solo) perché la posizione giuridica circola *sotto l'esclusivo profilo della titolarità, i.e.* il termine di imputazione soggettiva di una disciplina altrimenti identica [20].

---

[16] Da ultimo da Cass. s.u. 7 aprile 2020, n. 7736, in *Pluris*; Cass., sez. un., 5 maggio 2006, n. 10312, in *Foro it.,* 2006, 12, I, 3388 ss., con nota di P. Porreca, *Forme della proroga di competenza e opponibilità della clausola al cessionario del credito*, sull'allora vigente art. 23 reg. 44/2001/CE, sostanzialmente identico all'attuale art. 25 reg. 1215/2012/UE.

[17] Cass. s.u. 5 maggio 2006, n. 10312, cit., § 7.2, 3397, richiamando Corte eur. giust. 27 gennaio 2000, causa C-8/98, *Dansommer*, in *Foro it.,* 2000, IV, 499, nn. 36-37, e sulla quale v. P. Lombardi, *Brevi note sulla più recente giurisprudenza comunitaria sulla convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Contr. impr. Europa,* 2000, 863 ss.; Corte eur. giust. 19 giugno 1984, causa C-71/83, *Tilly Russ*, in *Foro it.,* 1985, IV, 212, n. 25, in tema di polizza di carico; da ultimo, il principio è riaffermato in tema di cessione *pro soluto*, così per i rapporti fra cessionario-ceduto come per quelli fra quest'ultimo e il cedente, in Cass., sez. un., 7 aprile 2020, n. 7736, cit.

[18] Cass., sez. un., 5 maggio 2006, n. 10312 cit., n. 7.4, richiamando Corte eur. giust. 17 giugno 1992, causa C-26/91, *Handte*, n. 18-19.

[19] Sulla stessa linea M.J. Müller, *Gedanken zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Ryanair/DelayFix*, cit., 109; e in generale, per la cessione del credito V. Panuccio, *Cessione dei crediti*, cit., 868; A.A. Dolmetta, voce *Cessione dei crediti,* in *Dig. disc. priv.,* Torino, 1988, II, 322 ss.; S. Sotgia, *Cessione dei crediti e di altri diritti (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.,* Torino, 1959, 158; P. Perlingieri, *Cessione dei crediti,* cit., 154. Il principio di indifferenza, d'altronde, è *puramente normativo* e non deve intendersi in senso assoluto, ché la modifica soggettiva del titolare del credito implica alcuni effetti modificativi, e non solo economici (es. minor tolleranza del creditore), ma anche propriamente giuridici (es. luogo di adempimento dell'obbligazione pecuniaria *ex* art. 1182, comma 3, c.c.), i quali sono tuttavia *presi per irrilevanti* dalla scelta di politica normativa sul punto di equilibrio fra intangibilità *ex uno latere* dell'altrui sfera giuridica e libertà di disposizione: v. V. Mariconda, *Cessione del credito e clausola compromissoria: le inaccettabili conclusioni della Cassazione,* in *Corr. giur.,* 2003, 1590, che avverte di come si diano «effetti legali della cessione che, pur comportando modifiche per il debitore, non sono ostative al trasferimento del credito indipendentemente dal consenso del debitore», richiamando la critica all'assolutizzazione del principio di indifferenza di F. Festi, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 276 ss., 278, che intende la disciplina della cessione come punto di equilibrio normativo fra intangibilità *ex uno latere* dell'altrui sfera giuridica (art. 1372 c.c.) e modifiche strettamente funzionali alla circolazione del credito, sicché «dovendosi stabilire, nell'assenza di una specifica previsione, se, per effetto della cessione, un determinato aspetto della situazione giuridica del debitore debba rimanere immutato oppure venire alterato, si dovrà optare nel primo senso, salvo che la modifica non risulti funzionale a permettere quel livello di circolazione del credito voluto dal legislatore»; concludendo, quanto alla clausola compromissoria, che «poiché il venir meno della relazione derivante da una convenzione arbitrale non costituisce nell'ordinamento attuale – né ha mai costituito durante il corso della storia – uno strumento per permettere o facilitare la cessione del credito, si deve ritenere che il diritto del debitore di devolvere in arbitri l'eventuale lite relativa al credito rimanga intatto» (279).

[20] Per tutti v. P. Perlingieri, *Cessione dei crediti,* cit., 6-7, secondo il quale «l'identità si riferisce alla sostanza, titolo ed oggetto, del credito, sì da consentire che nel processo d'individuazione o d'identificazione, il credito si possa considerare *quello* appartenente



Potrà giovare soffermarsi su questo passaggio, che tornerà con riguardo al problema della 'circolazione' delle nullità di protezione. Nel ragionare della linea di demarcazione fra cessione *del credito* e cessione *del contratto* sarebbe un errore pensare a una netta cesura fra i due concetti: il credito non è altro che il *nome di una disciplina* ricavata dal titolo, dalla sua fonte: nel nostro caso, il contratto. Puramente figurativo è il rapporto di *derivazione* fra l'uno e l'altro, poiché a rigore il credito, al pari di ogni altra posizione giuridica, *non* tanto *deriva* da una fonte, ma *«*[*è*] *la propria fonte»* [21]. Ridotto il credito a medio linguistico evocativo di uno statuto giuridico [22], si coglie la co-essenzialità di fonte e disciplina oggetto della cessione, che muta nel solo termine di imputazione soggettiva [23]. Su questa linea, il principio di autonomia della clausola sulla compe-

---

al dante causa»; M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici,* Torino, 1999, 25. Avverte della natura *formale* e *normativa* dell'identità di cui si discorre in tutti i fenomeni successori R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 281, per cui «la successione rappresenta il risultato di una qualifica speciale che l'acquisto del successore assume e che importa una *certa* relazione fra la posizione giuridica dell'acquirente e quella dell'alienante o in generale del precedente titolare. Il risultato di questa qualifica è dato da una valutazione d'identità (formale) fra la situazione giuridica preesistente e quella formatasi in capo ad un nuovo titolare»; in un dibattito su cui cfr. almeno F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione,* [Padova, 1933], rist. an. Napoli 1981, 56-58; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale,* [1935], rist. an. Milano, 1978, 102 ss., 116 ss.; ID., *Acquisto del diritto,* in *Enc. dDir.,* I, Milano, 1958, 516 s.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* Torino, 1952, 24 ss., 27 s.; ID., *Teoria generale delle obbligazioni,* III-2, IV, *Vicende dell'obbligazione, Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione,* Milano, 1955, 17 ss.; L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*[3], Milano, 1975, 239.

[21] Nel segno tracciato da N. IRTI, *Sul concetto di titolarità (persona fisica e obbligo giuridico)* ora in *Norme e fatti, Saggi di teoria generale del diritto,* Milano, 1984, 65 ss.; ID., *Introduzione allo studio del diritto privato*[4]*,* Padova, 1990, 24; ID., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico,* in M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico*, cit., 14-15, M. ORLANDI, da ultimo in *Introduzione alla logica,* cit., 54: «si direbbe, a rigore, come l'obbligo – e così il diritto, e ogni altra situazione che si reputi rilevante – *sia la propria fonte,* e interamente si risolva nella propria disciplina, nelle concrete e singolari modalità del contegno *recate dalla fonte*» (corsivi originali); ID., *Torto e tipo,* in *Jus,* 2020, 184; ma già in ID., Pactum de non petendo *e inesigibilità,* Milano, 2000, 124 ss., 132; v. inoltre ID., *Del significare,* cit., 7, dove l'A. avverte come dietro la metafora della derivazione stia *l'itinerario logico della significazione*, cioè il percorso che porta l'interprete dalla percezione dei significanti (segni e simboli, ossia le fonti *materiali*) alla posizione dei significati (schemi ideali di condotte strette in rapporto di condizionalità Se/allora, titoli o fonti *immateriali*). Per quanto interessa in questa sede, dall'immedesimazione del credito nella sua fonte (immateriale) discende l'inaccettabilità di una soluzione che neghi *tout court* il trasferimento al cessionario delle azioni «*che attengono alla fonte* del credito: sia quelle generiche (nullità, annullamento, rescissione, risoluzione), sia quelle specifiche, relative ai singoli negozi e contratti» (così V. PANUCCIO, *Cessione dei crediti,* cit., 865). È appena il caso di segnalare che tale immedesimazione non equivale a semplicistica identificazione delle vicende traslative del credito con quelle inerenti alla posizione contrattuale: occorrerà, infatti, distinguere fra azioni inerenti alla validità del titolo e quelle volte allo scioglimento del vincolo per la rilevanza di un vizio funzionale del rapporto contrattuale originario*,* come avviene nel caso dell'azione di risoluzione per inadempimento, giacché questi poteri vengono acquistati dal (solo) cessionario del contratto quali forme di «attuazione della corrispettività» e in quanto egli «subentr[a] in rapporti obbligatori *corrispettivi,* cioè in crediti e debiti *sinallagmatici*» (corsivi originali): R. CICALA, *Cessione del contratto,* in *Enc. Dir.,* 1960, VI, 884 s. Al più ci si potrebbe spingere – ma con un notevole grado di discutibilità – a delineare *entro* la categoria delle invalidità, un regime diverso per quelle che tengono per rilevanti stati soggettivi o valutazioni di opportunità del soggetto tutelato, come parte della dottrina reputa accada per l'azione di annullamento (ma ciò indipendentemente dalla *estensione* della vicenda circolatoria, e non a caso tale limitazione è stata elaborata proprio in materia di cessione del contratto: cfr. *infra,* nt. 46 e Autori *ivi* citati, ai quali *adde,* sul regime delle azioni ed eccezioni di annullamento inerenti al negozio costitutivo del credito ceduto, secondo che a farle valere sia il cedente o il ceduto, L. MENGONI, *Gli acquisiti a non domino,* cit., p. 239-241; cfr. A.A. DOLMETTA, *Cessione dei crediti,* cit., 322 ss.).

[22] Nel senso di «combinazione condizionale o normativa; fascio di effetti essenziali, i quali connotano il fenomeno e ne configurano la rilevanza. *Breviter* si può dire che «statuto» è il nome di un nucleo di effetti (...) che consente di stabilire una costante tra l'apparire del fatto A e il darsi degli effetti b, d, c»: M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale,* cit., 1020 s. (ove anche la sua applicazione al concetto di obbligazione); ID., *Introduzione alla logica giuridica,* cit., 167 ss.

[23] N. IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico,* cit., 17: «Le posizioni di dovere e potere, trascrivendo contenuti di disciplina, sono, per così dire, "cariche" di tutte le norme o clausole, che le fanno quali sono. Clausole e norme, che sempre le accompagnano, e determinano la loro concreta e inconfondibile identità. La circolazione dell'obbligo o del diritto soggettivo non è *transito di cose* dall'uno all'altro titolare, ma *circolazione di contenuti di disciplina,* cioè di quelle norme o clausole idonee a lasciare il vecchio titolare e a investire il nuovo»; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 37; ID., *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., 22, dove l'affermazione, in termini generali, che negli acquisti a titolo derivativo (qual è la cessione del credito) «l'esistenza, la



tenza pare esaurire la sua portata precettiva nel prescrivere che l'accertamento in ordine alla sua validità si svolga indipendentemente da quello sul negozio alla quale accede [24]; mentre, quando osservata nella dinamica circolatoria del credito inteso come struttura normativa, essa fissa il luogo in cui (fra le altre) l'azione di adempimento, indubbiamente trasferita con la situazione creditoria [25], dovrà essere incardinata, contribuendo a costituire una *qualità* (Eigenschaft) *del credito* [26].

Altro spunto di riflessione viene dalla nostra giurisprudenza di legittimità, stavolta in tema di circolazione della clausola compromissoria, dove l'affermazione di una sorta di *regime asimmetrico di opponibilità*: del patto potrebbe valersi il debitore ceduto, che vedrebbe altrimenti incisa la propria sfera giuridica dalla decisione unilaterale dell'altro contraente, mentre lo stesso non potrebbe fare il cessionario, né del contratto né – e *a fortiori* – del credito: così per Cass., sez. un., n. 12616 del 17 dicembre 1998 [27]; nel cui solco la giurisprudenza pressoché costante [28]. Non è possibile svolgere compiutamente la critica di questa tesi [29] né dar conto delle ra-

misura (in estensione e in intensità) e le *modalità* del diritto acquistato debbono valutarsi alla stregua del diritto preesistente» (corsivo aggiunto). Su questa linea argomentativa spiegano l'operatività della clausola compromissoria nei rapporti fra debitore ceduto e cessionario – fattispecie assai prossima a quella che ci occupa – F. BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. priv.,* 1999, 17-18; V. MARICONDA, *Cessione del credito* cit., 1589 s. (e per confutare la tesi della rilevanza asimmetrica della cessione: *infra,* nel testo); R. CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria,* Torino, 1997, 83 ss.

[24] *Infra,* nt. 29.

[25] La include nella vicenda circolatoria anche il più restrittivo degli interpreti: V. PANUCCIO, *Cessione dei crediti,* cit., 864, in quanto essa è il mezzo per il conseguimento *diretto* dell'utilità promessa (cfr. *supra,* nt. 21 per la posizione dell'A. in ordine alle altre azioni inerenti alla fonte costitutiva del credito). Se poi l'azione debba considerarsi oggetto di un trasferimento autonomo rispetto alla posizione sostanziale alla quale si riferisce è questione che – fermo il grande interesse teorico che suscita – non è decisivo ai fini che ci occupano, per cui basti il rinvio alle profonde disamine di E. REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1955, 74 ss., spec. 81-82; *contra* W. BIGIAVI, *Note inutili sul c.d. trasferimento delle azioni civili,* in *Riv. dir. civ.,* 1965, I, 130 ss., spec. 137, 159; P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, cit., 148 ss.

[26] Con riguardo al caso *Delayfix c. Ryanair*, su questa linea R. GEIMER, *Schwindende Rechtssicherheit bei der Forumsplanung in der Europäischen Union,* in *RIW*, 2021, 263 secondo il quale la Corte avrebbe dovuto considerare «das vom Rechtsvorgänger gemäß Art. 25 EuGVVO wirksam gewählte Forum *als Eigenschaft der übertragenen Forderung bzw. des übertragenen sonstigen Rechts*» (corsivo originale). Da noi v. P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, cit., 216, nt. 7, avverte come le eccezioni fondate su una clausola negoziale derogatoria della competenza o su una clausola compromissoria «costituendo esse parti integranti del regolamento obbligatorio, dovranno, di regola, considerarsi parte integrante della situazione creditoria *intesa come situazione normativa, cioè complesso di poteri, di oneri, di diritti*» (corsivo aggiunto); la linea è quella additata ancora da N. IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico,* cit. 17: «la concreta conformazione del rapporto non si lascia ridurre al mero legame di dovere e diritto; essa involge tutta intera la disciplina, che non è *del* rapporto, ma è *il* rapporto»; cfr., in tema di clausola compromissoria, R. CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria,* cit., 88.

[27] In *Foro it.,* 1999, I, c. 2979.

[28] *Ex multis* Cass. 19 settembre 2003, n. 13893, in *Contr.,* 2004, 566, con nota di F. BORRELLO, *Clausola arbitrale e cessione del credito*; in *Corr. Giur.,* 2003, 1583 ss., con nota critica di V. MARICONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria* cit.; critico anche F. FESTI, *Cessione del credito e clausola compromissoria,* in *Riv. dir. civ.,* 2005, 241 ss.; Cass. 21 marzo 2007, n. 6809; Cass. 28 novembre 2011, n. 29261; entrambe in *Dejure*; e, nel raffronto con la cessione *ex lege* ai sensi dell'art. 2558 (*in obiter*), v. Cass. 28 marzo 2007, n. 7652, in *Contr.,* 2007, 1227, con nota di F. ROCCHIO, *Circolazione della clausola compromissoria e cessione d'azienda;* così pure nella giurisprudenza di merito, da ultimo Corte App. Venezia 6 ottobre 2021, n. 2514, tutte in *Dejure*. *Contra*, prima dell'intervento delle sezioni unite del '99, in tema di cessione del contratto Cass. 21 giugno 1996, n. 5761, in *Riv. arb.*, 1996, 699, con nota di F. CRISCUOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*; in tema di cessione del credito, Coll. Arb. 6 aprile 2001 (Pres. Mariconda), in *Riv. arb.*, 2001, 519 ss., con nota adesiva di L. SALVANESCHI, *La cessione del credito trasferisce al cessionario anche la clausola compromissoria che accede al credito stesso*.

[29] Per la quale si rinvia ai plurimi e autorevoli argomenti offerti dalla dottrina contraria al principio tralatizio dell'opponibilità asimmetrica. Convince, in primo luogo, il chiarimento in ordine al malinteso principio di autonomia della clausola compromissoria – sulla cui base Cass. 1 settembre 2004, n. 17531, in *Corr. giur.,* 2005, 1567, con nota contraria di V. MARICONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria: la Cassazione "evidentemente" si contraddice*, escluse anche il debitore ceduto dal novero dei legittimati a far valere il patto compromissorio – la cui portata va ristretta alla prescrizione che l'accertamento della validità della clausola si faccia indipendentemente da quello relativo al rapporto sostanziale (spec. F. BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compro-*



gioni che lasciano inclinare per la qualificazione anche della clausola compromissoria alla stregua di fonte conformativa della *qualità* del credito, da cui la naturale opponibilità bilaterale in caso di cessione [30]. Indugiarvi non gioverebbe in questa sede, dove preme, piuttosto, collocare la giurisprudenza della Corte di giustizia nel panorama giurisprudenziale europeo e nazionale; dal quale pare emergere come anche la giurisprudenza *più restrittiva* – che declina diversamente la soluzione secondo che si tratti della posizione del cessionario o del ceduto – riconosca l'esigenza di intangibilità eteronoma della propria sfera giuridica, tanto nella dimensione 'totale' della cessione del contratto, quanto in quella 'parziale' della cessione del credito.

4. – Come più sopra accennato, le perplessità sulla posizione assunta dalla Corte di Giustizia nel caso *Delayfix* trovano alimento nell'analisi della giurisprudenza da quest'ultima richiamata in tema di relatività degli effetti dell'accordo sulla competenza, divenuta la base di un principio che va facendosi tralatizio nonostante origini da un caso sostanzialmente diverso da quello che ci occupa e rischiando, così, di assimilare fattispecie diverse entro una medesima *ratio decidendi*. Il riferimento è alla sentenza *Refcomp* [31]. Si trattava di stabilire se il subacquirente finale di un prodotto difettoso, che agiva contro il produttore, potesse dirsi vincolato dalla clausola attributiva della competenza convenuta da quest'ultimo nel (diverso) contratto stipulato con il venditore intermediario [32]. Non si dava, qui, alcuna vicenda modificativa della titolarità di un rapporto obbligatorio o contrattuale, sicché pare corretto affermare la *terzietà* del subacquirente rispetto al contratto fra venditore intermediario e produttore – inteso sia come *atto* sia come *rapporto contrattuale*. D'altronde, quando ha escluso la riferibilità della fattispecie della serie di vendite alla giurisprudenza in tema di polizze di carico [33], il giudice europeo sembra aver voluto, piuttosto che limitare gli effetti della clausola alle sole vicende di successione *integrale* nella posizione contrattuale, rimarcare la non coincidenza fra vicende modificative della (sola) titolarità e altre vicende di acquisto a titolo derivativo [34].

---

missoria, cit., 9 ss., sulla scia di F. CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri,* in *Riv. dir. comm.,* 1921, II, 339 ss.; e N. IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato,* in *Riv. arb.,* 1994, 654, che chiarisce come «autonomia è, appunto, codesto isolamento normativo della clausola compromissoria»). Altrettanto efficace pare l'obiezione che trae fondamento dallo stesso principio di indifferenza: se quest'ultimo non tollera modifiche eteronome alla posizione del debitore ceduto, ciò dovrebbe valere tanto per le modifiche *in peius* quanto per quelle *in melius,* tanto più se si considera che il debitore ceduto si troverebbe, altrimenti, titolare della facoltà di sottrarsi comunque al giudizio, potendo sia eccepire l'incompetenza del giudice ordinario a favore degli arbitri sia declinare la competenza di quest'ultimi a favore del primo (così spec. Coll. Arb. 6 aprile 2001, cit., 522-524 e L. SALVANESCHI, *La cessione del credito*, cit., 527; F. FESTI, *La clausola compromissoria,* cit., 280; ID., *Cessione del credito e clausola compromissoria,* cit., 243 ss.).

[30] Cfr. P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti,* cit., 216. Inclina per annoverare la clausola compromissoria fra gli accessori del credito la giurisprudenza francese: v. M.-E. MATHIEU-BOUYSSOU, *La transmission de la clause compromissoire au cessionaire de la créance,* in *La Semaine Juridique – Edition générale,* 2003, Etude n°11-116.

[31] Corte eur. giust. 7 febbraio 2013, cit., richiamata nel caso *Delayfix* ai nn. 38-42 a sostegno del principio generale di relatività degli effetti della clausola di progroga della competenza.

[32] Per il connesso problema dell'esclusione del diritto del subacquirente nei confronti del produttore dalla «materia contrattuale» ai sensi dell'art. 5, pt. 1 della Convenzione di Bruxelles v. anche la sentenza *Handte* cit., spec. n. 16.

[33] Corte eur. giust. 7 febbraio 2013 cit., nn. 34-37.

[34] Su questa linea parrebbe doversi intendere il passaggio in cui la Corte afferma che «nel caso di una serie di contratti traslativi di proprietà il rapporto di successione tra l'acquirente iniziale e il subacquirente non si esamina nella trasmissione di un contratto unico, nonché del complesso dei diritti e delle obbligazioni che da esso derivano. In un'ipotesi siffatta le obbligazioni contrattuali delle parti possono variare da un contratto all'altro talché i diritti che il subacquirente può far valere nei confronti del proprio venditore immediato non necessariamente corrispondono alle obbligazioni che il produttore ha assunto nei suoi rapporti con il primo acquirente» (Corte eur. giust. 7 febbraio 2013 cit., n. 39).



Ciò autorizza a trarre l'*eterogeneità* della serie di vendite rispetto alle vicende propriamente circolatorie del credito o del contratto, così come alle ipotesi di opponibilità della clausola al debitore solidale, cui invece quel principio di diritto è stato progressivamente esteso [35]. A confortare questa ipotesi, l'assai più spiccata prossimità con la cessione del credito esibita (piuttosto che dalla vendita) dalla fattispecie della surrogazione, che la Corte di giustizia del caso *Dansommer* – valorizzato dalla nostra Cassazione [36] ma soppiantato nella giurisprudenza eurounitaria dal rinvio a *Refcomp* – ha giustamente reputato incapace di determinare modifiche del foro [37].

5. – Torniamo all'interrogativo con cui abbiamo aperto queste pagine: può il *professionista cessionario* eccepire l'invalidità della clausola sul foro perché abusiva ai sensi della dir. 93/13/CEE, nonostante egli *non sia a propria volta un consumatore*? La domanda presuppone risolto in senso positivo il quesito dell'astratta opponibilità dell'accordo sulla competenza [38], e schiude lo sguardo a due ulteriori problemi.

Il primo, ancora relativo alla fattispecie concreta delle deroghe convenzionali alla competenza giurisdizionale, è se la direttiva sulle clausole abusive sia applicabile a quest'ultime: la Corte di giustizia si limita ad affermare che la proroga della competenza soggiace al controllo di abusività quando abbia l'effetto di sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali da parte del consumatore (lett. *q)*, n. 1, all. dir. 93/13 e nostro art. 33, comma 2, lett. *u)* cod. cons.) e non sia stata oggetto di negoziato individuale; così, forse, mancando l'occasione di confutare espressamente la tesi che vuole le clausole attributive della competenza nei contratti di trasporto sottratte *tout court* all'area applicativa della direttiva sulle clausole abusive per effetto di una deroga della *lex specialis et posterior* recata dagli art. 17, comma 3, 19 e 25 reg. 1215/2012/UE [39].

Col secondo problema abbandoniamo l'area di rilevanza delle clausole di deroga del foro per approdare alla generale affermazione della legittimazione del cessionario professionista a far valere *qualunque* clausola abusiva, nonostante l'assenza della *qualifica-presupposto* costitutiva del criterio di imputazione della disciplina '*di protezione'*. Sotto questo profilo la sentenza è di grande interesse teorico e sistematico, poiché estende alle clausole abusive la regola, già affermata per la direttiva sui contratti di credito ai consumatori nel caso *Lexitor*, per cui la qualifica-presupposto per l'applicazione della norma va accertata con riguardo

---

[35] *Supra,* nt. 9.

[36] Cass., sez. un., 5 maggio 2006, n. 10312, cit., su cui *supra,* § 3.

[37] Si trattava di stabilire se la regola di competenza esclusiva prevista in materia di contratti d'affitto di immobili (art. 16, pt. 1, lett. *a)* Convenzione di Bruxelles) potesse applicarsi ad un'azione di risarcimento dei danni per cattiva manutenzione dell'immobile, anche quando intentata da un soggetto, diverso dal proprietario, surrogatosi nei diritti di quest'ultimo. Né la circostanza che si discorresse in questo caso di foro legale e non convenzionale (che probabilmente giustifica l'oblio della sentenza dalle citazioni della Corte sull'art. 25 reg. 2012/1215/UE) toglie rilievo dell'argomento alla base della legittimazione dell'attore: «basti a questo proposito rilevare che, attraverso la surroga, una persona si sostituisce ad altra perché sia consentito alla prima di esercitare i diritti appartenenti alla seconda, di modo che nella causa principale, la Dansommer non agisce in veste di operatore turistico professionale, ma come se fosse la proprietaria degli immobili di cui trattasi» (pt. 37). Sulla controversia in ordine alla riconducibilità di surrogazione e cessione entro i fenomeni successori cfr. S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale,* cit., 114-116; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 15 ss., 61 ss.; A.A. DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, cit., 286; e in sintesi A. GIANIOLA, *Surrogazione (pagamento per),* in *Dig. it. – sez. priv.,* 1999, 233 ss., anche per riferimenti bibliografici.

[38] *I.e.* se il cessionario possa dirsi subentrato in tutti i diritti e obblighi che facevano capo alla parte originaria, secondo un accertamento da condurre in base al diritto nazionale applicabile al merito: *supra,* § 3.

[39] Così spec. R. GEIMER, *Schwindende Rechtssicherheit*, cit., 263 e *ivi* nt. 24; *contra* K. TONNER, *Unzulässige Rechtsklausel*, cit., 267, che ribadisce la tesi della soggezione delle clausole di scelta del foro a un doppio criterio di validità (reg. 2012/1215/UE *e* dir. 93/13/CEE); cfr. A. STAUDINGER, *Unwirksame Gerichtsstandsklauseln*, cit., 40.



alle parti *del contratto originario* e non a quelle *della controversia giudiziaria* – né, sarebbe il caso di aggiungere, alle parti *del rapporto* (sostanziale) controverso [40].

Sul punto la posizione della Corte parrebbe da condividere, in larga misura per le medesime ragioni che fanno dubitare di quella assunta sull'astratta opponibilità della clausola sul foro al cessionario del credito. Proviamo ad argomentare tale affermazione.

6. – Il problema delle vicende circolatorie delle nullità di protezione evoca quello del c.d. professionista di riflesso, emerso e approfondito in tema di fideiussione [41]. Lì si tratta di stabilire se il garante-consumatore possa valersi delle tutele consumeristiche nonostante il debito principale sia stato contratto per scopi professionali, mentre qui la situazione parrebbe rovesciata, perché occorre accertare se il professionista-cessionario possa valersi delle tutele consumeristiche con riguardo a un contratto concluso dal consumatore fuori dall'esercizio della propria attività professionale. Entrambi i casi interrogano le condizioni di applicabilità di norme, *il cui dominio applicativo è determinato in base ad una certa qualità* (prima facie) *soggettiva*; ma la specularità non è perfetta, fra l'altro perché l'orizzonte concettuale della fideiussione consumeristica è una duplicità di rapporti obbligatori, dei quali l'uno ripete il proprio contenuto dall'altro [42], mentre qui si tratta di vicende modificative del lato attivo di un unico rapporto obbligatorio.

La domanda è sempre la stessa: come costruire lo statuto *del credito* (o del debito), ossia la sua disciplina? E in particolare: quale il *termine* soggettivo da prendere per rilevante, la parte *dell'atto* o quella titolare *del rapporto* al momento del sorgere della controversia? Abbiamo poc'anzi ricordato l'insegnamento per cui

---

[40] V. spec. n. 53. Quanto alla direttiva sul credito al consumo, il riferimento è a Corte eur. giust. 11 settembre 2019, *Lexitor*, C-383/18, pt. 20, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2020, 280, con nota di G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*; in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 639, con nota di A.A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione e "riduzione del costo totale del credito". Il caso della cessione del quinto*, dove la controversia sul diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito nel caso di rimborso anticipato ai sensi dell'art. 16 dir. 2008/48 (se in esso debbano intendersi inclusi anche i costi c.d. *upfront*) veniva fatta valere da alcune società di intermediazione finanziaria, cessionarie dei relativi crediti. La Corte ha chiarito che «le controversie di cui al procedimento principale vedano quali parti in causa unicamente dei professionisti non costituisce un ostacolo all'applicazione della direttiva 2008/48. Infatti (...) l'ambito di applicazione di questa direttiva non dipende *dall'identità delle parti della controversia* di cui trattasi, bensì dalla *qualità delle parti del contratto di credito*. Orbene, nel caso di specie, i crediti pecuniari che costituiscono l'oggetto delle controversie di cui al procedimento principale sono derivati da tre contratti di credito al consumo conclusi tra tre consumatori e le tre parti convenute nelle cause riunite nel procedimento principale, e sono stati ceduti alla parte ricorrente nelle tre controversie suddette dopo il rimborso anticipato dei contratti di credito al consumo in parola» (n. 20).

[41] Su cui, diversamente dal caso della cessione del credito, si va formando una cospicua letteratura, anche in ragione di alcuni importanti arresti giurisprudenziali (da ultimo Cass. 26 novembre 2021, n. 36988; Cass. 8 maggio 2020, n. 8862, entrambe in *Pluris*, nel segno di una progressiva apertura alla valutazione autonoma del profilo soggettivo del garante e in netta controtendenza rispetto all'originario orientamento di Cass. 11 novembre 2001, n. 314, in *Foro it.*, 2001, c. 1589; in Europa il *leading case* è *Dietzinger*, Corte eur. giust. 17 marzo 1998, causa C-45/96): cfr. almeno A.A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore,* in *dirittobancario.it,* 2014, 1 ss.; A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona,* Torino, 2017, 163 ss.; A. D'ALESSIO, *La tutela del consumatore nei contratti di garanzia personale,* in questa *Rivista,* 2017, spec. 321 ss.; L. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti economici complessi,* Torino, 2020, 84 ss.; S. PAGLIANTINI, *La fideiussione consumeristica: cronaca di un* misunderstanding *all'italiana*, in *NLCC,* 2021, 106 ss.; M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa,* Torino, 2021, 213 ss.; ID., *La tutela consumeristica del fideiussore: riflessioni a partire da una recente pronuncia della Corte di Giustizia,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, 1119; F. AZZARRI, *Spigolature intorno alla definizione di "consumatore",* in *Contr.,* 2021, 64 ss.).

[42] È noto come il problema del professionista 'di riflesso' ruoti intorno all'accessorietà del vincolo fideiussorio e alla potenziale *vis attractiva* della disciplina dettata per il rapporto obbligatorio principale: cfr. A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona,* cit., 165.



l'obbligazione non tanto *deriva* da una fonte, ma *«è la propria fonte»* [43]; e ribadito come la cessione sia vicenda modificativa del termine soggettivo di imputazione di una disciplina *altrimenti identica*. Si direbbe, a rigore, che tale identità coinvolga anche le eventuali cause di invalidità del titolo, ché la modifica soggettiva del titolare non sarebbe capace di rendere valida una fonte invalida, e viceversa [44]. Eppure, la *relatività* delle nullità di protezione del nuovo millennio incrina le certezze, a lungo solide e incontrastate, sulla natura *radicale* della nullità, assoluta e indifferente a vicende circolatorie della titolarità; poiché il nucleo della sua relatività è proprio *la rilevanza della qualità soggettiva del titolare di una certa posizione giuridica*, che la rende operante soltanto 'a vantaggio del consumatore' (art. 36, comma 3, cod. cons.) [45]. In astratto, quindi, non parrebbe da escludere la possibilità di applicare la disciplina 'di protezione' al solo caso in cui il soggetto che la invochi integri concretamente la qualifica soggettiva presupposta dalla norma attributiva della tutela.

In questa sede è possibile solo tracciare le linee essenziali di un discorso che dovrebbe confrontare la circolazione degli statuti asimmetrici con il regime generale delle eccezioni inerenti all'invalidità del titolo e dei poteri di impugnativa negoziale nelle vicende circolatorie, da taluno declinate diversamente quando assumano rilevanza valutazioni di opportunità rimesse al soggetto tutelato [46]. Constatiamo, in primo luogo, che il

---

[43] *Supra,* nt. 21.

[44] Cfr. S. PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato",* cit., 52 ss.

[45] Il dibattito sul significato attuale del sintagma '*di protezione*' – nel segno della concepibilità di uno statuto asimmetrico delle restituzioni conseguenti alla declaratoria di nullità – ha trovato nuova linfa nelle c.d. nullità 'selettive', con Cass. civ. s.u. 4 novembre 2019, n. 28314, in *Banca borsa tit. cred.,* 2020, 705, con nota di A. CANDIAN, *Nullità di protezione e selezione degli atti impugnati*; in *Corr. giur.*, 2020, 5, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*; in *Nuova giur. civ. comm.,* 2020, 154 ss., con nota di M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*; cui *adde* i saggi di S. PAGLIANTINI, *Un giro d'orizzonte sulle nullità di fine millennio*, in *Sulle nullità. Itinerari di uno studio,* Napoli, 2020, 17 ss.; A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività a vantaggio. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU. n. 28314/2019,* in *Riv. dir. banc.*, 2020, 89 ss.

Sul tema della nullità di protezione cfr. A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: «contratti del consumatore» e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 501 s.; ID., *Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 1179 s.; S. MONTICELLI, *Dall'inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (Note a margine dell'art. 1469 quinquies commi 1 e 3 c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 565 s.; ID., *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 685 s.; P.M. PUTTI, *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., vol. XVI, Torino, 1997, 703; A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv dir. civ.*, 1997, 425 e 432; ID., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, 200 ss.; ID., *Le «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77 ss; S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive,* in *Eur. dir. priv.*, 1998, 45 s.; L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e le nullità a tutela della parte debole del contratto*, in *Contr. impr./Europa*, 2002, 723 ss.; ID., *L'inefficacia delle clausole vessatorie e il codice del consumo*, in *Contr. impr.*, 2006, 662 ss.; ID., *La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale*, in *Contr. impr./Europa*, 2014, 100 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; ID., *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 931 s.; ID., *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 1019 ss.; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 489 ss., spec. 498 ss.; ID., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 459 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, 322 ss.; AA.VV., *Le forme della nullità*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2009, spec. G. D'AMICO, *Nullità virtuale, nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, ivi, 12 ss.; ID., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2015, 193 s.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010; I. PRISCO, *La nullità di protezione: indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012; A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012; S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012; ID., *Nuovi profili del diritto dei contratti*, Torino, 2014; ID., *Sulle nullità, Itinerari di uno studio*, cit., *passim*; R. ALESSI, *«Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1141 ss.; A. IULIANI, *La nullità di protezione tra sostanza e processo*, in *Ricerche di diritto europeo tra sostanza e processo*, a cura di S. PAGLIANTINI, Napoli, 2020, 209 s.

[46] Il riferimento è al dibattito che, nel panorama 'tradizionale' delle cause di invalidità, vede alcuni Autori costruire il novero di poteri trasferiti al cessionario del credito guardando «all'autonoma valutazione dell'interesse di cui è titolare il nuovo creditore»: P.



problema è appannaggio esclusivo dell'interprete: ne tace la direttiva 93/13/CEE, la quale pare considerare il contratto del consumatore nel solo orizzonte *statico* del rapporto. Quando si muova a osservarne la *dinamica* circolatoria, all'indagine strutturale occorre aggiungere quella funzionale, sulla *ratio* del regime c.d. '*di protezione*' [47]. Che parrebbe potersi ragionare nell'alternativa dell'inerenza della tutela (direttamente) *al soggetto*, bisognevole di particolare regime normativo di vantaggio e perciò titolare di una eccezione personale [48] o del potere di impugnare il titolo negoziale in ragione di una propria soggettiva valutazione [49]; oppure (per il medio del soggetto) *al credito*, inteso come obiettiva disciplina del regime di appartenenza di una certa utilità economica, definita in ragione della posizione assunta, nel mercato delle contrattazioni, dall'*atto* che la origina. Da tale istante la disciplina *del credito* s'immette nel traffico giuridico alla stregua di una *res,* destinata a circolare sotto l'esclusivo profilo della titolarità.

Con sintesi estrema, l'alternativa appena delineata potrebbe dirsi corrispondente ad una concezione *'soggettiva'* e ad una '*obiettiva'* della circolazione delle clausole abusive.

Per la prima, la tutela consumeristica inerirebbe alla qualità della parte che si trovi ad essere titolare della posizione giuridica nel momento in cui essa è concretamente richiesta, sicché rileverebbe la parte del rapporto controverso, o quella dell'attore nel giudizio (qualità della *parte processuale*). Questa via parrebbe additata, ad una prima lettura, nel caso *Schrems*, dove la Corte di Giustizia afferma che «poiché la disciplina particolare istituita dagli articoli 15 e seguenti del regolamento n. 44/2001 è ispirata dalla preoccupazione di proteggere il consumatore in quanto parte contraente considerata economicamente più debole e meno esperta, sul piano giuridico, della sua controparte, il consumatore è tutelato *solo allorché egli è personalmente coinvolto come attore o convenuto in giudizio*», escludendo la tutela per il caso del consumatore-cessionario di diritti di altri consumatori [50]. Ad una lettura più attenta, tuttavia, la sentenza non pare segnare alcuna discon-

---

PERLINGIERI, *Cessione dei crediti,* cit., 148 ss., che distingue fra azione di nullità e azioni di rescissione e annullamento, limitando la legittimazione del cessionario del credito alle prime, data l'assolutezza della legittimazione che assiste la nullità; mentre, sulle azioni di annullamento e rescissione, osserva come l'estraneità del cessionario al momento genetico del credito lo privi «di un interesse tutelato a ristabilire l'integrità patrimoniale violata per la mancanza di una sana e valida determinazione causale» (152); cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano,* 1966, 321 e *ivi* nt. 13, 638; segna questa via, in tema di cessione del contratto, R. CICALA, *Il negozio di cessione del contratto,* cit., 64 ss.; ID., *Cessione del contratto,* cit., 897, dove l'A. esclude che il cessionario del contratto acquisti il potere di annullamento e rescissione del titolo originario, entrambi fondati su una «svantaggiosità» la quale «riguardo al cessionario, non può avere alcuna rilevanza, dato che il cessionario subentra nel complesso dei preesistenti rapporti per effetto del negozio di cessione, a cui egli partecipa senza subire quella menomazione della sua personalità (libertà, spontaneità del volere ecc.) che invece subì il cedente». Ragionando su questa linea, anche il regime di rilevabilità della nullità di protezione da parte del cessionario (del credito come del contratto) potrebbe subire un trattamento diverso dalle altre cause di nullità, almeno se si ascrive al consumatore la facoltà di non valersi della causa di nullità, pure rilevata d'ufficio; così lasciando rivalutare l'assimilabilità, sotto il profilo circolatorio, di tale causa di invalidità alle cause di annullamento: sono spunti e ipotesi che si devono a A. IULIANI, *La nullità di protezione*, cit., *passim*; ID., *Note in tema di prescrizione,* in *Pers. merc.,* 2021, spec. 741 ss.

[47] Rileva come una certa timidezza nel discorrere di cessione nell'ambito delle tutele asimmetriche derivi proprio dal non aver scandagliato le *rationes* della disciplina consumeristica S. PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato",* cit., 62: «il nostro dibattito sconta il difetto di non aver ancora inventariato *tutte* le implicazioni sottese all'innesto, nel tessuto del diritto patrimoniale comune, di una disciplina unilateralmente protezionistica frutto, a sua volta, di un *a priori* tutto da dimostrare se riannodabile al presupposto che il consumatore sia *poziore* al professionista in quanto *contraente debole*». Sulle opposte *rationes* del diritto dei consumi, da sempre discusse nell'ambito della nozione di consumatore (c.d. teorie della competenza e dello scopo dell'atto di consumo) v. gli Autori citati *infra,* nt. 58.

[48] Da leggere la pagina di S. PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato",* cit., 51, dove anche gli opportuni riferimenti al dibattito francese.

[49] Cfr. *supra,* nt. 47, spec. A. IULIANI, *La nullità di protezione*, cit., *passim*; ID., *Note in tema di prescrizione,* cit., 741 ss.

[50] Corte eur. giust., 25 gennaio 2018, C-498/16 (corsivo aggiunto). Il caso è quello di un consumatore che agiva *anche* in qualità di cessionario dei diritti derivanti da contratti stipulati da altri consumatori col medesimo convenuto e, perciò, chiedeva di incardinare anche le controversie relative ai diritti dei cedenti nel medesimo (proprio) foro. La sentenza interessa sotto un diverso profilo di



tinuità rispetto a quella *Delayfix* e al principio per cui il regime dell'atto è quello fissato nel negozio costitutivo del credito. È vero che la disposizione richiamata nel caso di specie menzionava «*l'azione* del consumatore contro l'altra parte del contratto» (art. 16 reg. 44/2001, applicabile *ratione temporis*), così offrendo argomenti per un'interpretazione restrittiva della norma alle sole controversie in cui si desse coincidenza fra parti del giudizio e parti del contratto (§ 45). Ma la condivisibile conclusione per cui la cessione non fonda un nuovo foro specifico per il consumatore-cessionario (§ 48) non pare affatto fondarsi sulla necessaria *coincidenza*, nella generale applicazione delle tutele asimmetriche, fra parti *del contratto* e parti *del giudizio*. Al contrario, la sentenza *Schrems* applica il principio per cui il foro competente, nella causa intentata dal cessionario-consumatore, è quello del consumatore-cedente; e la sola circostanza che il credito sia ceduto *a un altro consumatore* non rende quello di quest'ultimo il foro dove intentare la causa per i diritti ceduti proprio perché il luogo dove azionare il credito ceduto *è attributo di quest'ultimo* e perciò *resta immutato dalla vicenda circolatoria* [51]. L'argomento dell'inerenza della tutela consumeristica alla persona dell'attore rischia di fuorviare il lettore dal circuito di coerenza che presiede alle vicende circolatorie del credito, per cui il cessionario diviene il riferimento soggettivo della disciplina *per come fissata nella fonte* oggetto di circolazione [52].

Anche il dispositivo della sentenza *Schrems* parrebbe, quindi, rispondere ad una concezione *'obiettiva'* delle tutele asimmetriche, per cui la qualità soggettiva del contraente rileva solo al momento della conclusione del contratto, quando un certo scambio è *individuato* nell'ambito dei traffici giuridici come *atto di consumo* [53]; così ne è definita la fonte immateriale [54], *i.e.* lo schema di rilevanza delle condotte future e le condizioni di appartenenza di una certa utilità economica al titolare (chiunque esso diventi); la qualità soggettiva determina lo statuto *del credito* o della *posizione contrattuale* nella sua obiettività di struttura normativa, destinata al 'movimento' della vicenda modificativa della titolarità, che è, appunto, «oggettiv[o] moviment[o] di strutture» [55].

La teoria della fonte pare incrociare le *rationes* delle nullità 'di protezione', per cui se l'interpretazione che prenda per rilevante la qualifica della parte *del processo* o del *rapporto contrattuale*, ammettendo una *temporaneità* dello *status* consumeristico, risponde a una concezione, se non *personalistica* del diritto dei consumi, comunque fondata su una situazione subiettiva di debolezza attuale [56], quella contraria ragiona di

---

'*temporaneità*' dello *status* di consumatore quando, interrogata sul se la modificazione dell'uso dell'*account Facebook* del ricorrente, nel tempo impiegato anche per la promozione dei libri e altre attività dell'utente, potesse determinare la perdita dello *status* di consumatore, afferma che «il ricorrente può invocare la qualità di consumatore soltanto se l'uso essenzialmente non professionale di tali servizi, per il quale ha originariamente concluso un contratto, non ha acquisito, in seguito, un carattere essenzialmente professionale»: in arg. S. PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato"* cit., 85 ss.

[51] Specularmente, reputa opponibile al cessionario-consumatore la clausola di deroga della competenza convenuta in un contratto fra professionisti Cass. 5 novembre 2013, n. 24799, in *Dir. giust*., 2013, 1596, con nota di P. DI MICHELE, *Il contratto di leasing viene ceduto? Al cessionario consumatore si applica la clausola derogativa della competenza.*

[52] V. S. PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato"*, cit., 52 ss., 54.

[53] Per tutti G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1998, 21.

[54] *Supra*, nt. 21.

[55] Così, nel discorrere del metodo allariano, N. Irti, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico,* cit., 7, che aggiunge come «il rapporto giuridico è una struttura, una combinazione di addendi, i quali, una volta venuti ad esistere, guadagnano una sorta d'impersonale e solitaria oggettività. Le vicende, cioè i movimenti determinati dall'accadere delle fattispecie normative, toccano o l'intera struttura (costituzione od estinzione) o elementi di essa (modificazione)».

[56] Così parrebbe di leggere in Corte eur. giust., 25 gennaio 2018, cit., § 44; ma non necessariamente per S. PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato*", 95, dove l'A. avverte della compatibilità di una teoria obiettiva dello scopo con la rilevanza di fatti che alterino il presupposto "di protezione": il che avverrebbe non tanto nell'ambito delle vicende circolatorie del credito, bensì nei contratti di durata, quando lo scopo di consumo venga meno *in executivis,* con la conseguenza di far rilevare un fatto impeditivo dei rimedi «la cui ultrattività sporgerebbe se le condizioni effettive del soggetto normativamente protetto *non corrispondono* più a quelle astratta-



una qualità data *al credito* dall'obiettiva inerenza della sua fonte a una certa area dei rapporti di mercato, che non tollera variazioni nel corso del rapporto poiché la qualità soggettiva del consumatore è solo il *medio* per identificare lo scambio come appartenente ad una certa area del traffico giuridico, ossia quale «*atto situato in un contesto distributivo organizzato dal professionista*» [57]; e dove il sintagma '*di protezione'* conferma la *mediatezza* dell'obiettivo di tutela dei consumatori, attraverso cui si preservano le regole di funzionamento di un mercato concorrenziale [58].

Oltre ad essere l'unica coerente con la logica della cessione del credito, che per definizione è vicenda modificativa del solo titolare e, per restare nel limite dell'*indifferenza* per il debitore ceduto, non deve implicare alcuna alterazione del contenuto del rapporto, l'impostazione 'obiettiva' parrebbe da preferire anche nella prospettiva della prevedibilità dello statuto del credito, indispensabile per consentire la circolazione di quest'ultimo sul mercato alla stregua di una *res immateriale,* dal valore calcolabile [59]; così che, in ultima analisi, sia servito l'interesse finale dello stesso consumatore (ancora una volta, nella sua posizione di *attore del mercato*) ad una tutela effettiva, *perché monetizzabile* con la cessione, lì dove ogni forma di imprevedibilità della disciplina applicabile al rapporto finirebbe per ripercuotersi sul costo del servizio e sulla negoziabilità dei crediti consumeristici.

---

mente previste ai fini della tutela» (p. 95). Cfr. ID., *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, cit., 20 ss.

[57] L'espressione è di A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona,* cit., 111, ma nell'ambito di un discorso volto a valorizzare l'impostazione personalistica del diritto dei consumi.

[58] In ossequio all'idea che l'odierno diritto diseguale è chiuso nella dinamica del mercato e dei suoi attori, in contrapposizione al 'primo' diritto diseguale (anni '70), aperto alle condizioni materiali ed esistenziali dei soggetti: così per D. LA ROCCA, *La qualità dei soggetti e i rapporti di credito,* Napoli, 1992, 16 ss. e ora *funditus* M. BARCELLONA, *Il diritto neoliberale nell'economia globalizzata e della società liquida,* in *Eur. dir. priv.,* 2020, 758 ss.; cfr. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo, Regole giuridiche e paradigmi di mercato,* 2010, *passim*. Sul fondamento delle tutele consumeristiche la letteratura è assai vasta: da diverse prospettive e con varietà di sfumature v. almeno N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato,* Roma-Bari, 1998, 49 ss.; S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*[3]*,* Torino, 2020, 175; ID., *Una piéce di teatro trasformista nello scenario europeo: il contraente professionista, il consumatore, il cliente, il turista, il viaggiatore e il sovraindebitato/esdebitato,* in *Eur. dir. priv.,* 2020, 618, 620; G. BENEDETTI*, Tutela del consumatore e tutela contrattuale*, cit., 20 ss.; E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2003, I, spec. 1152 ss.; alla visione obiettiva della tutela consumeristica come costola della disciplina *del mercato* si affianca quella che vi ravvisa l'espressione di una forma di tutela *della persona* considerata nell'attività di consumo: cfr. A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona,* cit., XVIII secondo il quale «il diritto dei consumatori oltrepassa il limite dell'astratto potere di acquistare beni e servizi ed interviene sulla effettiva capacità di trasformare il reddito da lavoro in esistenza libera e dignitosa» e in linea di coerenza spiega la nozione di consumatore come «*tecnica di imputazione* che prende in considerazione la persona collocata nelle relazioni sociali (ed economiche) costruttive della realtà esistenziale del singolo, non l'individuo "decontestualizzato"» (*ivi,* 93; anche 188 ss.); G. ALPA, Status *e capacità, La costruzione giuridica delle differenze individuali,* Roma-Bari, 1993, *passim*; ID., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori,* in *Corr. giur.,* 1993, 639 ss.; N. LIPARI, *Introduzione* a *Diritto privato europeo,* a cura di N. LIPARI, Padova, 1997, I, 11.

[59] Ma tutto il diritto dei consumatori *come diritto del mercato* pretende prevedibilità delle sue condizioni di applicabilità: lo rileva, nell'ambito della critica sulla c.d. teoria della competenza nella materia fideiussoria S. PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato",* cit., 91. Per la prevedibilità quale condizione necessaria del capitalismo, sulla scorta del pensiero di Max Weber N. IRTI, *Un diritto incalcolabile,* Torino, 2016, *passim*; e per la razionalizzazione del suo declino nell'orizzonte ideologico neoliberale L. NIVARRA, *Dalla "crisi" all"ellissi": ovvero, da un paradigma all'altro,* in *Eur. dir. priv.,* 2017, 801 ss.; C. SALVI, *Diritto postmoderno o regressione postmoderna?,* in *Eur. dir. priv.,* 2018, 865 ss.; F. DENOZZA, *Lo stile giuridico neoliberale,* in R. SACCHI, A. TOFFOLETTO, *Esiste uno stile giuridico neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza,* Milano, 2019, 1 ss.; M. BARCELLONA, *Il diritto neoliberale nell'economia globalizzata*, cit., *passim*.

Sarà, a questo punto dell'indagine, appena il caso di ricordare che il linguaggio cosale o reificante deve intendersi sempre e solo in senso metaforico, quale sintesi verbale di uno statuto di disciplina individuato nella sua oggettività e studiato, qui, nella sua dinamica modificativa del riferimento subiettivo: N. IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico,* cit., 7 e *supra,* nt. 21 e 55.



CORTE DI GIUSTIZIA UE, SEZ. VI, SENTENZA 2 SETTEMBRE 2021, C-932/19

L'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che, per quanto riguarda i contratti di mutuo conclusi con un consumatore, commini la nullità di una clausola relativa al divario nel cambio considerata abusiva e obblighi il giudice nazionale competente a sostituire a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale che impone l'uso di un tasso di cambio ufficiale, senza prevedere la possibilità, per il giudice, di accogliere la domanda del consumatore interessato diretta all'annullamento dell'intero contratto di mutuo, quand'anche lo stesso giudice ritenga che la conservazione del contratto sia contraria agli interessi del consumatore, in particolare alla luce del rischio di cambio che quest'ultimo continuerebbe a sopportare in base ad un'altra clausola del contratto, purché in compenso il medesimo giudice, nell'esercizio del suo pieno potere discrezionale e senza che la volontà espressa dal consumatore possa prevalere su quest'ultimo, ravvisi che l'applicazione delle misure previste dalla normativa nazionale consente effettivamente di ripristinare la situazione di diritto e di fatto in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza di tale clausola abusiva.

FEDERICO PISTELLI

Ricercatore – Università degli Studi di Trento

SCELTA DEL RIMEDIO E SUA CONVENIENZA: IL CASO DEI FINANZIAMENTI IN VALUTA STRANIERA AI CONSUMATORI

SOMMARIO: *1. Il fatto. – 1.1. I finanziamenti in valuta, la trasformazione del mercato immobiliare e i costi del compromesso politico. – 1.2. La soluzione "ungherese". – 1.3. Il problema della scelta del rimedio. – 2. I precedenti. – 2.1. La genesi della dottrina della crisi fra Banco Español e Kásler. – 2.2. Il trittico sull'integrazione eteronoma del contratto. – 3. Il "peso" della scelta in OTP: convenienza del rimedio e controllo sul ripristino dello status quo ante. – 4.* Status quo ante *e allocazione del rischio.*

1. – La pronuncia da cui questo lavoro trae spunto [1] si colloca all'interno del filone giurisprudenziale europeo che ha analizzato le differenti sfaccettature del problema della tutela del consumatore mutuatario [2] e

[1] CGUE, Sesta Sezione, 2 settembre 2021, *JZ contro OTP Jelzálogbank Zrt. e a.*, C-932/19.

[2] La peculiarità che caratterizzano la posizione del consumatore mutuatario rispetto ai meccanismi di funzionamento della Direttiva 93/13 (UCTD) sono oggetto, da qualche tempo, di un'attenta disamina in dottrina. Si vedano, senza pretesa di esaustività, gli



dei limiti alla scelta del rimedio in presenza di un intervento normativo che vesta la "nullità nuda" derivante da abusività della clausola [3].

La vicenda che dà origine alla causa ha caratteri di "serialità" tali da renderne sufficiente una rapidissima disamina. Si discorre di contratti di credito al consumo, nella specie, di un prestito personale, di uno ipotecario e di un rifinanziamento di un debito precedente, denominati in valuta estera al cambio fra fiorino ungherese e franco svizzero [4]. Sebbene la categoria del "prestito in valuta straniera" sia spesso maneggiata attribuendogli un significato ampio, inclusivo di ogni tipologia di finanziamento che implichi *lato sensu* il coinvolgimento di una valuta estera, esistono differenze di non poco conto tra un debito di valuta straniera, uno espresso ed uno indicizzato alla valuta straniera [5]. Senza addentrarsi eccessivamente in tecnicismi, la figura al vaglio della Corte si struttura attraverso un complicato sistema di conversione finanziaria del mutuo, per effetto della quale le parti concordano che la somma erogata a mutuo sia espressa e debba essere altresì restituita nella valuta domestica di riferimento del prenditore, ma per l'ammontare necessario ad acquistare il corrispondente capitale in moneta straniera, al cambio di mercato alle singole scadenze. Tanto, dunque, il valore complessivo del debito, quanto quello delle singole rate in ammortamento non sono prevedibili al momento dell'accensione del prestito, poiché entrambi sono fatti dipendere dall'andamento del rapporto di cambio fra la divisa domestica e quella estera al tempo di riferimento. Questo meccanismo risponde al nome di "indicizzazione" o "parametrazione" – quest'ultimo termine più familiare al civilista italiano [6].

---

studi di S. PAGLIANTINI, *L'effettività della tutela consumeristica in stile rococò: massimo e minimo di deterrenza rimediale tra una Corte di giustizia epigona di Dedalo e delle sez. un. 19597/20 sotto scacco*, in *Foro. it*, 2021, 5, c. 0275 ss.; ID., *Armonizzazione ed il canone della "maggior tutela" per il consumatore: spigolature critiche (e chiarimenti) sulla cumulabilità elettiva dei rimedi*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI (a cura di), *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Giappichelli, 2018, 117 ss.; P. IAMICELI, *Credito al consumo, nullità parziale e integrazione del contratto: la sorte dei tassi moratori tra vessatorietà della clausola e disciplina anti-usura*, in *I Contr.*, 2021, 102 ss.; M. LAMICELA, *Valutazione di abusività ed effetti della nullità di protezione del consumatore: la strategia della deterrenza e l'effettività delle tutele*, in questa rivista, 2020, 1532 ss.; L. ALBANESE, *Credito in valuta estera: sindacato di vessatorietà e incidenza del rischio di cambio*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2020, 761 ss.; A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Giappichelli, 2017; F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Oss. Dir. Civ. Comm.*, 2017, 41 ss.; A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *I Contr.*, 2013, 16 ss.; M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. Dir. Priv*., 2008, 33 ss.

[3] L'espressione è impiegata da P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto nel diritto dei consumatori tra integrazione cogente, nullità 'nude' e principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele*, in *Giust. civ.*, 2020, 713 ss.; A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria*, cit., 16 ss., e S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 561 ss.

[4] D. MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischio di cambio e di tasso e valore nella componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2016, I, 190 ss.; F. AZZARRI, *I «prestiti in valuta estera» nella direttiva 2014/17/UE sui «contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali»*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2015, 200 ss. Ampia è inoltre la letteratura straniera, in particolare est-europea, sulla figura del *foreign currency-linked loans*, fra cui v. R. MAŃKO, *Unfair terms in Swiss franc loans. Overview of European Court of Justice case law,* European Parliamentary Research Service, March 2021, PE 689.361; E. MIŠĆENIĆ, *Currency Clauses in CHF Credit Agreements: A 'Small Wheel' in the Swiss Loans' Mechanism*, in *EuCML*, 2020, 226 ss.

[5] Il distinguo è chiarito da F. CAPUTO NASSETTI, *Le clausole di indicizzazione nei finanziamenti e nei leasing*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 352 ss. Per un approfondimento, sia consentito il rinvio a F. PISTELLI, *Finanziamenti in valuta e rimedi: oltre la conversione*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, in corso di pubblicazione.

[6] A, ASQUINI, *Clausole parametriche nelle obbligazioni pecuniarie e mora del debitore*, in *Scritti giuridici*, III, Cedam, 1961, 392 ss.; R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Foro.it*, 1981, I, c. 2145 ss.; P. TARTAGLIA, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Giuffrè, 1987; G. CARLI, *Vicende monetarie, obbligazioni pecuniarie e garanzie,* in F. MASTROPAOLO (a cura di), *I contratti di garanzia*, *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, Utet, 2006, 291 ss.



Salvo, tuttavia, una generica censura relativa all'insufficienza delle informazioni fornite al consumatore – cui la Corte, nella sentenza in esame, non sembra peraltro dar specifico seguito –, l'assunzione in sé di un rischio di cambio per effetto del meccanismo di indicizzazione non è direttamente contestato nel ricorso, che si incentra invece sulle modalità di determinazione dei tassi di cambio. I modelli contrattuali d'uso presso gli intermediari collocatori di questi prodotti prevedono difatti che il calcolo delle rate mensili di rimborso avvenga in base al corso di vendita della valuta estera applicato dall'intermediario, mentre l'importo del prestito erogato è fissato sulla base del corso di acquisto applicato per la stessa divisa. È insita, dunque, all'interno del suddetto meccanismo differenziale la possibilità per la banca di profittare in via unilaterale delle variazioni di mercato, addossando al cliente le eventuali oscillazioni dovute all'apprezzamento della valuta estera rispetto a quella nazionale.

Proprio l'esistenza di quest'ultima clausola "differenziale" era stata motivo del ricorso, avendo il consumatore domandato al giudice di prima istanza la nullità dei tre contratti per abusività del meccanismo di cambio. Ritenuta infondata in primo grado, la pretesa è stata poi avanzato in appello, nel contesto del quale il giudice adito ha proposto il rinvio pregiudiziale alla Corte relativamente alla compatibilità del diritto interno ungherese (§I.2.) con l'art. 6, § 1, direttiva 93/13 (UCTD), poiché il primo trova applicazione quand'anche il consumatore leso abbia espresso una volontà contraria.

Dopo una breve disamina delle ragioni dietro alla diffusione dei prodotti in valuta nel mercato immobiliare est-europeo (I.1.) e della reazione del legislatore ungherese per limitare i costi per i consumatori (I.2.), lo scritto si incentrerà sul problema oggetto del rinvio alla Corte: quello dell'ampiezza e dei limiti del potere di scelta del rimedio da parte del consumatore (I.3.). La vicenda dei mutui in valuta rappresenta difatti uno dei terreni in cui la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha saputo far uso, in chiave evolutiva, dei principi espressi dalla UCTD (II-II.1.), attraverso un percorso che ha stabilito i contorni dell'integrazione eteronoma di un contratto espunto di clausole essenziali (II.2). La pronuncia in commento (III) fissa un nuovo tassello nella definizione dei limiti che il consumatore incontra nello scegliere il rimedio della "nullità nuda" in presenza di un intervento legislativo che abbia già vestito il contratto spogliato di una sua clausola essenziale. L'obiettivo, in particolare, è quello di discutere l'applicazione del criterio dello *status quo ante* in riferimento alle clausole che regolino il riparto del rischio (IV).

1.1. – Il caso all'attenzione della Corte presenta connotati del tutto analoghi a migliaia di ricorsi ricevuti dalle corti di merito di diverse aree europee. Da circa metà degli anni 2000, rapporti di questo tipo si sono difatti diffusi in larghissima parte degli ordinamenti dell'area continentale europea – in particolar modo, in quelli dell'area est-europea e balcanica, dove hanno persino raggiunto un volume superiore all'80% dell'ammontare totale di finanziamenti erogati [7]. La possibilità di avvalersi di queste tipologie di finanziamenti ha favorito, come sottolineato in una molteplicità di studi [8], una radicale transizione del mercato im-

[7] Il dato è riportato da J. HEGEDŰS et al., *National Report for Hungary TENLAW: Tenancy Law and Housing Policy.*, in *Multilevel Europe*, 12, consultabile in *http://www.tenlaw.uni-bremen.de/reports/HungaryReport_09052014.pdf*); per una panoramica sulla situazione complessiva del mercato immobiliare in Ungheria e sulle risposte normative di contrasto alla crisi, A. FEJŐS, *Mortgage credit in Hungary*, in *EuCML*, 2017, 139 ss.

[8] Su tutti, le ricostruzioni di F. ROY, *Mortgage Markets in Central and Eastern Europe – a review of past experiences and future perspectives,* in *European Journal of Housing Policy*, 2008, 8(2), 133-160; R. BARRELL, E.F. DAVIS, F. FIC, A. ORAZGANI, *Household Debt and Foreign Currency Borrowing in New Member States of the EU*, Working Paper No. 09-23, Brunell University West London, Department of Economics and Finance, 2009; D. BOHLE, *Post-Socialist Housing Meets Transnational Finance: Foreign Banks,*



mobiliare nei paesi appartenenti al blocco dell'ex Unione Sovietica, da un sistema a prevalenza pubblica, ad uno basato sugli incentivi all'*householding* privato. Specie per le fasce medie di reddito della popolazione, le possibilità di avvalersi di canali di finanziamento a basso costo rappresentava, alle porte del nuovo millennio, il viatico quasi esclusivo per l'acquisto di immobili da adibire a prima casa. In particolare, in Ungheria, dopo una prima fase connotata dall'erogazione di consistenti sussidi pubblici a programmi di finanziamento (2000-2004), l'insostenibilità di tali esborsi per le casse dello Stato spinsero all'affidamento di queste politiche, durante la seconda fase (2005-2008), al mercato del credito privato. Gli elevati tassi di interesse applicati dalla Banca Nazionale Ungherese alle riserve in fiorini rendevano oltremodo più conveniente la scelta orientata verso *home equity loans* indicizzati al cambio con valute più stabili, come il dollaro, lo yen giapponese e, per l'appunto, il franco svizzero: già nel 2008, circa il 63% dell'ammontare totale di finanziamenti prima casa appartenevano difatti al ramo *FX-lending* [9].

Seguendo il proverbiale aforisma "*not all that glitters is gold*", questo sistema celava in realtà una contropartita, consistente nell'accumulo di un rischio finanziario legato alle oscillazioni di valore tra la divisa domestica e quella estera, che avrebbe difatti inciso in modo determinante sull'ammontare dell'importo dovuto in ammortamento del mutuo e della sua eventuale estinzione anticipata. L'eventualità di un default – anche ove fosse nota agli esperti di settore – era tuttavia relegata al mondo della astratta *possibilità*, data l'euforia irrazionale che aleggiava attorno alla solidità e alla crescita del mercato mobiliare [10].

Ebbene, lo sviluppo storico è purtroppo ben noto, e l'effetto contagio prodotto dalla crisi americana non ha tardato a manifestare le sue conseguenze nell'ambito di cui ci occupiamo [11]. Le principali valute di riferimento impiegate per l'indicizzazione dei prestiti hanno subìto un consistente e duraturo apprezzamento rispetto alle valute più deboli degli ordinamenti afferenti e non all'area euro, determinando così il levitare dei costi sopportati dai consumatori e, in molti casi, l'impossibilità di far fronte agli impegni contrattualmente assunti.

Il legislatore euro-unitario – su stimolo del neonato Comitato Europeo per il Rischio Sistemico [12] – è intervenuto nel cercare di dettare una disciplina di contorno applicabile ai mutui in valuta estera nel contesto

---

Mortgage Lending, and the Privatization of Welfare in Hungary and Estonia, in *Review of International Political Economy*, 2013, 21(4): 913–48; A. CSIZMADY, J. HEGEDŰS, D. VONNAK, *A housing regime unchanged: The rise and fall of foreign-currency loans in Hungary*, in *Corvinus Journal of Sociology and social policy*, 2019, 10, 3-34, DOI: 10.14267/CJSSP.2019.2.1.

[9] Il dato è riportato da A. CSIZMADY, J. HEGEDŰS, D. VONNAK, *A housing regime*, cit., 12.

[10] Il termine è quello impiegato nella notissima opera del premio Nobel per l'economia R. SHILLER, *Irrational Exuberance*, Princeton University Press, 2000, edito in Italia da Il Mulino, 2009, con il titolo "Euforia irrazionale. Alti e Bassi di Borsa". Anche se con riferimento alla bolla dot.com delle azioni tecnologiche di inizio 2000 in America, Shiller offre una chiara ricostruzione delle dinamiche che conducono alla sopravvalutazione nei mercati finanziari, approfondita poi nei riguardi della crisi del mercato immobiliare 2007-2008 con le edizioni successive del volume.

[11] Nella fluviale letteratura economica che ha analizzato cause ed effetti della propagazione, un contributo fondamentale in questo specifico caso di studio è quello di D. GROS, *Bubbles in Real Estate, A Longer-Term Comparative Analysis of Housing Prices in Europe and the US*, CEPS Working Document, No. 239, 2006. L'autore confronta l'andamento storico dei prezzi del mercato immobiliare, stabilendo che l'andamento reale del mercato europeo abbia seguito da vicino quello americano, con gap temporali progressivamente più ridotti.

[12] Raccomandazione del Comitato Europeo per il Rischio Sistemico del 21 settembre 2011 sui prestiti in valuta estera (CERS/2011/1). In particolare, al considerando 4 si legge che "è opportuno adottare misure con riferimento ai prestiti in valuta estera al fine di: 1) limitare le esposizioni ai rischi di credito e di mercato, potenziando così la capa- città di tenuta del sistema finanziario; 2) controllare la crescita eccessiva del credito in valuta estera ed evitare bolle dei prezzi delle attività; 3) contenere i rischi di finanziamento e di liquidità, circoscrivendo quindi al massimo tale canale di contagio; 4) creare incentivi al miglioramento dei meccanismi di determinazione del prezzo del rischio associato ai prestiti in valuta estera; 5) contrastare l'elusione delle misure nazionali conseguita attraverso l'arbitraggio normativo."



della direttiva sui mutui immobiliari ai consumatori (art. 23, Direttiva 2014/17/EU) [13]. Nell'unica previsione che il regolatore europeo dedica alla figura si legge che il prestatore ha l'obbligo di comunicare al consumatore le variazioni di valore dell'importo totale o delle rate periodiche residue a suo carico, quando esse superino il 20 % del valore che si avrebbe se si applicasse il tasso di cambio tra la valuta del contratto di credito e la valuta domestica al tempo della conclusione del contratto di credito (art. 23, § 4, dir. 14/17). Questa comunicazione è funzionale all'esercizio da parte del consumatore del diritto alla conversione del finanziamento nella propria valuta domestica di riferimento, al cambio attuale o a quello diversamente stabilito all'interno del contratto (art. 23, § 1, dir. 14/17). Il rimedio della conversione si ispira in modo evidente alla esigenza di garantire la sopravvivenza del rapporto, controllando l'aumento dell'esposizione al rischio nel corso della sua esecuzione e consentendo così, al superamento di determinate soglie, di trasformare il rapporto in finanziamento domestico [14].

Così confezionato, il rimedio non risponde – né, d'altra parte, sembrava essere questa l'intenzione del legislatore europeo [15] – al bisogno di tutela ingenerato dal contenzioso pregresso. Questi rapporti sono, da un lato, esplicitamente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva, che disciplina unicamente i finanziamenti accesi dopo il 21 marzo 2016 (art. 43, dir. 14/17) [16]. Dall'altro – ed il rilievo vale esclusivamente *profuturo* – è ragionevole dubitare dell'effettiva portata dissuasiva del rimedio della conversione, non tanto per l'astratta inidoneità di questo strumento a contenere il rischio di cambio in rapporti in valuta straniera, quanto piuttosto per la sua concreta modulazione all'interno dell'anzidetta disposizione. La direttiva, con un'opzione di *policy* del tutto peculiare in ambito di disciplina di protezione del consumatore, stabilisce che

[13] Direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010, OJ L 60, 28.2.2014, 34-85. Fra i molteplici commenti alla Direttiva, si veda, M. SEMERARO, *Informazioni adeguate e valutazione del merito creditizio: opzioni interpretative nel credito ai consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 687 ss.; P. SIRENA, G. CARRIERO, *I mutui ipotecari nel diritto comparato e nel diritto europeo: commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Fondazione Italiana del Notariato, 2016; E. PELLECCHIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, 206 ss.; S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della direttiva 2014/17/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, II, 181 ss.; F.P. PATTI, *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. e impr.*, 2015, 1423 ss.; F. AZZARRI, *I prestiti in valuta estera nella direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Oss. Dir. civ. comm.*, 2015, 1, 187 ss.; D. MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, 190 ss. Uno studio trasversale sull'impatto della direttiva nei principali ordinamenti europei è stato condotto da E.A. AMAYUELAS, M. ANDERSON, *The impact of mortgage credit directive in Europe*, Europa Law Publishing, 2017.

[14] Sul difficile bilanciamento fra esigenze di garanzia del singolo e tutela del mercato, si veda l'introduzione di E. CAPOBIANCO al volume AA.VV., *Contratti bancari*, a cura di E. CAPOBIANCO, Wolter Kluwer, 2021, 37 ss. Sulle implicazioni sistemiche della conversione dei finanziamenti in valuta si veda il recente studio di, A.M. FISCHER, P. YEŞIN, *Foreign currency loan conversions and currency mismatches*, in *Journal of International Money and Finance*, 122, Aprile 2021.

[15] Le difficoltà del compromesso su questo intervento normativo erano già state esplicitate nel White Paper che precedeva la proposta di regolazione dei mutui immobiliari, v., Frequently Asked Questions (FAQs) sul "*White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets*" (2007), "*Commission did not consider it appropriate to propose a directive to regulate the mortgage market due to the political sensitivity of this issue, and the complexity of finding an appropriate level of harmonisation*".

[16] Il compromesso politico sulla natura irretroattiva delle disposizioni della Direttiva MCD emerge altresì all'interno del già citato art. 23 sui mutui in valuta estera. Una volta definito il rimedio minimo per la copertura del rischio di cambio, la direttiva stabilisce – secondo una progressione tipica delle disposizioni di armonizzazione minima – che gli Stati Membri "possono disciplinare ulteriormente i prestiti in valuta estera, a condizione che tale regolamentazione non sia applicata retroattivamente" (art. 23, § 5). Questa disposizione sembrerebbe di fatto escludere la legittimità di quegli interventi normativi che, come nel caso che tratteremo a breve dell'Ungheria, prevedano una conversione forzosa dei rapporti con efficacia retroattiva. Curiosamente, non risulta però che siffatti interventi siano stati censurati per contrarietà all'anzidetta disposizione.



"se un consumatore ha il diritto di convertire il contratto di credito in una valuta alternativa […] gli Stati membri garantiscono che il tasso di cambio al quale avviene la conversione sia il tasso di mercato applicabile il giorno della domanda di conversione, *salvo se diversamente precisato nel contratto di credito*" (art. 23, § 3, dir. 14/17) [17]. L'esperienza in commento ha difatti evidenziato come il vero impasse del meccanismo di conversione non stia tanto nell'assenza del relativo diritto del consumatore, quanto nella sua concreta determinazione, poiché una conversione a tasso sfavorevole non costituisce una opzione effettivamente praticabile per il mutuatario per evitare l'insorgere di una situazione di sovraindebitamento [18].

1.2. – Orbene, gli ordinamenti più direttamente interessati dalle implicazioni sistemiche delle crisi da sovraindebitamento dei mutuatari sono ricorsi ad interventi pubblici di riduzione ad equità dei rapporti più controversi [19].

In particolare, spinta delle aperture manifestate della Corte Europea, l'Ungheria aveva adottato nel corso del 2014 alcuni provvedimenti di conformazione dei finanziamenti in franchi svizzeri convenuti sul territorio nazionale. In quest'ottica, le clausole differenziali discusse nel § I. e oggetto di attenzione della Corte in *JZ* c. *OTP*, rappresentavano il modello di indicizzazione più diffuso sul territorio nazionale ed erano ritenute, di conseguenza, le più problematiche da parte del legislatore ungherese.

Gli anzidetti interventi sono meglio noti con il nome di leggi DH1, DH2 e DH3 [20].

In sintesi, si prevede che, nei contratti conclusi con i consumatori tra il 1° maggio 2004 e la data di entrata in vigore della legge [2014], "è nulla – a meno che non si tratti di una condizione contrattuale oggetto di negoziato individuale – la clausola in virtù della quale l'istituto di credito decide di applicare il tasso di acquisto al momento dell'erogazione dei fondi destinati all'acquisto del bene oggetto del mutuo o del leasing finanziario, mentre al rimborso si applica il tasso di vendita, o qualsiasi altro tasso di cambio di tipo diverso da quello fissato al momento dell'erogazione dei fondi". Il vuoto così creato viene però colmato dalla previsione successiva, secondo cui "la clausola viziata da nullità […] è sostituita da una disposizione che prevede l'applicazione del tasso di cambio ufficiale fissato dalla Banca nazionale [di Ungheria] per la valuta corrispondente, sia per quanto riguarda l'erogazione dei fondi sia per quanto riguarda il rimborso (compreso il pagamento delle rate mensili e di tutti i costi, le spese e le commissioni espressi in valuta).

A bene vedere, dunque, tale meccanismo non opera una conversione del finanziamento in senso stretto, ossia non trasforma un prestito in valuta straniera in uno corrispondente in valuta domestica. Fatto salvo il

---

[17] Il corsivo è aggiunto.

[18] Il diritto alla conversione non è difatti l'unico strumento astrattamente a disposizione del consumatore per limitare l'esposizione al rischio di cambio nel futuro. Già con il Decreto Bersani (convertito da legge n. 40 del 2 aprile 2007) era stata difatti prevista la possibilità per il mutuatario di procedere all'estinzione anticipata del rapporto, senza sostenere penali o costi aggiuntivi (art. 40 TUB). Questo meccanismo, pensato per limitare l'esposizione al rischio su tasso in ipotesi di finanziamenti con interesse variabile, potrebbe senz'altro operare in contenimento del rischio di cambio, limitando i maggiori costi che sarebbero sostenuti dal mutuatario per effetto delle oscillazioni fra valute durante il periodo di ammortamento. Sennonché, si estende anche alla estinzione anticipata il medesimo discorso relativo alla conversione del rapporto, poiché la sua convenienza per il consumatore dipende in tutto e per tutto dal tasso al quale avviene il rimborso della somma concessa a mutuo.

[19] Lo scritto, data l'origine della vicenda all'attenzione della Corte, dedicherà spazio unicamente all'intervento normativo adottato in Ungheria. Si badi tuttavia al fatto che analoghe previsioni sono state adottate anche in Polonia, Romania, Croazia, Cipro, Montenegro e Serbia.

[20] Sulla loro analisi si veda, diffusamente, G. D'AMICO, *La Corte di Giustizia e la vicenda (ungherese) dei mutui in valuta estera stipulati con un consumatore*, in *Contr.*, 2020, 5 ss.



meccanismo di indicizzazione al cambio tra fiorino ungherese e franco svizzero, ad essere colpita con la nullità è la sola clausola che distingue il tasso di erogazione da quello del rimborso, poiché è attraverso di essa che viene a realizzarsi un'allocazione asimmetrica del rischio fra le parti. La volontà del regolatore ungherese di lasciar inalterata la natura di rapporto in valuta domestica emerge, d'altronde, dalla sostituzione della clausola nulla – che, se nuda, avrebbe compromesso il funzionamento stesso del contratto – con un diverso, e più equo, meccanismo di suddivisione del rischio di cambio. Dal punto di vista della determinazione del "prezzo"[21], il costo del denaro continua così ad essere parametrato al cambio con una valuta estera, seppur ad un tasso che dipende da quello correntemente applicato dalla Banca nazionale di Ungheria, al momento della maturazione della rata, ovvero dell'esercizio del diritto all'estinzione anticipata. Da quello, invece, del "rischio", la sostituzione del meccanismo differenziale con una clausola di indicizzazione "semplice" comporta un sostanziale riequilibrio nella posizione delle parti, entrambe le quali saranno dunque soggette all'impatto assunto, rispettivamente, dalle oscillazioni positive o negative del mercato.

1.3. – Riepilogando. Dal menù rimediale a disposizione del consumatore ungherese andrà anzitutto escluso il diritto alla conversione previsto dalla direttiva 2014/17/UE, poiché al di fuori dell'ambito di applicazione *ratione temporis* della disciplina europea e, in ogni caso, inutile, perché i rapporti si erano già conclusi. L'unico rimedio applicabile parrebbe, dunque, quello della sostituzione *ex lege* della clausola differenziale abusiva con un meccanismo di parametrazione semplice al cambio, in conformità alla legge ungherese; rimedio che tuttavia, lo ripetiamo, non sgrava il consumatore dagli oneri che sottendono al meccanismo di cambio fra valute.

Vi è però un aspetto ulteriore da tenere in considerazione.

A fianco dei rimedi "specifici" sul controllo del rischio appena esaminati, il consumatore gode altresì dell'apparato rimediale "generale" delineato dalla UCTD, che riconosce la non vincolatività delle clausole abusive nei contratti stipulati fra professionisti e consumatori (art. 6, § 1 UCTD). Una non vincolatività le cui conseguenze pratiche – è noto – dipendono dall'appartenenza della clausola ai "core", ovvero agli "ancillary" terms dell'accordo[22]. Nel primo caso – e solo in presenza di vizi che abbiano inficiato la chiarezza e la

[21] Nel dibattito tedesco, le clausole di questo tipo appartengono alla categoria delle cosiddette "Preisänderungsklauseln" (lett., clausole di variazione del prezzo), o anche "Wertsicherungsklauseln" (clausole di assicurazione del valore), v., BGH v. 30.10.1974, in BGHZ 63, 132; vgl. HENTSCHEL, *Anpassung von Preis und Vertrag im deutschen und französischen Zivilrecht*, 8 ss. Recentemente sono state definite come "Klauseln, die die nachträgliche Bestimmung eines Preises oder dessen Änderung ermöglichen, können insofern unter einem Oberbegriff zusammengefasst werden, als es im Ergebnis keinen Unterschied macht, ob der Preis bei Vertragsschluss offen gelassen und später bestimmt oder bei Vertragsschluss festgelegt und dann abgeändert wird" (Le clausole che permettono la determinazione successiva di un prezzo o la sua modifica possono essere raggruppate in una categoria comune, non facendosi differenza, in punto di risultati, tra il caso in cui il prezzo sia lasciato aperto al momento della conclusione del contratto e determinato successivamente, e quello in cui il prezzo è fissato immediatamente al momento della conclusione del contratto ed è quindi modificato), v., L. GUTKIN, *Die Europäisierung der AGB-Kontrolle von Preisänderungsklauseln*, Duncker & Humblot, 2018, 39. Il riferimento al prezzo invece che al rischio si giustifica, all'interno dell'ordinamento tedesco, al fine di sottoporre queste convenzioni al cd. *Inhaltskontrolle* sulle clausole generali (AGB-Kontrolle).

[22] La distinzione fra *core* e *ancillary terms* costituisce una delle tematiche più complesse del diritto europeo dei consumatori.

Vi è chi ha intravisto, nell'utilizzo da parte della Corte della nozione di "essential obligations of the contractual scheme", una ripresa della definizione romanistica degli "essentialia negotii", v., E. MISCENIC, *Uniform Interpretation of Article 4(2) of UCT Directive in the Context of Consumer Credit Agreements: Is it Possible?*, in *Revue du droit de l'Union européene*, 127 ss. Secondo taluno, appartengono alla nozione di *ancillay price terms*, "terms laying out the formula or manner for calculating the price, terms providing for variations in price depending on certain future contingencies or periods of time, would not qualify in that sense as determining the characterizing, essential obligation of the consumer, and would be subject, as such, to unfairness assessment", v., F. GÓMEZ POMAR,



comprensibilità della clausola (art. 4, § 2 UCTD) – il venir meno della convenzione che definisce l'oggetto principale del contratto trascina dietro di sé le sorti dell'intero accordo. Diversamente, quando la clausola definisca un aspetto accessorio del contratto, la non vincolatività avrà, di regola, la forma di una nullità parziale, purché l'accordo possa restare in piedi in assenza della convenzione abusiva [23].

Rispetto dunque alla sostituzione *ex lege* del meccanismo differenziale sembrerebbe porsi, alla luce delle disposizioni della UCTD, anche l'ulteriore possibilità per il consumatore di far valere la nullità "nuda", ossia svestita da una qualunque forma di integrazione della clausola di indicizzazione al cambio.

Sennonché il problema – e di qui l'uso del termine "scelta del rimedio" – sembrerebbe così spostarsi sull'identificazione dei limiti che il consumatore incontra nel proporre una domanda di annullamento integrale del contratto, quando il legislatore nazionale sia già intervenuto nel porre rimedio alla situazione di squilibrio generata dalla clausola; e, specularmente, se il giudice debba ritenersi obbligato a sostituire la clausola in conformità della previsione normativa, anche ove egli reputi che la conservazione del contratto risulterebbe contraria agli interessi del consumatore. Osservando la vicenda nella prospettiva pratica della soluzione maggiormente conveniente per il consumatore, è indubbio che la radicale invalidità del rapporto recherebbe un vantaggio ben maggiore – *i.e.* si elimina *il* rischio del contratto – di quello che deriva dalla espunzione della sola clausola differenziale e della sua integrazione *ex lege* – *i.e.* si elimina *quel* rischio, ma non *ogni* rischio.

Si comprende così il rovesciamento di prospettiva che la vicenda impone di adottare.

Da un lato, quella di riconoscere una facoltà – e, conseguentemente, dei limiti – per il consumatore nel saggiare la convenienza di un rimedio, eventualmente optando per la soluzione ablativa anche ove il legislatore sia intervenuto per far cessare l'inserzione della clausola preservando la sopravvivenza del rapporto. Dall'altro lato, quella di interrogarsi se l'intervento con il quale il legislatore abbia rimediato all'abusività di una clausola sia o meno suscettibile di un controllo giudiziale circa la *adeguatezza* e l'*efficacia* dei mezzi impiegati (art. 7, § 1, UCTD), nella prospettiva di una sua conformità al portato dell'art. 6, § 1, UCTD, quantomeno secondo la lettura datane dalla Corte di Giustizia. Nessun dubbio si porrebbe infatti in tutti quei casi in cui la nullità parziale fosse comunque l'alternativa più conveniente rispetto alla caducazione integrale dell'accordo. Il tema si pone invece con tutta evidenza quando l'intervento normativo che dispone l'integrazione del contratto miri a realizzare un bilanciamento fra il canone di maggior tutela per il consumatore [24] e la garanzia della stabilità del sistema finanziario avverso le conseguenze a cascata di una pronuncia di vessatorietà di clausole seriali [25].

Core versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?, in *ERCL*, 2019, 188. Un inquadramento particolare è quello con il quale la Corte di Giustizia ha giudicato la vessatorietà della clausola floor. Invocata in ordine alla possibilità per un giudice nazionale di graduare l'effetto retroattivo di una nullità, la Corte non smentisce la ricostruzione operata dal *Pleno* del Tribunal Supremo Spagnolo (9 maggio 2013, n. 241) che aveva ascritto la clausola suelo nella categoria dei *core terms* del rapporto. Proprio in virtù del suo carattere di clausola vertente sull'oggetto principale, la convenzione del floor non era difatti ritenuta abusiva per il suo contenuto, bensì per le circostanze che ne avevano accompagnato la negoziazione, in assenza di una adeguata informazione al consumatore (CGUE, Grande sezione, 21 dicembre 2016, *Francisco Gutiérrez Naranjo e Ana María Palacios Martínez c. Cajasur Banco e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA)*, cause riunite C-154/15 e C-307/15, in *Contr.*, 11 ss., con nota di S. Pagliantini, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*.

[23] Sul regime delle nullità speciali, l'analisi di riferimento è quella, pur risalente, di G. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

[24] T. Dalla Massara, *La "maggior tutela" del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. e impr.*, 2016, 743 ss.

[25] Sulla non assolutezza del principio di tutela del consumatore la Corte si è più volte espressa, di recente nei casi *Banco Primus*, C-421/14, § 47 e *Erste Bank*, C-483/16, § 50.



2. – La comprensione del percorso argomentativo seguito dalla Corte presuppone il confronto con alcune tappe intermedie di un itinerario che aveva già condotto i giudici del Lussemburgo a ridiscutere i contorni di un sindacato che non può tener conto della vessatorietà di clausole che definiscano l'oggetto principale e l'equilibrio economico del contratto [26].

Gli stretti margini concessi dall'art. 4, § 2, UCTD hanno infatti imposto alla Corte l'adozione di taluni *escamotages* nella formulazione di giudizi relativi a clausole che definissero la struttura portante e le caratteristiche finanziarie di un rapporto di credito, come quelle di indicizzazione. Anzitutto, quello dell'interpretazione pretoria che estende l'obbligo di chiarezza e comprensibilità fino a ricomprendervi un dovere implicito dell'intermediario di informare il consumatore, non solamente sui meccanismi di funzionamento, ma altresì delle conseguenze economiche derivanti dalla conclusione del contratto [27]. In secondo luogo, quello di distinguere le clausole che costituiscono il regime di determinazione del compenso per il godimento del denaro (definendo i *core terms* dell'accordo) [28] – sia esso espresso in valuta nazionale, ovvero con riferimento al cambio con quella straniera – da quelle che trasferiscono fra le parti i rischi finanziari sottesi all'operazione, quali il tasso di interesse, o quello di cambio (i cd. *ancillary terms*). Infine, quello della valutazione dei presupposti e dei margini dell'integrazione eteronoma di un accordo espunto da sua una previsione essenziale.

Su quest'ultimo tragitto intenderei focalizzare l'attenzione. A ben vedere, esso è determinante per la lettura della soluzione adottata dalla Corte nel caso in esame. Vi è tuttavia un punto di osservazione con il quale sembra opportuno intraprendere questo tragitto, segnatamente quello del rilievo della "convenienza" per il consumatore nell'interpretazione del canone della effettività della tutela.

2.1. – La genesi di un ripensamento sulla sanabilità di una nullità consumeristica si riporta alla notissima pronuncia Árpád Kásler [29]. È questa decisione che segna, a ben vedere, una prima tappa fondamentale nel

---

[26] Il punto è discusso ed approfondito da M. LAMICELA, *Valutazione di abusività ed effetti della nullità di protezione nei contratti del consumatore: la strategia della deterrenza e l'effettività delle tutele*, cit., 1535 ss. Sul punto anche, N. JANSEN, *Unfairness of Terms*, in N. JENSEN, R. ZIMMERMAN (a cura di), *Commentaries on European Contract Law*, Oxford University Press, 2018, 928 ss.

[27] L'interpretazione del binomio trasparenza-obbligo di informazione emerge con evidenza in *Árpád Kásler* (§ 70, a sua volta richiamando *RWE Vertrieb AG*, C-92/11, § 44). A supporto della non piena riconducibilità dell'intrasparenza alla vessatorietà della clausola si veda, G. D'AMICO, *Mancanza di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà* (*Variazioni sul tema dell'armonizzazione minima)*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI (a cura di), *L'armonizzazione*, cit., 96 ss. In senso critico dell'estensione fatta dalla Corte al principio di trasparenza si veda, M. CAMPAGNA, *Contratto di credito e trasparenza: recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, p. 502 ss., che parla di vero e proprio "abuso dell'obbligo di trasparenza".

[28] La Corte si riferisce a questa categoria di convenzioni il più delle volte definendola come "clausola economica", ossia come convenzione che fissa la prestazione caratterizzante il contratto. Sulla interpretazione in senso restrittivo della nozione di clausola economica la Corte si è pronunciata in una pluralità di occasioni, fra cui, CGUE, Nona Sezione, 26 febbraio 2015, *Matei c. SC Volksbank Romania SA*, C-143/13; CGUE, Seconda Sezione, 20 settembre 2017, *Ruxandra Paula Andriciuc ed altri c. Banca Romaneasca*, C-186/16.

[29] CGUE, Quarta Sezione, 30 aprile 2014 (C-26/13), con commento di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale e ABF: "il mondo di ieri o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contr*., 853 ss.; A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *Dir. civ. cont.*, 2014. In letteratura straniera, D. BERLIN, *Obscurité des clauses contractuelles… et de la directive,* in *La Semaine Juridique – édition générale*, 2014, n. 19, 957; R. SIK-SIMON, *Missbräuchliche Klauseln in Fremdwährungskreditverträgen – Klauselersatz durch dispositive nationale Vorschriften*, in *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens– und Verbraucherrecht*, 2014, 256 ss.; J. FAZEKAS, *The consumer credit crisis and unfair contract terms regulation – Before and after Kásler*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017 99 ss.



percorso di affermazione di un regime di post-vessatorietà che ammetta anche un intervento integrativo dell'autonomia privata.

Eppure, il nuovo percorso inaugurato in Kásler si presentava come tutt'altro che scontato, se si considera la chiusura con la quale la Corte, solo pochi anni prima, si era opposta alla revisione giudiziale delle clausole abusive, anche laddove il legislatore nazionale avesse approntato dei meccanismi diretti a ricostituire l'equilibrio fra il consumatore ed il professionista (*Banco Español*) [30]. Pur conscia del fatto che l'art. 6, § 1 UCTD riconosca un certo margine di autonomia agli Stati Membri nella definizione della disciplina applicabile alla clausola vessatoria, la giurisprudenza della Corte pareva difatti ferma nell'interpretare la "non vincolatività" della convenzione abusiva alla stregua di una nullità nuda, nell'ottica del più generale principio di dissuasività per il professionista. A detta della Corte – forte, probabilmente, dell'influenza prodotta dalla netta posizione assunta dall'Avvocato Generale nelle conclusioni [31] – l'eventualità di una integrazione giudiziale della clausola abusiva attenuerebbe fortemente la deterrenza della sanzione nei confronti del professionista, che – *worst case scenario* – conterebbe comunque sulla sopravvivenza di un rapporto rimodulato a condizioni di equità fra le parti.

Sennonché – come correttamente si osserva in *Kásler* – il principio di dissuasività deve essere letto anche nella direzione inversa, stante il rischio che una interpretazione che obblighi il giudice a procedere all'annullamento integrale del contratto in presenza di una clausola abusiva dissuaderebbe, stavolta sì, il consumatore dell'esperimento di un rimedio a lui sconveniente. Una pronuncia di invalidità che investa la clausola di indicizzazione nella sua interezza (*core term*) comprometterebbe – a differenza di quanto osservato in Banco Español [32] – il funzionamento stesso del contratto, impedendone così la sopravvivenza ed obbligando

[30] Su tutte, CGUE, Prima Sezione, 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, C-618/10.

[31] Conclusioni dell'Avvocato Generale Verica Trstenjak presentate il 14 febbraio 2012, Causa C-618/10, secondo cui "La prospettiva che i motivi d'inefficacia del contratto siano sanati e l'esiguità dei rischi incorsi dal professionista potrebbero produrre un effetto contrario a quello voluto dal legislatore europeo. Tali fattori potrebbero indurre il professionista semplicemente a «tentare la fortuna» inserendo nel contratto quante più clausole abusive possibile, nella speranza che gran parte di esse sfuggano all'attenzione del giudice nazionale […] in ultima analisi il professionista potrebbe vivere una situazione giuridica del genere come una sfida, tanto più che non avrebbe nulla da perdere a tentare di imporre le sue clausole al consumatore. Questi esempi mostrano che la possibilità di adeguamento successivo del contratto da parte del giudice non solo attenuerebbe l'effetto deterrente prodotto dall'articolo 6 della direttiva, ma addirittura produrrebbe l'effetto contrario. Risulterebbe così vanificato il perseguimento degli obiettivi della direttiva 93/13".

[32] Il principio di diritto nel caso Banco Español de Crédito si comprende alla luce delle caratteristiche specifiche del rapporto controverso, ben distinte da quelle in Kásler. Nel primo si discorreva difatti di un rapporto di finanziamento a tasso variabile, in cui la clausola controversa non era quella che determinava la misura dell'interesse corrispettivo, bensì quella sul moratorio. In Spagna l'accertamento della natura usuraria di un tasso moratorio applicato in un contratto del consumatore legittima il giudice, nel dichiarare la nullità della clausola, ad integrare il contatto moderando diritti ed obblighi delle parti in conformità a buona fede (v., art. 83 Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias e art. 1258 codigo civil). La Corte, nel censurare un intervento manutentivo del giudice in ipotesi di usurarietà del tasso, sembra dunque configurare un sistema in cui il contratto di finanziamento rimane comunque in vita per il consumatore, il quale non sarà tenuto a corrispondere alcun interesse a titolo di mora (allineandosi così alla soluzione italiana della gratuità del rapporto di credito). La diversa logica della preferenza per la "nullità nuda" di fronte a clausole vessatorie che regolano le conseguenze sanzionatorie per inadempimento del consumatore è chiarita da P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto nel diritto dei consumatori tra integrazione cogente, nullità 'nude' e principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele*, cit., 745, secondo cui «In tutte queste ipotesi la nullità nuda serve a privare il professionista del beneficio abusivamente acquisito mediante l'imposizione della clausola: la penale eccessiva, l'interesse moratorio sproporzionato, la risoluzione a fronte di un inadempimento di scarsa o scarsissima importanza. In questi casi, inibire la revisione delle clausole significa essenzialmente che le parti (e in particolare chi ne ha approfittato) sono definitivamente private di tutti i benefici derivanti dall'esercizio dell'autonomia altrimenti riconosciuta ai contraenti in questi ambiti e non solo della parte di essi eccedente la regola di equità.



il consumatore alla restituzione immediata della somma per l'intero [33]. Questo argomento completa così il quadro tratteggiato in Banco Español, precisando che l'art. 6, § 1 UCTD non sia affatto incompatibile con una regola di diritto nazionale che supplisca alla nullità di una clausola essenziale, sostituendo all'equilibrio formale che il contratto determina tra diritti ed obblighi delle parti quello volto a ristabilirne l'eguaglianza reale.

2.2. – Orbene, la non automatica equiparazione fra "non vincolatività" della clausola economica ed invalidità integrale del contratto dischiude una serie di scenari che implicano di far chiarezza su fonti e limiti del processo di integrazione della clausola abusiva. Sull'apertura di Kásler, la Corte è difatti tornata in più di un'occasione, restituendo una lettura dell'art. 6, §1 che può essere articolata, sinteticamente, attraverso tre proposizioni.

La prima è che la possibilità di sostituzione della clausola essenziale abusiva, in quanto ipotesi che fa eccezione al regime di parziarietà della invalidità, opera unicamente in presenza di disposizioni interne che troverebbero applicazione in mancanza di un accordo delle parti sul punto: il presupposto è quello per cui solo disposizioni legislative o regolamentari suppletive riflettono l'equilibrio che il legislatore ha stabilito fra diritti ed obblighi delle parti in un caso specifico [34]. Quest'affermazione esclude, di conseguenza, ogni riferimento a disposizioni che non abbiano siffatta natura, quali quelle di carattere generale, riferibili a norme di convivenza sociale, principi d'uso, consuetudini. La Corte non lo dice espressamente (*Dziubak*), ma il limite è chiaro ed emerge bene dalle conclusioni dell'Avvocato Generale: quello di un intervento "creativo" del giudice che, facendo leva su clausole generali e sul richiamo al principio di equità, alteri l'equilibrio di interessi voluto dalle parti, comprimendone in misura eccessiva l'autonomia o persino alterando la natura dell'accordo originario [35].

La seconda proposizione si lega, anch'essa, al carattere eccezionale della sostituibilità della clausola abusiva. Le clausole che riproducono, in conformità dell'art.1, §. 2 UCTD, disposizioni nazionali sono sottratte al sindacato di vessatorietà, ma *solo* per la parte in cui vi sia una effettiva corrispondenza con la disposizione legislativa in esame. D'altronde, la stessa natura eccezionale dell'indice negativo di vessatorietà ex art. 1, par. 2 UCTD, ne implica una lettura in chiave restrittiva (*Ilyés-Kiss*) [36]. Se, dunque, un legislatore nazionale ha inteso colpire un preciso meccanismo di allocazione del rischio fra le parti, sostituendo allo statuto privato un assetto regolato da una norma pubblica, la sottrazione dal sindacato di vessatorietà coprirà unicamente la sola clausola presa in considerazione dall'intervento legislativo. Nelle ipotesi – come quella appena considerata della legislazione ungherese – in cui la norma lasci comunque uno spazio alla regolazione privata nella determinazione e allocazione del rischio, sarà pertanto nelle facoltà del giudice di sindacarne eventuali profili di vessatorietà ai sensi dell'art. 4, § 2, UCTD.

La terza proposizione è quella con una portata più innovativa nell'impianto regolato dalla direttiva sulle

[33] Sul punto, in particolare § 83-84 *Kásler.*

[34] La proposizione emerge in CGUE, Terza Sezione, 3 ottobre 2019, *Dziubak c. Raiffeisen Bank International AG*, C-260/18 (in particolare, §§ 59-60) e, più di recente, nonché più esplicitamente, CGUE, Settima Sezione, 18 novembre 2021, *M.P., B.P. c. altri*, C-212/20 (in particolare, §§ 68-69).

[35] Conclusioni dell'Avvocato Generale Giovanni Pitruzzella, presentate il 14 maggio 2019, Causa C-260/18, *Dziubak c. Raiffeisen Bank International AG.*

[36] CGUE, Seconda Sezione, 20 settembre 2018, *OTP Bank Nyrt., OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. c. Teréz Ilyés, Emil Kiss*, C-51/17, § 66 ss.



clausole abusive. L'esclusione dal giudizio di vessatorietà di clausole che riproducano disposizioni legislative o regolamentari di carattere imperativo si giustifica per il fatto che tali clausole, ai sensi della direttiva, godono di una *presunzione* di non abusività, che discende dal fatto che il legislatore nazionale abbia stabilito, a monte, il giusto equilibrio tra diritti ed obblighi delle parti. Maggiormente problematica è parsa, invero, la natura di questa presunzione. Gli art. 6 e 7, UCTD non chiariscono difatti se residui in capo al giudice del merito la facoltà di sindacare l'adeguatezza della misura con la quale il legislatore abbia provveduto a rendere "non vincolante" la clausola per il consumatore – la presunzione sarebbe, allora, relativa –, ovvero se l'intervento normativo esaurisca ogni ulteriore margine di valutazione – la presunzione sarebbe, in quel caso, assoluta. Inoltre, accedendo alla prima fra le opzioni delineate, rimarrebbe da precisare la direttrice lungo la quale il giudice sarebbe ammesso a valutare l'impatto dell'intervento normativo sulle garanzie di tutela ex art. 6, UCTD e quale peso assuma, a questo proposito la scelta del rimedio da parte del consumatore [37].

A questo dilemma ha dato voce la Corte, statuendo che anche laddove il legislatore nazionale abbia inteso provvedere a ristabilire l'equilibrio tra le parti salvaguardando, in linea di principio, la validità del rapporto, ciò non toglie che il suo intervento debba comunque rispettare i requisiti imposti dall'art. 6, UCTD (*Dunai*) [38]. La *ratio* della norma – attraverso il riferimento alla non vincolatività della clausola abusiva – induce la Corte ad una ricostruzione in chiave obiettiva dei requisiti in parola, consistenti nel ripristino dell'equilibrio fra le parti, salvaguardando al contempo – e ove possibile – la validità del contratto nel suo complesso [39]. Ciò vale a dire che spetterà al giudice del rinvio il compito di verificare se la normativa in parola consenta di ripristinare, in fatto e in diritto, la situazione in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza della clausola reputata abusiva (*Sziber*) [40].

3. – L'ultimo tassello di questo itinerario va ad inserirsi con la pronuncia in commento che – è interessante notarlo – affronta il problema in modo diametralmente opposto a quello appena esaminato.

Se, difatti, si è fin d'ora partiti dal presupposto per cui l'interesse del consumatore – in presenza di una norma suppletiva – si proiettasse necessariamente verso la conservazione del rapporto, il caso *OTP* pone la Corte di fronte al problema più ampio del perimetro effettivo di siffatta facoltà di scelta e, segnatamente, se essa possa altresì includere la rinuncia ad avvalersi del "rimedio legislativo", a favore della più radicale opzione della caducazione integrale del rapporto (vedi *infra* § I.3). Il punto – lo si è detto – è quello di comprendere quale peso assuma il criterio della convenienza per il consumatore nell'alternativa fra il mantenimento del contratto rettificato (comunque rischioso) e la totale liberazione del mutuatario dagli oneri relativi al meccanismo di cambio fra valute.

Orbene, alla Corte non sfugge che il principio guida dell'effettività del rimedio includa altresì la facoltà di rinunciare a diritti derivanti dal sistema di tutela contro l'uso di clausole abusive da parte del professionista [41]. Lo stesso distinguo fra rilevabilità *ex officio* della nullità e diritto di opposizione del consumatore evi-

[37] I termini di questa alternativa sono ben colti da S. PAGLIANTINI, *L'effettività della tutela*, cit., c. 0275 ss.

[38] CGUE, Terza sezione, 14 marzo 2019, *Zsuzsanna Dunai c. ERSTE Bank Jungary Zrt.*, C-118/17, §§ 38 ss.

[39] In questo senso, anche, CGUE, Prima sezione, 15 marzo 2012, *Jana Pereničová e Vladislav Perenič c. SOS financ spol. s r. o.*, C-453/10).

[40] CGUE, Seconda sezione, 31 maggio 2018, *Zsolt Sziber c. ERSTE Bank Hungary Zrt.*, C-483/16.

[41] La portata e i contorni di questo principio sono oggetto di una pluralità di recenti lavori, fra i quali si ricordano, senza pretesa di esaustività, G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Giuffrè, 2020, 105; P. IAMICELI, *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Quaderni dell'Università di Trento, 2020; D. IMBRUGLIA, *Effettività della*



denzia, d'altronde, come la consapevolezza del carattere non vincolante di una clausola abusiva, possa dar luogo ad un consenso libero ed informato di quest'ultimo ad accettare le condizioni dettate dal regolamento contrattuale [42]. Ciò, con maggior evidenza, nei casi in cui la caducazione della clausola obbligherebbe il giudice ad invalidare il contratto nel suo complesso, esponendo il consumatore al pregiudizio – già discusso – del rimborso integrale e immediato della somma concessagli a prestito.

Vale tuttavia la pena di domandarsi – anche se la Corte non lo fa espressamente – se sia corretto parlare di "rinuncia" quando ci si confronti con un intervento normativo che supplisca ad uno squilibrio del regolamento privato, attraverso un riassetto delle rispettive posizioni delle parti. Riassetto che muove – lo si è detto – dalla ponderazione di interessi diversi e non necessariamente paralleli fra loro, quali quello alla tutela della posizione individuale del consumatore, con le logiche di garanzia di stabilità del sistema finanziario e di riparto di rischi e costi delle attività finanziarie. D'altra parte, questa logica sembra compatibile con lo stesso dettato della direttiva che si limita a prevedere la "non vincolatività" della clausola abusiva, lasciando dunque ai singoli ordinamenti nazionali non solo il compito di tradurre questo lemma nelle specifiche categorie interne, ma anche di stabilirne i contorni effettivi e la sua modulazione in concreto [43].

Così ragionando, sembra potersi suggerire che la sussistenza di un intervento normativo che supplisca alla iniquità di clausole essenziali nei rapporti fra consumatori e professionisti sposti, in realtà, i termini del problema dalla dialettica della scelta a quella del controllo.

Un conto è difatti riconoscere al giudice la facoltà di saggiare l'adeguatezza della norma suppletiva a rendere non vincolante la clausola vessatoria per il consumatore (controllo), altro conto è considerare invece la soluzione legislativa alla stregua di una fra le opzioni nel menù rimediale, cui il consumatore possa liberamente decidere se e come accedere (scelta). Solo seguendo questa seconda direzione parrebbero, invero, concretizzarsi quei timori di subiettivizzazione delle sorti del contratto paventati da parte della dottrina [44] ed esclusi categoricamente alla Corte stessa, poiché si legittimerebbe una scelta, in fin dei conti, basata sul maggior vantaggio finale di ciascuna soluzione per il consumatore.

---

tutela e ruolo del giudice, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2017, 978; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, Giappichelli, 2017, 35; N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge University Press, 2013, 89; N. TROCKER, *L'Europa delle Corti sovranazionali: una storia di judicial activism tra tutela dei singoli ed integrazione degli ordinamenti giuridici*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2011, 110. Sulla declinazione dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività come criteri guida della moderazione giudiziale della nullità dei contratti dei consumatori, v., P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto nel diritto dei consumatori tra integrazione cogente, nullità 'nude' e principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele*, cit., 753, secondo cui «Se, dunque, effettività, proporzionalità e dissuasività sono ormai comunemente applicate tanto alle sanzioni quanto ai rimedi, il loro uso dovrebbe essere correlato alla natura e alla funzione primaria di ciascuna misura disposta dal giudice. Nel caso della nullità parziale, ciò significa garantire che, attraverso il rimedio, la parte protetta dalla nullità sia in grado di recuperare effettivamente le utilità perdute, di liberarsi dagli oneri o i rischi ingiustamente assunti; non invece che, in ragione di una funzione deterrente del rimedio, consegua arricchimenti ingiustificati o vada esente da responsabilità proprie».

[42] CGUE, Settima sezione, 1 giugno 2021, ordinanza, *UP c. Banco Santander SA*, C-268/19.

[43] Le difficoltà nel bilanciamento fra i diversi interessi in gioco emergono con evidenza dall'*opinions* che la Banca Centrale Europea fornisce su iniziativa degli Stati Membri in ambiti afferenti alle sue competenze, ai sensi degli artt. 127, par. 4 e 282, par. 5 Trattato sul Funzionamento dell'UE. In particolare, nell'Opinion relativa alla proposta di legge in Polonia, la BCE sottolinea che "in the case of Poland, risks associated with foreign currency loans do not, at present, appear to be of a systemic nature for the financial system and are not seen as representing a particular risk from a financial stability perspective […] The ECB notes that implementation of the draft law may entail significant financial costs for the banking sector. […] introducing measures with retroactive effect may also have some negative impact on the Polish economy if it leads to deterioration in foreign investor sentiment due to a perceived increase in legal uncertainty and country risk", v., Opinion of the European Central Bank of 24 March 2017 on foreign exchange-linked loans (CON/2017/9).

[44] M. LAMICELA, *Valutazione di abusività ed effetti della nullità di protezione del consumatore: la strategia della deterrenza e l'effettività delle tutele*, cit., 1557.



Ciò, tuttavia, non esenta l'intervento normativo da ogni possibilità di controllo.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte opta difatti per una ricostruzione del regime rimediale in chiave oggettiva, riconoscendo nell'idoneità del provvedimento normativo al ripristino dello *status quo ante* il discrimine fra la necessaria accettazione del contratto "rettificato" ed il margine di opzione per la caducazione integrale del rapporto [45]. Il criterio della convenienza assume dunque il suo peso – torna, per così dire, a riespandersi – solo nella misura in cui l'intervento normativo non sia in grado di ripristinare la situazione in fatto e in diritto che si sarebbe avuta in assenza della clausola. Ove, invece, l'intervento normativo assicuri il pieno ripristino dello *status quo ante*, il maggior vantaggio individuale è destinato a cedere di fronte alla logica d'insieme recata dalla legislazione nazionale.

4. – Quanto detto trova piena riprova nel contesto della regolazione del rischio e nell'applicazione della regola dello *status quo ante* alle clausole sul cambio fra valute.

Come si è anticipato, la preferenza del consumatore verso il rimedio ablativo si giustificava alla luce della prospettiva di evitare la sopportazione di ogni onere attribuibile alla dinamica di indicizzazione al cambio con la valuta estera, non solamente a quelli (maggiori) dovuti per effetto della clausola che distingue il tasso applicabile alla vendita da quello all'acquisto. Lo statuto del rischio (vedi, *infra* § I) si componeva difatti di due distinte previsioni, l'una – quella di indicizzazione al cambio – dedicata all'*an* della variabilità finanziaria, l'altra – quella differenziale – al *quantum* sopportato da ciascuno dei contraenti. Il meccanismo di indicizzazione semplice – vale la pena ricordarlo – opera difatti in misura neutra fra le parti, assoggettando la determinazione di una delle prestazioni all'oscillazione di una variabile finanziaria [46]: ciò significa che, seppur le dinamiche successive di mercato possano concretamente avvantaggiare l'una o l'altra parte, in astratto entrambi i contraenti sopportano in misura eguale il rischio al momento iniziale del contratto [47]. Diversamente operano gli accordi di trasferimento del rischio [48] – a cui appartiene la clausola differenziale – che definiscono fin dall'inizio la misura con la quale ciascuna delle parti sopporterà (o meno) le conseguenze prodotte dai diversi scenari [49].

---

[45] CGUE, Seconda sezione, 31 maggio 2018, Zsolt Sziber contro ERSTE Bank Hungary Zrt, C-483/16, §§ 53-54.

[46] Diffusamente su questo meccanismo, G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004.

[47] La tecnica dell'indicizzazione "semplice" ha natura, come si è anticipato, neutra, ed il caso dei finanziamenti a tasso variabile ne è un esempio. L'utilizzo di un *benchmark* per la determinazione del tasso di interesse che sia in grado di esprimere il costo medio al quale le banche "comprano" il denaro che concedono a prestito (i.e. EURIBOR, LIBOR, EONIA, €STER etc.) rappresenta un classico esempio di *risk sharing*: laddove l'intermediario goda di condizioni di *funding* più favorevoli, il meccanismo di indicizzazione consentirà anche al prenditore di denaro di beneficiarne, corrispondendo alla controparte un tasso di interesse in misura più ridotta. Ove, invece, il costo del denaro per la banca aumenti, il mutuatario sarà tenuto ad indennizzare la controparte sostenendo oneri maggiori per il finanziamento. In economia, il meccanismo di indicizzazione viene definito, a questo proposito, come strumento di giustizia distributiva, M. FRIEDMAN, *Monetary correction. A proposal for escalator clauses to reduce the costs of ending inflation*, London, Institut for Economic Affair, 1974, 74.

[48] A questa categoria possono annoverarsi tanto clausole che impongono barriere all'oscillazione del parametro (floor, cap, collar, corridor), quanto clausole che riconoscono facoltà di modifica unilaterale del profilo di rischio *ad nutum* (clausola di estinzione anticipata), ovvero al ricorrere di determinate condizioni (*ius variandi*, conversione, fall-back, etc.). Una panoramica più completa è offerta da, L. GUTKIN, *Die Europäisierung*, cit.

[49] Questo aspetto concorre, a parere di chi scrive, a distinguere fra accordi di condivisione del rischio (o *risk sharing*) e accordi di trasferimento del rischio (*risk transfering*). Nel primo caso (*risk sharing*), a variare può essere la probabilità di verificazione dei singoli scenari (cd. *scenari di probabilità*), mentre l'incidenza che essi assumono sul valore delle prestazioni contrattuali rimane equamente distribuita fra le parti. Ad esempio, la probabilità che un EURIBOR allo 0% aumenti fino all'1% può essere maggiore, minore o uguale a quella per cui diminuisca fino al –1%; tuttavia, entrambe le parti sopporteranno le conseguenze della salita o la discesa del



L'esistenza di un effetto aggiuntivo – *i.e.* quello della allocazione asimmetrica del rischio – non deve tuttavia indurre nell'errore di qualificare la clausola differenziale fra le convenzioni ancillari del rapporto. Quello fra clausola di indicizzazione e clausola differenziale, più che di genere/specie – sì che il venir meno di una parte dell'una consentirebbe al contratto di operare comunque in funzione dell'altra – è un rapporto fra due modalità diverse di determinazione dell'entità della prestazione. Il venir meno della clausola differenziale non comporta infatti né l'automatica trasformazione del contratto in finanziamento domestico, né tantomeno la riconduzione ad equità di un finanziamento in valuta: comporta più semplicemente la caducazione integrale del rapporto, per venir meno del meccanismo determinativo del tasso di interesse. L'intervento normativo sub § I.2. muove proprio dal proposito di sostituire – una volta dichiarata la vessatorietà della clausola differenziale – al meccanismo di indicizzazione contrattuale (iniquo), un diverso sistema di indicizzazione (equo), ancorato al tasso di cambio ufficiale stabilito dalla Banca Nazionale Ungherese. Così facendo, il legislatore ungherese non ha difatti inteso trasformare il rapporto in un finanziamento di diversa natura – i.e. uno "domestico", in cui l'espressione di capitale, interessi e somme dovute a titolo di rimborso avvengono alla valuta nazionale del consumatore –, bensì di operare una redistribuzione del rischio complessivo sotteso allo strumento finanziario, da un onere gravante esclusivamente sul mutuatario, ad uno sopportato da entrambe le parti contrattuali. In altre parole, poiché l'intervento normativo assicura il ripristino della situazione di fatto e di diritto in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza della clausola differenziale, non è ammissibile per quest'ultimo optare per una soluzione – quella della eliminazione totale del rischio – che anticipi la protezione oltre la linea temporale dello *status quo ante*. A diversa soluzione – benché nella medesima logica – si potrebbe accedere nella sola ipotesi in cui la struttura stessa del finanziamento e del meccanismo di indicizzazione al cambio sia frutto di una informazione non resa secondo i tradizionali canoni della chiarezza e comprensibilità. In questo diverso caso, la restaurazione dello *status quo ante* non guarderebbe difatti al negozio già concluso (a condizioni inique), ma al negozio da concludersi, legittimando il venir meno dell'intero sistema di indicizzazione al cambio – data, per l'appunto, la natura essenziale della clausola.

parametro, in termini di variazione di valore della prestazione contrattuale. Nel secondo caso (*risk transfering*), la variazione prodotta da alcuni scenari può essere sopportata solo da una delle parti, attraverso una diversa allocazione del rischio internalizzato attraverso il meccanismo di indicizzazione. Nell'esempio appena fatto, se le parti hanno convenuto la stipulazione di un floor allo 0%, le variazioni del *benchmark* inferiori a quella soglia non graveranno sulla parte beneficiaria del floor (nel caso del finanziamento, la banca).

JUS CIVILE



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, SENT. 1 APRILE 2021, N. 2727

L'esigenza di individuare un mercato rilevante si pone, nondimeno, quale presupposto indefettibile per determinare se la condotta indagata abbia la capacità di alterare "in maniera consistente il gioco della concorrenza" e, nel caso specifico di cui all'art. 3 l. n. 287/1990, al fine di accertare l'esistenza di una posizione dominante e le eventuali caratteristiche abusive di un determinato comportamento. Ne deriva che l'identificazione di un mercato di riferimento è funzionale alla stessa individuazione delle restrizioni della concorrenza vietate dagli articoli 2 e 3 della surrichiamata legge.
Il sindacato di questo giudice sui provvedimenti dell'AGCM si estende pure a quei profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne la legittimità. Ove questi includano valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità (com'è per la definizione di mercato rilevante), lo scrutinio di legittimità s'invera in un controllo di logicità, coerenza e ragionevolezza di tale giudizio e nella verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità.
Costituiscono abuso di posizione dominante i comportamenti idonei ad incidere sulla struttura di un mercato rilevante dove, per effetto della presenza della dominante, il livello della concorrenza è già debole e che consistono non solo nell'effettivamente impedire, ma anche soltanto nel tentare di impedire, con mezzi diversi da quelli dell'ordinaria e proporzionata competizione in prodotti o servizi, che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo.
Non può farsi discendere da mere presunzioni ovvero da elementi probatori indiretti la dimostrata correlazione tra una condotta caratterizzata da una forte propensione alla scontistica e la qualificazione anticoncorrenziale ed escludente (delle altre imprese operanti nel mercato di riferimento) della condotta caratterizzata dalla pratica di offrire sconti fidelizzanti.
L'applicazione della entry fee per le ipotesi più gravi di illecito antitrust è indipendente dalla durata dell'infrazione e dagli effetti della condotta accertata.

CARLO ATTANASIO

Dottore in Scienze giuridiche – Università degli Studi di Sassari

IL CONSIGLIO DI STATO CONFERMA L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE DI MOBY/CIN. SI APRE LA FASE DEL *PRIVATE ENFORCEMENT ANTITRUST*?

SOMMARIO: *1. Il caso. – 2. L'accertamento dell'abuso di posizione dominante nella giurisprudenza eurounitaria e interna. – 3. La decisione del Consiglio di Stato. – 4. I possibili scenarî futuri sotto il profilo del* private enforcement.



1. – La controversia da cui origina la pronuncia in commento prende le mosse da una serie di denunce e segnalazioni che nell'anno 2016 pervengono all'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (di séguito anche Autorità garante, Autorità o AGCM), da parte di alcune società di logistica operanti in Sardegna (segnatamente la Trans Isole S.r.l. e la Nuova Logistica Lucianu S.r.l.) e dalla compagnia di navigazione Grimaldi Euromed S.p.a. (d'ora in poi Grimaldi). Tali denunce e segnalazioni evidenziavano una serie di condotte poste in essere dalle società Moby S.p.a., Compagnia Italiana di Navigazione S.p.a. (di séguito CIN) e Onorato armatori S.p.a. (successivamente fusa per incorporazione alla società Moby), consistenti – tra le altre cose – nell'ingiustificato rifiuto di accettare prenotazioni e di imbarcare automezzi, nonché nel recesso unilaterale dagli accordi commerciali e nel peggioramento delle condizioni economiche e commerciali applicate fino a quel momento, nei confronti delle società di logistica segnalanti. Il motivo di siffatte condotte viene ricollegato all'ingresso, a partire dal settembre del 2015, della compagnia Grimaldi nel mercato dei trasporti marittimi di merci da e per la Sardegna, attraverso l'inaugurazione della nuova rotta Palermo-Cagliari, con la successiva estensione su altre rotte. In effetti, il fatto che le società di logistica summenzionate avevano trasferito una parte delle proprie merci sulle navi di Grimaldi aveva scatenato la «reazione» della Moby (inclusa l'Onorato armatori, successivamente incorporata) e della CIN, le quali allora avevano intrapreso una serie di misure allo scopo di dissuadere tutte le società di logistica operanti sul mercato sardo dall'utilizzare i servizi della compagnia Grimaldi, in modo da ostacolarne la permanenza nel mercato. Così, se da un lato nei confronti delle imprese di logistica che si erano avvalse dei servizî della nuova concorrente Grimaldi, ritenute «traditrici», la Moby e la CIN avrebbero attuato le misure «punitive» di cui sopra, al contrario, in favore delle imprese di logistica «fedeli», avrebbero applicato una serie di misure «premianti», attraverso la concessione di sconti e condizioni favorevoli a fronte dell'utilizzo, in via esclusiva, dei loro servizî di trasporto.

Alla luce delle suddette segnalazioni, l'AGCM apriva in data 6 aprile 2016 un procedimento istruttorio per possibile abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 102 TFUe. Dopo aver delimitato ed individuato i mercati rilevanti nei tre principali fasci di rotte tra la Sardegna e la penisola, ossia le rotte del comparto Nord Sardegna-Nord Italia (NS-NI), quelle del comparto Nord Sardegna– Centro Italia (NS-CI) e, infine, quelle del comparto Sud Sardegna-Centro Italia (SS-CI), l'Autorità rinveniva in esse una posizione dominante delle imprese Moby e CIN, a causa soprattutto delle rilevanti quote di mercato dalle stesse detenute. Inoltre, le condotte poste in essere da queste ultime, qualificate dall'Autorità come boicottaggi diretti (in relazione a quelle sopra definite condotte «punitive») e indiretti (in relazione a quelle sopra definite condotte «premianti»), venivano considerate anticoncorrenziali e, per l'effetto, integranti l'abuso della riconosciuta posizione dominante, *ex* art. 102 TFUe, in quanto dirette a realizzare «un'unica e articolata strategia tesa all'esclusione dei concorrenti, attuali e potenziali, nei mercati rilevanti, intenzionalmente realizzata tramite un'azione di boicottaggio diretto e indiretto nei confronti delle imprese di logistica che si erano rivolte ai concorrenti, per scoraggiarle dall'avvalersi dei loro servizi di trasporto marittimo» . Conseguentemente, anche in applicazione della *entry fee* prevista dalle linee guida dell'AGCM, avente lo scopo di aumentare l'effetto dissuasivo della sanzione, l'Autorità – con provvedimento n. 27053 del 28 febbraio del 2018 – irrogava in solido alla CIN e alla Moby una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 29.202.673,73, da corrispondere entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del provvedimento, oltre ad ordinare l'immediata cessazione delle condotte illecite accertate.

Avverso il provvedimento dell'AGCM presentavano ricorso al Tar del Lazio le stesse CIN e Moby.

Il Tribunale amministrativo, con la sentenza n. 7175 del 4 giugno 2019, pur confermando sostanzialmente l'impianto istruttorio del provvedimento dell'Autorità, per quanto riguarda la determinazione del mercato rilevante, l'affermazione di una posizione dominante delle ricorrenti e la configurazione dell'abuso di tale po-



sizione, accoglieva parzialmente il ricorso presentato, nella parte relativa alla misura della sanzione irrogata, annullando la relativa statuizione prevista nel provvedimento dell'Autorità e rinviando a quest'ultima per una nuova e concreta quantificazione, in diminuzione, della sanzione. Il Tribunale giustificava inoltre la necessità di una riduzione della sanzione sulla base di un duplice rilievo. In primo luogo, si evidenziava il mancato approfondimento, da parte dell'Autorità, in sede di istruttoria, delle ragioni dirette a dimostrare l'effettiva portata anticoncorrenziale delle condotte rientranti nel c.d. «boicottaggio indiretto», con particolare riferimento all'applicazione della scontistica a favore dei clienti «fedeli». In secondo luogo, si contestavano le modalità di irrogazione della sanzione, sia sotto il profilo della carenza di giustificazione per l'applicazione della *entry fee* di cui alle Linee guida dell'AGCM [1], che prevedono, allo scopo di aumentare l'effetto deterrente della sanzione imposta dall'Autorità, la possibilità di imporre un incremento della sanzione sulla base di una somma compresa tra il 15 e il 25% del valore dei beni o servizî oggetto dell'infrazione, ma esclusivamente in riferimento «alle più gravi restrizioni della concorrenza». Proprio in relazione alla richiesta gravità dell'infrazione il Tribunale interpellato rilevava come – nel caso di specie – l'Autorità si fosse limitata ad una mera petizione di principio, senza motivare effettivamente al riguardo. Inoltre, il Tar rilevava come anche l'individuazione del parametro base della sanzione, rinvenuto dall'AGCM nella percentuale del 9% delle vendite (solamente un punto percentuale inferiore rispetto alla misura massima prevista dall'art. 15 della l. n. 287/1990), fosse criticabile e dovesse essere rivista al ribasso, considerando la carenza motivazionale, da parte dell'Autorità, circa la perduranza delle infrazioni fino al momento dell'emanazione del provvedimento sanzionatorio, con necessità dunque della riduzione dell'arco temporale delle stesse.

Nei confronti della sentenza di primo grado ha proposto appello, innanzi al Consiglio di Stato, l'AGCM, la quale ha chiesto la riforma della stessa, nella parte in cui accoglieva parzialmente il ricorso di Moby e CIN. Allo stesso modo, con sette distinti motivi di appello, hanno presentato ricorso avverso la sentenza di primo grado anche Moby e CIN. Infine, ha presentato appello anche la società Grendi Trasporti Marittimi S.p.a., la quale era intervenuta *medio tempore* nel corso del procedimento di vigilanza svolto dall'Autorità, con richiesta del 10 febbraio 2017, accolta con atto del 14 marzo 2017.

2. – Prima di soffermarci sull'analisi della pronuncia del Consiglio di Stato, qui commentata, è necessario premettere brevemente, al fine di un loro inquadramento generale, taluni cenni in relazione ad importanti concetti quali quello di «mercato rilevante», quello di «posizione dominante» e quello di «abuso» di una tale situazione, alla luce delle principali pronunce giurisprudenziali, sia eurounitarie, sia nazionali.

Nel procedimento volto all'accertamento di un abuso di posizione dominante, il primo passo da compiere è certamente quello dell'individuazione e delimitazione del mercato rilevante, posto che questo rappresenta senz'altro il presupposto necessario della stessa posizione di dominanza [2], la quale risulta essere «intrinseca-

[1] Cfr. l'art 17 della Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152 – *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*, in *agcm.it*.

[2] Sulla delimitazione del mercato rilevante quale presupposto necessario per l'accertamento della posizione di dominio sul mercato si veda, da ultimo, C. giust. Ue 30 gennaio 2020, in causa C-307/18, *Generics (UK) Ltd. e altri* c. *Competition and Markets Authority*, in *curia.europa.eu*, par. n. 127, la quale evidenzia appunto l'imprescindibile necessità di definire il perimetro all'interno del quale esaminare la questione se l'impresa sia in grado di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e dei consumatori. Meno recente ma altresì importante C. giust. Ce 21 febbraio 1973, causa C-6/72, *Europemballage Corporation* e *Continental Can Company Inc.* c. *Commissione delle Comunità europee*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1973-00215, 247,



mente dipendente»[3] dal concetto qui analizzato. L'essenziale funzione della delimitazione del mercato rilevante è dunque quella di delineare lo scenario, o meglio ancora il perimetro concorrenziale[4], all'interno del quale collocare l'impresa che si suppone avere una posizione dominante nel medesimo, al fine di verificare, concretamente e caso per caso, se effettivamente essa goda al suo interno di una posizione di dominio. Il concetto di mercato rilevante può essere scomposto a sua volta in due ulteriori articolazioni: il mercato del prodotto rilevante e il mercato geografico rilevante, compiutamente definite dalla Commissione delle Comunità europee nella sua comunicazione del 9 dicembre 1997[5]. La corretta delimitazione del mercato rilevante passa necessariamente da una esatta definizione e dalla combinazione delle sue componenti, come sopra specificate. Così, una volta delineata, nella prospettiva del mercato geografico, la «determinata area geografica nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee»[6], all'interno della quale i consumatori orientano la propria domanda verso il prodotto economicamente più vantaggioso, è possibile individuare – nella prospettiva del mercato del prodotto – le imprese che in concreto possono porsi in concorrenza con quella indagata[7], le quali non necessariamente devono vendere lo stesso prodotto dell'impresa sospettata di detenere una posizione dominante, essendo sufficiente – in base al rilevante principio della sostituibilità del prodotto, sia sul lato della domanda[8], sia sul lato dell'offerta[9] – che questo sia sostituibile o intercambia-

---

par. n. 32, dove viene messo in evidenza che «Ai fini della valutazione […] della posizione dominante […] ha importanza essenziale la delimitazione del mercato di cui trattasi, poiché le possibilità di concorrenza non possono essere valutate se non in funzione delle caratteristiche dei prodotti di cui trattasi, grazie alle quali detti prodotti sarebbero particolarmente atti a soddisfare bisogni costanti e non sarebbero facilmente intercambiabili con altri prodotti».

Nella giurisprudenza nazionale, nel medesimo senso, cfr. Cons. St. 8 aprile 2014, n. 1673, nonché Tar Lazio 25 luglio 2016, nn. 8499, 8500, 8502, 8504, e 8506, entrambe in *giustizia-amministrativa.it*.

In dottrina, invece, si vedano per tutti G. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Temi e problemi*, a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma, 1995, 9 ss., secondo cui il concetto di mercato rilevante rappresenterebbe proprio il presupposto logico e giuridico di ogni analisi *antitrust*; C. OSTI, voce *Abuso di posizione dominante*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2011, 3, per il quale «solo sulla base di un mercato delineato […] può stabilirsi se una o più imprese detengano una posizione dominante ovvero acquistino o rafforzino tale posizione»; L. CERRONI, G. ZANCHI, *La rilevanza della posizione dominante nel codice civile e nel diritto della concorrenza,* in *Riv. dir. priv.,* I, 2011, 86, dove si afferma che «al fine di verificare se un'impresa si trovi in una posizione di dominanza economica è necessario preliminarmente individuare il mercato rilevante che costituisce il principale parametro di riferimento di ogni valutazione volta a misurare l'egemonia dell'impresa stessa e la liceità del comportamento in esame […]».

[3] In questo senso si veda F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, II ed., Torino, 2019, 187.

[4] Cfr. da ultimo in questo senso M. CARPAGNANO, *Il mercato rilevante*, in AA.VV., *Diritto antitrust*, a cura di A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ, Milano, 2021, 80.

[5] Cfr. comunicazione della Commissione Ce del 9 dicembre 1997 sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, 97/C 372/03, in *GUCE*, del 9 dicembre 1997, C/372, ai parr. 7-8. In particolare, la Commissione ricomprende nel mercato del prodotto rilevante «tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati», mentre per mercato geografico rilevante intende «l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse».

[6] Così Cass. 12 novembre 2019, n. 29237, con nota di A. PISTILLI, *Il caso Ryanair come paradigma dell'abuso di posizione dominante nel trasporto aereo. La centralità del* city-pair method *ai fini del corretto accertamento del mercato rilevante*, in *Dir. ind.*, 2020, 5, 417 ss.

[7] In proposito si veda L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2013, 216, il quale chiarisce come la delimitazione del mercato rilevante presupponga «l'individuazione delle imprese che possono efficacemente opporsi ad una condotta in astratto limitativa della concorrenza […]».

[8] Per la determinazione della sostituibilità sul versante della domanda, il principale criterio impiegato è quello del c.d. *price test*, o meglio dello SSNIP («*small but significant and non-transitory increase of price*»), che consiste nell'ipotizzare un piccolo ma significante aumento permanente del prezzo del prodotto in esame (nell'ordine del 5-10%), al fine di verificare se in virtù di tale aumento la domanda dei consumatori si orienti o meno verso prodotti concorrenti, così da ricomprendere nel mercato (del prodotto) rilevante



bile dai consumatori con quelli offerti dai concorrenti. Così, all'esito del processo di delimitazione del mercato rilevante viene individuato quello che la giurisprudenza ha più volte definito «il più piccolo contesto» [10] all'interno del quale può sussistere una concorrenza effettiva tra i prodotti che ne fanno parte, ciò proprio in virtù dell'intercambiabilità degli stessi.

Una volta individuato e delimitato il mercato rilevante è possibile stabilire se, in esso, l'impresa indagata detenga o meno una posizione dominante. Tuttavia, in assenza, nell'art. 102 TFUe (e nella corrispettiva norma di diritto interno, l'art. 3 della l. n. 287/1990), di una specifica definizione normativa della posizione di dominio in uno specifico mercato, la relativa nozione deve essere ricavata *aliunde*. In proposito, un ruolo decisivo è assolto dalla giurisprudenza eurounitaria, che ha elaborato la tradizionale nozione di «posizione dominante», definendola come «una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori» [11].

---

tutti gli ulteriori prodotti alternativi verso i quali si rivolge la domanda dei consumatori all'aumento del prezzo del prodotto considerato. Tuttavia, è stato rilevato che lo SSNIP, essendo un test econometrico formale, non sempre si mostra pienamente affidabile, soprattutto quando il prezzo di partenza è già un prezzo monopolistico e non concorrenziale (per questo rilievo si veda M. CARPAGNANO, *Il mercato rilevante*, cit., 83 ss.). Per tale motivo, la Commissione Europea, pur continuando ad utilizzare in via prevalente lo SSNIP *test*, in quanto comunque ritenuto lo strumento maggiormente in grado di eliminare incertezze e valutazioni soggettive, non si sottrae all'impiego di ulteriori dati empirici che consentano di delimitare il mercato rilevante sotto il profilo della sostituibilità della domanda.

[9] Per ciò che concerne la sostituibilità sul versante dell'offerta, invece, ciò che rileva è la possibilità che imprese non attive nel mercato del prodotto rilevante, fino al momento preso in considerazione, possano – a fronte di piccole e permanenti variazioni dei prezzi del prodotto considerato – decidere di entrare, per il futuro, nel mercato del prodotto rilevante. Pertanto, sotto questo specifico profilo, la definizione del mercato rilevante si sofferma essenzialmente sull'analisi di eventuali barriere all'entrata nel mercato, ossia alla presenza di «ostacoli e impedimenti che possono assumere varia natura, da vincoli normativi e regolamentari, a vincoli economici relativi ai mercati a valle, ad esempio legati alla necessità di compiere investimenti specifici nel processo produttivo che presentano costi sommersi, quali costi di riqualificazione del personale o dei macchinari, o che risultano particolarmente rischiosi». Così M. CARPAGNANO, *Il mercato rilevante*, cit., 86.

[10] Su tutte cfr. Cons. St. 15 febbraio 2002, n. 150, nonché Tar Lazio 20 febbraio 2008, n. 1542, in *giustizia-amministrativa.it*, dove in tema di intese si afferma che «In sostanza, il mercato rilevante è il più piccolo contesto (insieme di prodotti ed area geografica), nel cui ambito sono possibili, tenuto conto delle esistenti possibilità di sostituzione, intese che comportino restrizioni consistenti della concorrenza».

[11] Cfr. C. giust. Ce 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands* c. *Commissione delle Comunità europee*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1978-00207, 207. La medesima nozione è ripresa, successivamente, in molte altre pronunce come, ad esempio, C. giust. Ce 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1979 –00461, 464 ss., ove si rinviene una rilevante distinzione tra il concetto di posizione dominante e quello di monopolio, evidenziando come la mera situazione di dominio «[…] a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, ma pone l'impresa che la detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza e, comunque, di comportarsi sovente senza doverne tenere conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio» (par. n. 39). Si vedano, inoltre, sul punto: C. giust. Ce 9 novembre 1983, causa C-322/81, *NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin* c. *Commissione delle Comunità europee*, in *Racc. giur. C. giust., 1983 –03461*, 3466 ss.; C. giust. Ce 3 ottobre 1985, causa C-311/84, *CBEM*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1985-03261, 3261; C. giust. Ce 24 giugno 1986, causa C-53/85, *Akzo*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1986 –01965, 1965 ss.; C. giust. Ce 4 maggio 1988, causa C-30/87, *Bodson*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1988 –02479, 2479. Nella giurisprudenza interna, invece, si veda da ultimo Tar Lazio 17 maggio 2021, n. 5801, in *giustizia-amministrativa.it*.

Anteriormente alla sopracitata pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *United Brands*, un tentativo di definizione della posizione dominante era stato avanzato dal *Memorandum della Commissione sul problema delle concentrazioni nel Mercato comune* del 1965, in *Riv. soc.*, 1966, 1200 ss., secondo cui si avrebbe una posizione di dominio sul mercato «[…] quando una o più imprese possano influire in maniera sostanziale sulle decisioni di altri agenti economici mediante una strategia indipendente, in modo che una concorrenza praticabile e sufficientemente efficace non possa svolgersi né mantenersi su tale mercato […]. La nozione di concorrenza praticabile corrisponde a una nozione realistica. Si ammette che esista concorrenza sufficientemente efficace quando le imprese non limitano in modo eccessivo o artificiale la vendita o la produzione, quando esse soddisfano la domanda facendo partecipare



L'elemento centrale della nozione giurisprudenziale di cui sopra non risiede tanto nell'assenza di concorrenza in sé, la quale dunque può anche sussistere, salvo una conformazione assolutamente monopolistica del mercato, quanto piuttosto nella condizione di indipendenza [12] in cui si trova l'impresa dominante rispetto alle altre imprese che agiscono nel medesimo mercato e degli stessi consumatori [13].

L'attività di accertamento della posizione di dominio su uno specifico mercato rilevante si presenta particolarmente complessa e difficoltosa, in quanto si fonda su un concetto, quello della sostanziale indipendenza dell'impresa dominante, rispetto ai concorrenti (attuali o potenziali), che si caratterizza per un'eccessiva indeterminatezza [14], non essendo chiaro quale sia il livello di indipendenza ritenuto sintomatico di una posizione di dominanza. A tal fine, sono state individuate due categorie di criterî utili nell'accertamento in discorso: si tratta dei criterî c.d. strumentali e di quelli c.d. comportamentali. La prima categoria è sicuramente la più importante, posto che – secondo le indicazioni della giurisprudenza eurounitaria [15] – è ad essi che si deve ricorrere in prima battuta nel processo di accertamento della posizione dominante. Tra i criterî strutturali, il principale è sicuramente quello relativo alla quota di mercato detenuta dall'impresa indagata [16], la quale do-

---

equamente i consumatori ai vantaggi che risultano dal progresso tecnico ed economico». L'orientamento espresso nel *Memorandum* ha poi trovato taluni riscontri nelle decisioni della Commissione Ce (si veda, ad es., Comm. Ce, 9 dicembre 1971, in *GUCE*, del 8 gennaio 1972, *Continental Can Company* – IV/26811, L7, 25 ss.).

[12] La condizione di indipendenza che caratterizza l'impresa in posizione dominante sottrae la stessa ad un livello concorrenziale tale da condizionare le sue strategie e i risultati prefissati (in questo senso si veda A. PAPPALARDO, voce *Concorrenza, intese, concentrazioni, posizioni dominanti nel diritto comunitario,* in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, III, 1988, 372), ciò che le consentirebbe pertanto di comportarsi senza tenere in alcun modo in considerazione un'eventuale reazione dei concorrenti e dei clienti, causando in questo modo una rilevante alterazione del regime concorrenziale. Cfr. in proposito E.A. RAFFAELLI, *Il divieto di abuso di posizione dominante nel diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1988, IV, 83; A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE,* IV ed., Torino, 1996, 216.

[13] Il concetto di consumatore, impiegato nell'àmbito della disciplina eurounitaria della concorrenza, risulta essere molto più esteso rispetto alla tradizionale definizione di consumatore, inteso quale controparte non professionale di un contratto. Difatti, se il concetto di consumatore, inteso – tanto nell'ordinamento nazionale che in quello sovranazionale – quale parte «debole» del rapporto contrattuale, titolare di una propria specifica tutela, ricomprenderebbe in via esclusiva «[…] le persone fisiche che agiscono al di fuori della loro attività commerciale, industriale, artigianale o professionale» (si veda sul punto, da ultimo, la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, in *GUCE* del 22 novembre 2011, L 304, 66, considerando n. 17, dove si specifica, tuttavia, che «nel caso di contratti con duplice scopo, qualora il contratto sia concluso per fini che parzialmente rientrano nel quadro delle attività commerciali della persona e parzialmente ne restano al di fuori e lo scopo commerciale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto, la persona in questione dovrebbe altresì essere considerata un consumatore»), il concetto di consumatore, inteso in senso concorrenziale, «comprende tutti gli utilizzatori, diretti o indiretti, dei prodotti interessati dal comportamento, compresi produttori intermedi che utilizzano i prodotti come fattore di produzione, nonché i distributori e i consumatori finali sia del prodotto immediato che di prodotti forniti da produttori intermedi. Qualora gli utilizzatori intermedi siano concorrenti effettivi o potenziali dell'impresa dominante, la valutazione si concentra sugli effetti del comportamento sugli utilizzatori più a valle». Cfr. in proposito, ad esempio, la comunicazione della Commissione Ce n. 2009/C 45/02, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in *GUCE*, del 24 febbraio 2009, C 45/7, 7 ss., spec. 10, par. n. 19, nota n. 2.

[14] In questo senso cfr. L. CERRONI, G. ZANCHI, *La rilevanza della posizione dominante nel codice civile e nel diritto della concorrenza*, cit., 86, le quali rilevano appunto come il concetto di indipendenza risulti essere «strettamente legato al grado di pressione concorrenziale esercitata sull'impresa», in modo che quest'ultima possa considerarsi in posizione dominante esclusivamente nell'ipotesi in cui le citate pressioni concorrenziali non siano sufficientemente efficaci, consentendole di esercitare un rilevante potere sul mercato.

[15] Su tutte si veda, in particolare, C. giust. Ce 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands c. Commissione delle Comunità europee*, cit., 282, par. n. 67, dove si afferma che, per stabilire se un'impresa sia in posizione dominante sul mercato di riferimento «occorre esaminare anzitutto la sua struttura, indi la situazione concorrenziale su detto mercato».

[16] Evidenziano la decisiva importanza del criterio *de quo*, tra gli altri, A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE,* cit., 221, nonché L. CERRONI, G. ZANCHI, *La rilevanza della posizione dominante nel codice civile e nel diritto della concorrenza,* cit., 90.



vrà valutarsi avendo riguardo soprattutto «del fatturato realizzato nel mercato comune, sia dall'impresa in esame, che dai suoi concorrenti» [17]. In presenza di una quota di mercato particolarmente elevata (uguale o superiore al 50% del mercato complessivo), infatti, l'impresa titolare della stessa si presume essere, salvo prova contraria [18], e salvo circostanze eccezionali, in posizione dominante in quello specifico mercato rilevante [19], senza alcuna necessità di vagliare la posizione dei concorrenti.

Qualora, invece, la quota di mercato imputabile all'impresa sotto esame si assesti tra il 40 e il 50% del mercato complessivo, tale circostanza non sarà di per sé sufficiente a far presumere l'esistenza di una posizione dominante, ma dovrà essere valutata esclusivamente in rapporto alla forza e al numero delle imprese concorrenti [20]. Infine, al di sotto della soglia di rilevanza del 40%, l'impresa tendenzialmente non sarà considerata in posizione dominante, ferma restando la possibilità per l'organo di controllo *antitrust* di esaminare eventualmente, in taluni casi specifici, il comportamento tenuto sul mercato da imprese che, pur detenendo una quota inferiore alla soglia di rilevanza, si mostrano del tutto indipendenti rispetto ai concorrenti, i quali non riescono a contrastare il suo potere [21].

Ad ogni modo, affinché possa riconoscersi effettivamente in capo all'impresa indagata una posizione di dominio nel mercato rilevante, oltre alla detenzione di una quota di mercato di una certa entità occorre altresì che la stessa abbia carattere durevole [22].

Nella giurisprudenza eurounitaria l'importanza attribuita al criterio delle quote di mercato è desumibile da C. giust. Ce 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, cit., 464 ss., spec. 520, par. n. 39, dove la Corte, dopo aver ribadito quanto espresso in un suo celebre precedente (il citato caso *United Brands*), specifica che «la detenzione di cospicue quote di mercato è molto significativa», chiarendo però che tale detenzione – di per sé valevole come elemento comprovante l'esistenza di una posizione dominante – «non è un dato assoluto, e la sua importanza varia da mercato a mercato a seconda della struttura dei medesimi, specie per quel che riguarda la produzione, l'offerta e la domanda», ferma restando l'impossibilità di negare che «quote molto alte costituiscano di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante».

Nella giurisprudenza interna, più di recente, cfr. Tar Lazio 23 settembre 2008, n. 8481, *Bernabei/Liquori/Italaquae*, in *giustizia-amministrativa.it*, dove viene confermato che, nell'accertamento di una posizione dominante, «la quota di mercato rappresenta il principale indicatore della potenza economica di un'impresa o di un gruppo di imprese e della capacità di queste ultime di determinare la propria condotta in modo sensibilmente indipendente dai loro concorrenti e, in ultima analisi, dai consumatori finali dei loro prodotti o servizi».

[17] Così A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., 221, i quali – inoltre – sottolineano come, ai fini del calcolo delle quote di mercato, dovranno considerarsi non soltanto i concorrenti che operino all'interno del mercato comune, ma anche le imprese ubicate in Stati terzi che esportino prodotti nel mercato interno. Così, se per un dato prodotto vi è un'unica impresa produttrice nel mercato comune, questa non potrà comunque considerarsi in posizione dominante se le importazioni per quello stesso prodotto costituiscano una grossa quota di mercato.

[18] Il carattere *iuris tantum* della presunzione è stato ribadito a più riprese dalla giurisprudenza eurounitaria e nazionale. Cfr. in proposito C. giust. Ce 24 giugno 1986, causa C-53/85, *Akzo*, cit., par. n. 60, nonché la recente Tar Lazio 26 luglio 2017, n. 8945, *Aspen* c. *AGCM*, in *giustizia-amministrativa.it*.

[19] Così C. giust. Ce 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, cit., spec. parr. nn. 40-42, dove si evidenza come «quote molto alte costituiscano di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante […]».

[20] Cfr. C. giust. Ce 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands* c. *Commissione delle Comunità europee*, cit., 287, par. n. 110. Sul punto si veda l'esempio riportato da S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001, 44, secondo il quale – nell'ipotesi in cui l'impresa indagata possegga una quota di almeno il 40% del mercato – quest'ultima potrà ritenersi, alternativamente, essere o meno in posizione dominante, a seconda dell'entità delle quote del medesimo mercato nel contempo detenute dalle imprese concorrenti. Così, nell'esempio citato, se la residua quota del 60% sarà ripartita, in parti uguali, tra due imprese concorrenti, allora l'impresa in oggetto, con la sua quota del 40% non potrà considerarsi detentrice di una posizione dominante. Viceversa, se la medesima quota del 60% del mercato fosse, per ipotesi, ripartita tra sei imprese concorrenti, ciascuna titolare di una quota pari al 10% del mercato, allora l'impresa sotto esame, con il suo 40% potrà essere considerata detentrice di una posizione dominante.

[21] Si veda F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., 194.

[22] Cfr. C. giust. Ce 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, cit., 521, par. n. 41, dove si parla di «periodi di una certa entità». In dottrina si è fatto riferimento alla «solidità del possesso» in relazione alla posizione dominante, indicando in questo modo



Per quanto riguarda, invece, la seconda categoria sopraindicata, ossia quella dei criterî comportamentali, si è accennato come questi – almeno secondo il maggioritario orientamento giurisprudenziale [23] – assumano un carattere sussidiario rispetto ai criterî relativi alla struttura del mercato, con la conseguenza che i primi non andranno considerati alternativi, rispetto ai secondi, quanto piuttosto aggiuntivi rispetto ai medesimi, avendo la funzione di confermare ed avvalorare i risultati raggiunti per il tramite dell'analisi strutturale del mercato, ovvero di implementarli, là dove la suddetta analisi non fornisse una soluzione univoca [24].

Infine, per quanto riguarda il concetto di abuso della posizione dominante, la sua importanza ai fini della configurazione della fattispecie di illecito concorrenziale è assolutamente decisiva, posto che – ad essere vietato – non è la detenzione di una posizione di dominio nel mercato, quanto piuttosto lo sfruttamento abusivo della stessa [25]. Anche in relazione all'abuso manca, nella normativa *antitrust,* un'espressa definizione, anche se è presente nell'art. 102 TFUe (e, in àmbito interno, nell'art. 3 della l. n. 287/1990) un elenco, non tassativo quanto piuttosto meramente esemplificativo [26], di condotte considerate abusive. In assenza di una definizione normativa, è stata la giurisprudenza, specialmente eurounitaria, ad operare uno sforzo in ordine alla ricostruzione di un siffatto concetto. Un punto fermo in proposito è stato posto dalla citata pronuncia *Hoffman La Roche*, la quale ha chiarito come «la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto a influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio in virtù del fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come ef-

---

quella situazione che impedisce, alle imprese concorrenti, di reagire in tempi brevi alle condotte poste in essere dall'impresa dominante, mentre ai consumatori di orientarsi verso prodotti alternativi. Così, ad esempio, F. DENOZZA, *Antitrust*, Bologna, 1988, 50.

[23] Tuttavia, in senso contrario, cfr. il citato *Memorandum della Commissione sul problema delle concentrazioni nel Mercato comune*, dove la Commissione attribuisce un rilievo primario ai c.d. criterî comportamentali, affermando che «il dominio del mercato non può essere unicamente definito partendo dalla quota di mercato che detiene un'impresa o da altri elementi quantitativi di una determinata struttura del mercato. Si tratta innanzitutto di un potere economico, cioè la facoltà di esercitare sul funzionamento del mercato un'influenza notevole e in linea di principio prevedibile per l'impresa dominante. Questa facoltà economica di un'impresa dominante influisce sul comportamento e sulle decisioni di altre imprese, a prescindere dal fatto che sia o meno utilizzata in senso determinato. Un'impresa che può, quando lo desidera, soppiantare le altre imprese concorrenti sul mercato può già disporre di una posizione dominante e determinare in modo decisivo il comportamento delle altre imprese, anche se la propria quota di mercato è ancora relativamente debole» (III parte, n. 22).

Nella giurisprudenza, invece, si veda la recente Tar Lazio 23 gennaio 2017, n. 1188, in *giustizia-amministrativa.it*, la quale ha evidenziato come la situazione di dominanza non debba essere ridotta ad un mero dato matematico, apprezzabile sotto forma di percentuale di mercato, bensì come «situazione di fatto in cui, per diverse e variegate ragioni, un soggetto può esercitare un potere di condizionamento di un determinato mercato».

[24] In questo senso si veda S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, cit., 79.

Viene dunque a definirsi un sistema di accertamento integrato, dove la dimensione strutturale e quella comportamentale si combinano insieme, in base al quale assumeranno decisiva importanza – ai fini della valutazione di una posizione dominante – i comportamenti indipendenti posti in essere da un'impresa che abbia un rilevante potere di mercato. Per quest'ultima prospettiva cfr. A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE,* cit., 228, i quali evidenziano come «Il contrasto tra i due metodi è più apparente che reale, tenuto conto delle strette interferenze che esistono tra comportamento e struttura, che fanno sì che un comportamento indipendente si può concepire soltanto se chi l'adotta possiede una posizione sufficientemente importante sul mercato».

[25] Con riferimento alla normativa *antitrust* interna si veda, da ultimo, Cass. 18 aprile 2018, n. 9579, in *Riv. dir. ind.*, 2018, 6, II, 425, secondo cui «L'art. 3 della legge n. 287 del 1990, nel vietare l'abuso, non mira ad impedire la conquista di una posizione dominante ovvero di una posizione di monopolio (obiettivo questo, se mai, delle norme che disciplinano le concentrazioni), bensì ad impedire che tali posizioni, una volta raggiunte, tolgano competitività al mercato, ledendo la sua essenziale struttura concorrenziale e, quindi, il diritto degli altri imprenditori a competere con il dominante: la posizione dominante è, dunque, abusiva (secondo la citata norma) quando viene esercitata per ostacolare l'effettiva concorrenza […]».

[26] Sul punto si veda, tra tutte, C. giust. Ce 21 febbraio 1973, causa C-6/72, *Europemballage Corporation* e *Continental Can Company Inc.* c. *Commissione delle Comunità europee*, cit., 217 ss., spec. 245, par. n. 26, dove si afferma espressamente che l'ex art. 86 CEE, ora 102 TFUe «[…] elenca un certo numero di pratiche abusive ch'esso vieta. Si tratta di una enumerazione esemplificativa, nella quale non sono compresi tutti i modi di sfruttamento abusivo di posizione dominante vietati dal trattato».



fetto di ostacolare […] la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza» [27].

Si afferma dunque la concezione c.d. oggettiva [28] dell'abuso, in base alla quale è da considerarsi abusivo ogni comportamento dell'impresa dominante idoneo a produrre, anche solo potenzialmente [29], effetti pregiudizievoli in relazione al regime concorrenziale, a prescindere dalla ricorrenza di una effettiva volontà, in tal senso, da parte della stessa [30]. Il carattere oggettivo riconosciuto all'abuso si fonda sulla c.d. speciale responsabilità gravante – secondo l'opinione comune [31] – sull'impresa in posizione dominante, che le imporrebbe di agire in modo da non compromettere, con il suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata.

Peraltro, la condotta posta in essere dall'impresa dominante non potrà considerarsi abusiva là dove sussista una giustificazione economica-commerciale obiettiva per la stessa, come – ad esempio – la presenza di una situazione di pericolo per gli interessi commerciali dell'impresa [32], ovvero la necessità di reagire ad una

---

[27] Così C. giust. Ce 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, cit., 541, par. n. 91.

[28] Il carattere oggettivo dello sfruttamento abusivo, infatti, era già stato affermato dalla Commissione fin dalla sua prima decisione di applicazione dell'art. 86 CEE, nel caso *GEMA* (Comm. CE, 2 giugno 1971, *Gema,* in *GUCE*, del 20 giugno 1971, L 134, 26, parte II, c. 6), dove si specifica che «la discriminazione costituisce una fattispecie obiettiva che ricorre anche in mancanza dell'elemento soggettivo».

[29] Generalmente, infatti, si considera l'illecito *antitrust* un illecito di pericolo, pertanto – al fine di salvaguardare l'effetto utile del diritto *antitrust* si rende necessario anticipare la soglia della tutela al danno concorrenziale potenziale. Si veda in proposito, ad esempio, C. giust. Ce 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pack* c. *Commissione delle Comunità Europee*, in *Racc. giur. C. giust., 1996 I-05951, 5987 ss., spec. 6013, dove nell'indicare, quale obiettivo perseguito, «quello di preservare una concorrenza non falsata», si ritiene che ciò «non consente di aspettare che una strategia […] pervenga all'effettiva eliminazione dei concorrenti», ma anche Trib. Ue 9 settembre 2010, causa T-155/06, Tomra Systems ASA e altri* c. *Commissione europea*, in *GUCE, del 23 ottobre 2010, C 288/31, 4370 ss., spec. 4452, secondo cui «[…] non è necessario dimostrare che il comportamento abusivo di cui trattasi abbia avuto un effetto concreto sui mercati considerati. È a questo proposito sufficiente dimostrare che il comportamento abusivo delle imprese in posizione dominante mira a restringere la concorrenza o, in altri termini, che è tale da avere o che può avere un simile effetto». Nella giurisprudenza interna, invece, cfr. Cons. St. 8 aprile 2014, n. 1673, cit., secondo cui «non è necessario, a integrare l'illecito, attendere che la concorrenza sia stata indebitamente alterata dalla concotta anticoncorrenziale perché l'ordinamento reagisca», nonché Cons. St. 19 luglio 2002, n. 4001, in giurisprudenza-amministrativa.it, la quale è chiara nell'affermare che «la fattispecie illecita […] si caratterizza per la potenziale lesività e non per la concreta realizzazione della riduzione del grado di concorrenza ancora esistente, con la conseguenza che non è necessario l'accertamento di tale riduzione».*

[30] Tutt'al più, l'intento dell'impresa dominante potrà avere un valore meramente indiziario dell'abuso, nel concorso con altri elementi di fatto. Si veda in proposito C. giust. Ue 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra Systems ASA e altri* c. *Commissione europea*, in *curia.europa.eu*, spec. par. n. 20, dove si chiarisce come «L'esistenza di un eventuale intento anticoncorrenziale costituisce quindi solo una delle numerose circostanze di fatto che possono essere prese in considerazione per accertare un abuso di posizione dominante».

[31] La prima apparizione del concetto di speciale responsabilità (o anche responsabilità particolare) dell'impresa in posizione dominante si ritrova nella pronuncia C. giust. Ce 9 novembre 1983, causa C– 322/81, *NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin* c. *Commissione delle Comunità europee*, cit., spec. 3511, par. n. 57, dove si afferma che l'impresa in posizione dominante, indipendentemente dalle cause di tale posizione, «è tenuta in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune».

Più recentemente, a conferma di un orientamento ormai consolidato, si vedano anche: C. giust. Ce 2 aprile 2009, causa C-202/07 P, *France Télécom* c. *Commissione delle Comunità europee*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2009 I-02369, 2369 ss., spec. par. n. 105, nonché C. giust. Ue 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket* c. *TeliaSonera Sverige AB*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2011 I-564, 575, par. n. 24, dove viene ribadito che «[…] Se, infatti, l'art. 102 TFUe non vieta ad un'impresa di conquistare grazie ai suoi meriti una posizione dominante su un dato mercato e se, a maggior ragione, la constatazione dell'esistenza di tale posizione non comporta di per sé alcuna censura nei confronti dell'impresa interessata, ciò non toglie che, secondo una giurisprudenza costante, è all'impresa che detiene una posizione dominante che incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno». Il concetto è stato ripreso anche nella giurisprudenza nazionale, si veda da ultimo – ad esempio – Cons. St. 13 gennaio 2020, n. 315, *Estra s.p.a.*, in *giustizia-amministrativa.it*.

[32] Su tutte si veda Cons. St. 20 dicembre 2010, n. 9306, causa *ENI-TTPC*, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo la quale «[…] si



aggressione, purché la reazione sia proporzionata alla minaccia, che rendano la condotta potenzialmente abusiva «obiettivamente necessaria» [33].

A seconda degli effetti anticoncorrenziali che la condotta abusiva è potenzialmente in grado di produrre, nonché delle finalità perseguite dall'impresa in posizione dominante, generalmente si suole distinguere [34] tra abusi di esclusione (o escludenti, o ancora da impedimento) [35] e abusi di sfruttamento [36].

La suddetta distinzione, ancorché meramente descrittiva [37], è piuttosto utile nell'individuazione dei criterî di accertamento dell'abusività della condotta. Così, per l'accertamento di un abuso di sfruttamento potrà farsi ricorso al principio di proporzionalità [38], mentre – al contrario – in presenza di un abuso escludente (o da im-

può giustificare, da parte dell'*incumbent*, una condotta difensiva dei propri interessi economici, quando vi sia una situazione concreta e attuale che metta in pericolo detti interessi». In questo senso, allora, è stata considerata giustificata la condotta dell'impresa dominante diretta ad interrompere l'interruzione della fornitura nei confronti di clienti insolventi. Si veda in proposito Comm. Ce, 29 luglio 1987, *BBI/Boosey & Hawkes*: provvedimenti provvisori, in *GUCE*, del 9 ottobre 1987, L 286/36, 36 ss.

[33] Cfr. in proposito C. giust. Ue 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark A/S* c. *Konkurrenceråde*t, in *Racc. dig. della giurisprudenza*, 2012, 172 ss., spec. parr. nn. 40-41. Tuttavia, le corti nazionali non hanno ritenuto giustificata la reazione dell'impresa dominante ad un illecito proveniente da un concorrente, stante la possibilità per la prima di avvalersi degli strumenti di reazione che l'ordinamento garantisce sia davanti al giudice ordinario, si innanzi all'Autorità di controllo *antitrust*. In proposito si veda Cons. St. 20 aprile 2011, n. 2438, caso *Telecom Italia*, in *giustizia-amministrativa.it*, dove si afferma chiaramente che «Non vi è dubbio, invero, che, in astratto, a fronte di un illecito *antitrust* da parte di un concorrente, non è invocabile, in funzione esimente, la teoria della *meeting competition defence* per giustificare condotte analogamente anticompetitive dirette a sortire effetti pregiudizievolmente escludenti rispetto ai terzi, l'operatore assuntamente danneggiato dal primo illecito potendo solo denunciare l'abuso alla competente Autorità antitrust ed eventualmente azionare pretese risarcitorie di tipo civilistico».

[34] Circostanza certamente conosciuta nell'ordinamento tedesco, dove si suole distinguere tra c.d. abuso di sfruttamento (*Ausbeutungsmissbrauch*) e c.d. abuso di impedimento, o da preclusione (*Behinderungsmissbrauch*). Cfr. B.P. PAAL, *Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht*, Tübingen, 2010, 231 ss.

[35] Gli abusi escludenti si riferiscono a quelle condotte dell'impresa dominante che, con lo scopo di ledere i suoi concorrenti, mirano ad impedirne l'accesso al mercato, nonché ad escluderli dal medesimo alterando così la struttura stessa dell'impianto concorrenziale. Il fondamento normativo degli abusi escludenti può essere rinvenuto nel citato art. 102, lett. *b*), TFUe (e nel corrispettivo interno art. 3, lett. *b*), l. n. 287/1990), là dove si riconduce l'illiceità alla limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico, a danno dei consumatori. In questo senso si veda Così A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE,* cit., 251.

[36] Gli abusi di sfruttamento, invece, contemplerebbero quelle condotte per il tramite delle quali l'impresa dominante sfrutta il proprio potere sul mercato rilevante, allo scopo di massimizzare i profitti, ledendo così in via diretta i consumatori. Tale tipologia di abuso troverebbe fondamento nelle lettere a) e c) dell'art. 102 TFUe (e, nella normativa antitrust interna, del citato art. 3), dove si prevede rispettivamente l'abusività dell'imposizione, diretta o indiretta, di prezzi d'acquisto o di vendita e più in generale di condizioni di transazione non eque, nonché dell'applicazione, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni contrattuali o commerciali diverse per prestazioni equivalenti, causando a questi ultimi uno svantaggio concorrenziale. Secondo una diversa impostazione, gli abusi discriminatorî farebbero categoria a sé, non essendo riconducibili alla più ampia categoria degli abusi di sfruttamento. In questo senso si veda, da ultimo, F.M. BALESTRA, *Gli abusi di posizione dominante. Gli elementi costitutivi della fattispecie*, in AA.VV., *Diritto antitrust*, a cura di A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ, cit., 378.

[37] Difatti, una medesima condotta può assumere i tratti dell'abuso di sfruttamento, ovvero dell'abuso escludente a seconda del soggetto al quale si vuole riferire. Così, limitandoci ad un esempio conferente al caso qui esaminato, la condotta di un'impresa in posizione dominante, che si esplica nell'imposizione di condizioni contrattuali o commerciali svantaggiose e discriminatorie nei confronti di coloro che decidono di approvvigionarsi dal o dai concorrenti, può considerarsi un abuso di sfruttamento nei confronti dei destinatarî diretti della condotta (i clienti a cui sono applicate le condizioni svantaggiose e discriminatorie), ma è suscettibile di integrare anche un abuso escludente (posto che la condotta è potenzialmente in grado di determinare la fuoriuscita dal mercato dei concorrenti, qualora i clienti dell'impresa dominante – dissuasi dalla condotta illecita dell'impresa dominante – decidessero di smettere di approvvigionarsi dai suoi concorrenti, alterando così la struttura stessa del regime concorrenziale).

[38] Cfr. in proposito, ad esempio, C. giust. Ce 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands c. Commissione delle Comunità europee*, cit., 293, par. n. 159, nella quale si specifica che una condotta può ritenersi giustificata solamente nell'ipotesi in cui «non crei ostacoli le cui conseguenze vadano oltre il risultato da raggiungere», aggiungendo poi (parr. nn. 189-190) che, pur riconoscendosi all'impresa dominante il diritto di tutelare i proprî interessi commerciali, quando siano insidiati, la reazione «[…] deve essere proporzionata alla minaccia, tenuto conto della potenza economica delle imprese coinvolte».



pedimento, ovvero preclusivo), dovrebbe piuttosto verificarsi se la condotta dell'impresa dominante sia diretta a realizzare un'efficienza concorrenziale superiore, ovvero se costituisca manifestazione di una tendenza volta ad offrire maggiori garanzie di soddisfacimento dei bisogni della clientela, posto che in entrambi i casi rileverebbe una giustificazione oggettiva economico-commerciale tale da rendere lecita una condotta che altrimenti dovrebbe ritenersi illecita e, dunque, abusiva.

3. – Alla luce degli orientamenti giurisprudenziali sopraindicati, in ordine all'accertamento dell'abuso di dipendenza economica, è possibile analizzare compiutamente la pronuncia in esame, al fine di verificare come il Consiglio di Stato abbia, nella decisione in commento, fatto applicazione dei principî concorrenziali espressi nel corso degli anni dagli organi giurisdizionali.

Preliminarmente, occorre chiarire come in ordine alla delimitazione e individuazione del mercato rilevante, l'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante in capo a Moby e CIN, nonché alla qualificazione delle condotte di queste ultime come abusive, il Consiglio di Stato aderisce in linea di massima alle prospettazioni dapprima formulate dall'AGCM e successivamente ribadite dal Tribunale amministrativo. Difatti, come anche ribadito nella pronuncia in esame, è pacifico che la delimitazione del mercato rilevante sia di competenza, in via esclusiva, dell'Autorità garante, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica. Tale operazione è comunque suscettibile di essere sindacata, tanto dai giudici dei tribunali amministrativi regionali, quanto da quelli del Consiglio di Stato. Tuttavia, i giudici amministrativi possono sostituirsi all'AGCM esclusivamente qualora – nella ricostruzione operata da quest'ultima – ravvisino vizî di travisamento dei fatti, vizî logici e violazioni di legge [39]. Quest'ultimo passaggio necessita un breve approfondimento. In via generale, si ritiene che i provvedimenti sanzionatorî emessi dall'Autorità garante siano soggetti al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, ciò in ossequio ai principî espressi dalla giurisprudenza della CEDU [40] che, nelle ipotesi di sanzioni c.d. «quasi-penali», tra le quali sono pacificamente riconducibili quelle *antitrust* [41], affermano il diritto del soggetto punito di avvalersi di una successiva fase di piena giurisdizione (*full jurisdiction*), che consenta un sindacato completo sulla sanzione applicata [42]. D'altronde, in tema di discrezionalità tecnica può considerarsi definitivamente attribuito al giudice amministrativo il potere di operare un controllo che non si limita più ad una mera valutazione estrinseca circa la logicità, la congruità, la ragionevolezza e la corretta motivazione dell'atto [43], ma che si estende intrinsecamente al fatto, nonché alle

[39] In proposito i richiami giurisprudenziali sono plurimi. Si vedano Cons. St. 3 marzo 2020, n. 1547, caso *Taxi Torino*, in *giustizia-amministrativa.it*, dove si specifica che «[…] Per vero, l'individuazione del mercato rilevante, che identifica e delimita il contesto socioeconomico in cui opera l'impresa coinvolta nel procedimento innanzi all'AGCM, è riservata ad essa e, di massima, questo Giudice non vi si può sostituire, salvo che l'operato dell'Autorità presenti vizi di travisamento dei fatti, vizi logici e vizi di violazione di legge»; nel medesimo senso anche Cons. St. 14 ottobre 2016, n. 4266, in *giustizia-amministrativa.it*.

[40] Su tutte cfr. Corte EDU 4 marzo 2014, n. 18640/10, *Grande Stevens e altri* c. *Italia*, in *giustizia.it*.

[41] Per un approfondimento sul tema si veda, da ultimo, M. CAPPAI, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro … e uno in avanti. Una proposta per superare l'*impasse, in *Federalismi.it*, 2019, 21, 6 ss.

[42] Il concetto di *full jurisdiction* implica il potere/dovere del giudice nazionale di esaminare in maniera compiuta tutti i profili concretamente contestati, senza che si possa invoca la discrezionalità tecnica o amministrativa dell'amministrazione. In questo senso si veda M. ROFFI, *Sindacato giurisdizionale e provvedimenti sanzionatori dell'AGCM*, nota a Cons. St. 28 marzo 2019, n. 2979, in *Giur. it.*, 2019, 11, 2503 ss., spec. 2509.

[43] Vedi in proposito, tra molte, Cons. St. 14 marzo 2000, n. 1348, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «il giudice, nell'ambito del suo sindacato, circoscritto alla sola legittimità dell'atto, e non esteso al merito delle scelte amministrative, può solo



modalità e all'*iter* seguiti dall'Autorità indipendente per il suo accertamento. Tuttavia, un limite [44] al suddetto sindacato giurisdizionale può profilarsi nel caso in cui l'Autorità, esercitando la propria discrezionalità tecnica, sia chiamata – nella fase della c.d. applicazione e concretizzazione di «concetti giuridici indeterminati» [45] – ad una verifica o valutazione di aspetti a carattere tecnico che presentino obiettivi margini di opinabilità. In uno scenario del genere, infatti, stante l'opinabilità in discorso, un controllo di tipo intrinseco del giudice, fondato su presupposti e principî riferibili a scienze inesatte e potenzialmente equivoche come quelle economiche [46], non potrebbe essere concepito in senso sostitutivo, perché ciò vorrebbe dire affermare il potere del giudice amministrativo di sostituire, alla valutazione opinabile compiuta dall'Autorità, la propria valutazione altrettanto opinabile.

Si configurerebbe allora un sindacato intrinseco non sostitutivo che, sfuggendo alla classica contrapposizione tra sindacato debole e sindacato forte, ritenuta tra l'altro ormai superata dalla giurisprudenza [47], è stato definito come un «sindacato di attendibilità tecnica» [48]. Per tali motivi, si ritiene che in ipotesi siffatte, tra le quali rientra certamente anche la definizione del mercato rilevante, che coinvolge nel suo accertamento parametri economici non certo univoci, il sindacato giurisdizionale debba limitarsi a valutare la plausibilità dell'impostazione adottata dall'Autorità indipendente, verificando che, nel rispetto dei criterî generali di logicità, attendibilità e adeguatezza dell'istruttoria, la stessa non abbia esorbitato il margine di opinabilità [49]

---

verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole; correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate».

[44] Si chiarisce come il termine limite, riferito alla giurisdizione del giudice amministrativo, sia qui impiegato in senso lato. Tuttavia, l'introduzione dell'art. 7 del 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 *Gazzettaufficiale.it*., potrebbe indurre a pensare che un limite alla giurisdizione sia stato effettivamente previsto *ex lege*. Infatti, il primo comma della norma citata sancisce espressamente che «Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità», il che – ragionando a contrario – varrebbe a dire che i profili tecnici, caratterizzati da un oggettivo margine di opinabilità siano escluse dal sindacato giurisdizionale amministrativo. Ad ogni modo, una siffatta interpretazione non ha trovato appoggio nella dottrina, dove anzi si tende ad escludere l'impossibilità, per la parte interessata, di dedurre in giudizio prospettazioni tecniche alternative rispetto a quelle avanzate dall'AGCM, fermo restando che si dovrà dimostrare in giudizio (e ciò non appare certamente semplice) che le prime abbiano un grado di maggiore attendibilità rispetto alle seconde, le quali dunque sono messe in discussione. In questo senso si veda, su tutti, M. LIPARI, *Il sindacato* pieno *del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014-104/EU sul* private enforcement *(decreto legislativo n. 3/2017): le* valutazioni tecniche opinabili *riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 2018, 8, spec. 27.

[45] Infatti, Il procedimento amministrativo di accertamento dell'illecito *antitrust* potrebbe suddividersi in quattro distinte fasi: Secondo M. ROFFI, *Sindacato giurisdizionale e provvedimenti sanzionatori dell'AGCM*, cit., 2507 queste sarebbe: una prima fase di accertamento dei fatti, una seconda di contestualizzazione dei c.d. «concetti giuridici indeterminati», una terza di confronto dei fatti accertati con il parametro normativo contestualizzato ed infine un'ultima fase di applicazione della sanzione alla luce della disciplina vigente. Similmente anche M. LIPARI, *Il sindacato* pieno *del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014-104/EU sul* private enforcement *(decreto legislativo n. 3/2017): le* valutazioni tecniche opinabili *riservate all'AGCM*, cit., 29, per il quale il procedimento si suddividerebbe nelle seguenti fasi: «a) Acquisizione del fatto materiale; b) Contestualizzazione dei *concetti indeterminati* rilevanti nella vicenda; c) Confronto tra il fatto concreto e il concetto indeterminato così espresso; d) Quantificazione e applicazione della sanzione».

[46] Così M. ROFFI, *Sindacato giurisdizionale e provvedimenti sanzionatori dell'AGCM*, cit., 2507.

[47] Cfr., recentemente, Cons. St. 14 ottobre 2016, n. 4266, cit.

[48] In questo senso, da ultimo, M. CAPPAI, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro … e uno in avanti. Una proposta per superare l'*impasse, cit., 6.

[49] Si veda in particolare Cass., sez. un., 20 gennaio 2014 n. 1013, con nota di B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 1057 ss., la quale ha affermato il principio di diritto secondo cui «Il sindacato di legittimità del giudice ammini-



nell'esame di profili tecnici. Tale conclusione, a ben vedere, risulta essere del tutto coerente, dal punto di vista logico, con il principio di autonomia delle Autorità in discorso, alle quali è riconosciuta una specifica competenza tecnica.

Delineati, in generale, i limiti entro i quali l'individuazione del mercato rilevante compiuta dall'Autorità può essere sindacata dal giudice amministrativo, è d'uopo evidenziare come nel caso di cui al presente commento i giudici non solo abbiano ritenuto che l'*iter* ricostruttivo, compiuto dall'AGCM nell'individuazione del mercato rilevante, fosse del tutto scevro da profili di illogicità, irragionevolezza, inadeguatezza istruttoria e di illegittimità, ma abbiano altresì evidenziato come lo stesso fosse svolto adottando criterî di individuazione del mercato rilevante ritenuti conformi al procedimento valutativo considerato corretto nella giurisprudenza eurounitaria e nazionale.

Nello specifico, anche nella pronuncia in commento – conformemente all'orientamento giurisprudenziale maggioritario – viene evidenziata l'importanza che, nel processo di accertamento di un abuso di posizione dominante, assume l'individuazione e la delimitazione del mercato rilevante, nonostante ciò non sia espressamente prescritto dalle norme concorrenziali (in particolare dagli artt. 2 e 3 della l. n. 287/1990), posto che – si evidenzia – «la definizione del mercato, sotto il profilo merceologico e geografico, è necessaria per individuare l'ambito nel quale le imprese interessate sono in concorrenza tra loro e le pressioni concorrenziali alle quali le stesse sono sottoposte, in termini di sostituibilità dell'offerta, sostituibilità della domanda e concorrenza potenziale» [50]. In altri termini, l'importanza di una siffatta delimitazione è ricondotta al ruolo di «presupposto indefettibile» in relazione alla complessiva operazione di accertamento della condotta anticoncorrenziale, costituendo una delle sue più importanti «fasi funzionali». Viene così offerta dal Consiglio di Stato una definizione minimale del mercato rilevante, da intendersi – nel solco della giurisprudenza pronunciatasi sul punto [51] – «come il più piccolo contesto (in termini di prodotti e di area geografica) in cui, se si creassero condizioni di monopolio, il monopolista potrebbe profittevolmente fissare un prezzo significativamente superiore a quello concorrenziale e mantenerlo per un certo periodo di tempo». Si accede dunque all'impostazione affermatasi nella giurisprudenza eurounitaria che affida alla definizione del mercato rilevante il compito di definire il perimetro all'interno del quale operare la valutazione diretta a verificare se l'impresa indagata sia in grado di tenere condotte indipendenti non solo rispetto ad eventuali concorrenti, ma anche nei confronti dei suoi clienti e dei consumatori [52]. Tuttavia, nello specifico àmbito dei servizî di trasporto, la delimitazione del mercato rilevante non è data – come invece sostenuto in via generale dalla giurisprudenza eurounitaria – dalla combinazione del mercato geografico e del mercato del prodotto rilevante, poiché in esso la dimensione geografica appare intrinseca, rendendo così irrilevante la distinzione tra dimen-

---

strativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini».

[50] A questo proposito il Consiglio di Stato, nella decisione in commento, richiama espressamente il precedente Cons. St. 13 marzo 2020, n. 1832, caso *Aspen*, in *giustizia-amministrativa.it*.

[51] Si vedano, in proposito, le sopracitate Cons. St. 15 febbraio 2002, n. 150 e Tar Lazio 20 febbraio 2008, n. 1542.

[52] Da ultimo si veda C. giust. Ue 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics (UK) Ltd. e altri* c. *Competitions and Market Authority*, in *Racc. dig. della giurisprudenza*, 2020, par. n. 127; nel medesimo senso si veda anche C. giust. Ce 9 novembre 1983, causa C-322/81, *NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin* c. *Commissione delle Comunità europee*, cit., 3503, par. n. 30.



sione geografica e del prodotto. Così, il mercato del trasporto globalmente inteso viene ad essere frazionato in una pluralità di rotte (o fasci di più rotte, quando tra le stesse si ritenga vi sia un alto grado di sostituibilità) che legano uno o più punti di partenza, con uno o più punti di destinazione, delineando così singoli e specifici mercati rilevanti [53].

Alla luce di quanto sopra, il Consiglio di Stato, come in precedenza il Tar, ha confermato l'impostazione dell'AGCM, diretta a delimitare – nel caso di specie – il mercato rilevante ai tre fasci di rotte [54]: i) Nord-Sardegna-Nord-Italia (*NS-NI*), costituito dalle rotte Olbia-Genova (e viceversa), Porto Torres-Genova (e viceversa) e Porto Torres-Savona (e viceversa); ii) Nord Sardegna-Centro Italia (*NS-CI*), comprendente le rotte Olbia-Civitavecchia (e viceversa), Olbia-Livorno (e viceversa), Olbia-Piombino (e viceversa), Golfo Aranci-Livorno (e viceversa), Porto Torres-Civitavecchia (e viceversa); Sud Sardegna-Centro Italia (*SS-CI*), di cui fanno parte le rotte Cagliari-Civitavecchia (e viceversa), Cagliari-Livorno (e viceversa), Cagliari-Marina di Carrara (e viceversa).

Anche per ciò che concerne il concreto accertamento della posizione dominante, la pronuncia in esame non si discosta dai principali arresti maturati nella giurisprudenza interna e eurounitaria. Così, il Consiglio di Stato aderisce alla ricostruzione dell'AGCM, già confermata in primo grado, che individua una posizione di dominio in capo alla Moby e alla CIN attraverso il ricorso, in primo luogo al fondamentale criterio delle quote di mercato. Come evidenzia il Consiglio, infatti, se è vero che l'esistenza di una posizione dominante «può risultare da diversi fattori che, considerati isolatamente, non sarebbero necessariamente determinanti», non si può negare che, salvo circostanze eccezionali, «quote di mercato estremamente elevate costituiscono di per sé la prova dell'esistenza di una posizione dominante» [55].

Nello specifico, l'Autorità garante, con l'avallo del Tar prima e del Consiglio di Stato poi, ritiene che le società in esame detenessero, al momento dei fatti contestati e successivamente all'ingresso nel mercato dell'impresa concorrente, una quota di mercato, relativamente ai fasci di rotte Nord Sardegna-Centro Italia (*NS-CI*) e Sud Sardegna-Centro Italia (*SS-CI*), oscillante tra il 60 e il 70%, mentre si trovava, in relazione ai fasci di rotte Nord-Sardegna-Nord-Italia (*NS-NI*), in una posizione sostanzialmente monopolistica. Si vede dunque come non soltanto la soglia di rilevanza (del 40%) fosse abbondantemente superata, ma anche il limi-

[53] Così, ad esempio, nel mercato del trasporto aereo di passeggeri il mercato rilevante è individuato attraverso il c.d. metodo *city-pair*, altrimenti nominato metodo delle coppie di origine e destinazione («O&D»), che consiste appunto nel rinvenire uno specifico mercato rilevante in ogni coppia di città o aeroporti di partenza e di destinazione, in quanto questi non sarebbero sostituibili dal punto di vista della domanda (fermo restando che il singolo mercato rilevante non necessariamente è ridotto al solo collegamento tra i due estremi della rotta, potendo includere anche i collegamenti tra aeroporti che coinvolgano il medesimo bacino di utenza). In proposito si veda, tra le altre, Cass. 12 novembre 2019, n. 29237, cit., spec. 417 e 421.

[54] A tale conclusione l'AGCM è giunta considerando innanzitutto la diversità degli specifici bacini di utenza serviti, rispettivamente, dai porti del Nord e quelli del Sud della Sardegna e ravvisando, inoltre, come la distanza chilometrica tra il bacino di utenza servito e il porto di partenza e/o arrivo delle merci rappresentava un aspetto preponderante. Difatti, alla luce del costo del trasporto su strada nel territorio sardo, poteva ritenersi preferibile, per le imprese di logistica, percorrere una traversata marittima più lunga, partendo però da un porto territorialmente più vicino che una traversata più breve e veloce, ma partendo da un porto più lontano. In questo modo, pertanto, vengono isolate dall'Autorità le tre distinte direttrici che, a suo parere, comportavano soluzioni logistiche tra loro alquanto diverse. Cfr. in proposito Tar Lazio 4 giugno 2019, n. 7175, *Moby e CIN c. AGCM*, con nota di A. Terranova, *Il boicottaggio diretto e indiretto di un'impresa in posizione dominante e la conseguente violazione dell'art. 102 TFUE*, in *Dir. mar.*, 2020, 1170 ss. Per una critica ai parametri utilizzati dall'AGCM nella definizione del mercato rilevante nel caso di specie si veda invece M. Percoco, *Mercato rilevante nel servizio di trasporto merci via mare. Una nota sul provvedimento Agcm n. A487 del 23 marzo 2018*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2018, 3, 547 ss.

[55] Il riferimento diretto è a Trib. Ce 8 ottobre 1996, T-24/93, in *Racc. giur. C. giust.*, 1996 II-01201, 1207 ss. Nel medesimo senso cfr. C. giust. Ce 3 luglio 1991, causa C-62/86, *Akzo Chemie BV* c. *Commissione delle Comunità europee*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1991 I-03359, par. n. 60 e prima ancora C. giust. Ce 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche*, cit., parr. 40 e 41.



te del 50% del mercato rilevante, che consentirebbe – in base a quanto detto in precedenza – di presumere *ex se* l'esistenza di una posizione dominante in capo all'impresa, a prescindere dalle quote di mercato detenute dalle concorrenti, risulta essere grandemente oltrepassato. Ciononostante, il Consiglio, e ancor prima l'AGCM, non si sottraggono comunque ad un giudizio relazionale, ravvisando come la quota di mercato detenuta dall'impresa concorrente (ossia Grimaldi) fosse inferiore, nell'ordine, di due o tre volte rispetto a quelle delle imprese considerate dominanti.

Un altro rilevante aspetto preso in considerazione dal Supremo Consesso amministrativo, nella determinazione circa l'esistenza, in capo alle ricorrenti, di una posizione dominante, è quello relativo alla convenzione di servizio pubblico [56] stipulata tra lo Stato italiano e CIN il 18 luglio 2012 per la realizzazione della continuità territoriale nel trasporto di passeggeri e merci, attraverso collegamenti marittimi da e verso le isole maggiori e minori, in vigore al momento dei fatti contestati. Nonostante Moby e CIN abbiano, nei loro atti difensivi, affermato come tale convenzione si sia in concreto tradotta in una serie di svantaggi economici e concorrenziali, i giudici di Palazzo Spada, aderendo all'impostazione del Tribunale amministrativo adito in primo grado, si sono mostrati di avviso contrario, ritenendo che la titolarità della stessa portasse alla stipulante indubbi vantaggi competitivi, non solo per la previsione dei meccanismi di riequilibrio economico finanziario e delle clausole di flessibilità (che consentono alle ricorrenti la disapplicazione dei vincoli tariffari nei periodi estivi, quando le rotte sono più redditizie), ma anche (e soprattutto) perché la convenzione in oggetto «si traduce in una "barriera" all'entrata capace di ostacolare l'ingresso di concorrenti sul mercato».

Per quanto riguarda, invece, l'accertamento dell'abuso, il Consiglio di Stato, dopo aver ribadito come oggetto del divieto posto dalla normativa *antitrust* non è tanto la detenzione, di per sé, di una posizione di dominio nel mercato rilevante, quanto piuttosto lo sfruttamento abusivo della medesima [57], offre una definizione di abuso pienamente conforme alla giurisprudenza maggioritaria espressasi sul punto, riconducendolo a quei «comportamenti idonei ad incidere sulla struttura di un mercato rilevante dove, per effetto della presenza della dominante, il livello della concorrenza è già debole e che consistono non solo nell'effettivamente impedire, ma anche soltanto nel tentare di impedire, con mezzi diversi da quelli dell'ordinaria e proporzionata competizione in prodotti o servizi, che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo» [58]. Pur aderendo ad una concezione oggettiva dell'abuso, testimoniato dal riferimento alla speciale responsabilità che si ritiene gravare sull'impresa in posizione dominante [59], il Consiglio di Stato si sofferma sul

---

[56] Come evidenzia G. BENELLI, *Continuità territoriale marittima per le merci: alcuni spunti di riflessione*, in AA.VV., *La continuità territoriale della Sardegna. Passeggeri e merci, low cost e turismo*, a cura di M.M. COMENALE PINTO, Roma, 2015, 212 le convenzioni di servizio pubblico risultano essere, a legislazione comunitaria vigente, «lo strumento privilegiato […] per conciliare le esigenze del libero mercato con quelle economiche e sociali che le sole regole della concorrenza non riuscirebbero a soddisfare».

[57] In questo senso viene richiamata, da ultimo, la decisione Trib. Ue 9 aprile 2019, causa T-371/17, *Qualcomm, Inc. e Qualcomm Europe, Inc.* c. *Commissione europea*, reperibile, in lingua inglese, su *curia.europa.eu*.

[58] Cfr. in particolare Cons. St. 15 maggio 2015, n. 2479, *Telecom*, in *giustizia-amministrativa.it*, par. n. 6. Si veda altresì, nella giurisprudenza eurounitaria, C. giust. Ue 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket* c. *TeliaSonera Sverige AB*, cit., par. n. 27, secondo cui «lo sfruttamento abusivo di posizione dominante vietato da tale disposizione è una nozione obiettiva riguardante i comportamenti di un'impresa in posizione dominante, i quali, su un mercato in cui, proprio in conseguenza della presenza dell'impresa in questione, il livello della concorrenza è già indebolito, abbiano l'effetto di impedire, mediante il ricorso a mezzi diversi da quelli che reggono una normale competizione fra i prodotti o i servizi in base alle prestazioni degli operatori economici, il mantenimento del livello di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo della medesima».

[59] Si veda il par. n. 18 della decisione in commento, dove i giudici affermano che «[…] il medesimo riguardo all'effettività dell'ordinamento di tutela della concorrenza impone anche di considerare che la posizione di impresa dominante in un mercato rilevante genera speciali doveri concorrenziali, realisticamente legati al suo particolare potere di mercato e alla conseguente particolare sensibilità del mercato rilevante alle sue operazioni anticoncorrenziali». A sostegno, viene richiamato il precedente Cons. St. 13 set-



rilievo da attribuire all'intento anticoncorrenziale dell'impresa dominante, sottolineando come «se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto» [60]. In sostanza, secondo i giudici di Palazzo Spada, non solo il suddetto intento varrebbe quale indizio, da considerare unitamente ad altri elementi di fatto, per l'accertamento di un'ipotesi di abuso [61], bensì addirittura da esso si potrebbe ricavare direttamente l'abuso, poiché – anche in assenza di concreti effetti restrittivi – una siffatta condotta, posta in esser con intento escludente o in generale distorsivo, renderebbe chiara la sua portata potenzialmente anticoncorrenziale. Sul punto, la pronuncia in esame si discosta in misura rilevante rispetto all'orientamento giurisprudenziale tradizionale. Difatti, se non si può dubitare – come si afferma nella pronuncia, anche attraverso il richiamo alla giurisprudenza eurounitaria [62] – che per integrare l'abuso non sia strettamente necessario il prodursi di effetti restrittivi del regime concorrenziale, essendo a ciò sufficiente la mera potenzialità [63] dannosa della condotta, nel caso di specie il Consiglio non ritiene necessario dimostrare l'astratta *vis* anticoncorrenziale della condotta, in quanto la pericolosità della stessa, che giustificherebbe l'azionamento della tutela *antitrust*, risiederebbe direttamente nell'intento dell'impresa dominante, ritenuta in sé e per sé «idonea a turbare il suo funzionamento corretto e in esso la libertà stessa del mercato» [64]. Que-

---

tembre 2012, n. 4873, *RDB s.p.a.* c. *AGCM*, su *giustizia-amminstrativa.it*, par. n. 6.2, nonché della citata C. giust. Ce 9 novembre 1983, causa C-322/81, *NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin* c. *Commissione delle Comunità europee*, cit., 3511, par. n. 57.

[60] In questo senso si veda, in particolare, Trib. Ue 29 marzo 2012, causa T– 336/07, *Télefonica* c. *Commissione europea*, in *Racc. dig. della giurisprudenza*, 2012, 1 ss., nonché Trib. Ce 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin* c. *Commissione delle Comunità europee*, in *Racc. giur. C. giust.*, *2003 II-04071,* 4082 ss.

[61] Ciò che invece è affermato dalla giurisprudenza eurounitaria maggioritaria. Si veda in proposito *supra* la nota n. 35.

[62] Su tutte si veda Trib. Ce 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways* c. *Commissione delle Comunità europee*, in *Racc. giur. C. giust., 2003 II-05917*, 5925 ss., spec. 5998, par. n. 297, per la quale «qualora un'impresa in posizione dominante ponga effettivamente in essere una pratica che produca un effetto preclusivo nei confronti dei propri concorrenti, la circostanza secondo cui il risultato voluto non sia stato raggiunto non è sufficiente ad escludere la sussistenza di un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE».

[63] In proposito si rimanda a quanto detto *supra* alla nota n. 33.

[64] In questo senso, la posizione assunta dal Consiglio di Stato, nella decisione in esame, sembra distaccarsi addirittura da quanto previsto dal Tribunale amministrativo nella pronuncia di primo grado (cfr. Tar Lazio 4 giugno 2019, n. 7175, *Moby e CIN* c. *AGCM*, cit., 1175a ss.) dove si afferma che «se è vero che la prova della volontaria finalizzazione delle condotte dell'impresa ad un intento escludente assume, in presenza di una ricostruzione economica che individui un meccanismo comportamentale astrattamente idoneo a produrre un effetto anticoncorrenziale, una importante valenza interpretava dei fatti, è altrettanto vero che la prova dell'intento lesivo, in assenza di una necessaria analisi fattuale, non può assumere, da sola, la funzione di sorreggere l'intero impianto accusatorio», ma anche dalla stessa pronuncia eurounitaria che il Consiglio pone alla base del proprio ragionamento (ancorché erroneamente indicata nella data e nel numero della causa), ossia C. giust. Ue 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra Systems ASA e altri* c. *Commissione europea*, cit., 1 ss. Difatti, se i giudici di Palazzo Spada citano, ancorché non direttamente, il par. n. 68 della decisione eurounitaria, nella parte in cui prevede che «[…] per accertare un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUe, è sufficiente dimostrare che il comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante mira a restringere la concorrenza o che è tale da avere o da poter avere un simile effetto», pare trascurare del tutto il par. n. 20 della medesima decisione, là dove si specifica invece che «L'esistenza di un eventuale intento anticoncorrenziale costituisce […] solo una delle numerose circostanze di fatto che possono essere prese in considerazione per accertare un abuso di posizione dominante».

L'impostazione adottata dal Consiglio di Stato, nel caso *de quo*, sembra piuttosto conformarsi ad un orientamento minoritario che ha comunque trovato riscontri sia nella giurisprudenza dell'Unione (si veda ad esempio Trib. Ce 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom* c. *Commissione delle Comunità europee*, in *Racc. giur. C. giust.*, *2007 II-00107, 117 ss., spec. par. n. 195, secondo cui «[…] se si dimostra che il comportamento di un'impresa in posizione dominante ha lo scopo di restringere la concorrenza, detto comportamento sarà anche idoneo a produrre un effetto di tal genere»), ma anche in proprî precedenti (su tutti si veda Cons. St. 8 aprile 2014, n. 1673, cit., dove si evidenzia come «[…] la prova dell'oggetto e quella dell'effetto anticoncorrenziale si confondono tra loro: se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto».*



sta nuova tendenza, emersa recentemente nella giurisprudenza, troverebbe giustificazione in particolare in relazione a quelle condotte per le quali mancano sedimentate valutazioni di dannosità, ovvero per quelle dove potrebbe rinvenirsi facilmente una spiegazione alternativa lecita [65]. Tuttavia, come evidenziato in dottrina [66], procedendo in tal senso si correrebbe il rischio di sanzionare falsi positivi, con ciò che ne consegue in punto di certezza giuridica. Pertanto, sarebbe auspicabile una maggiore armonizzazione della tendenza in discorso con il tradizionale principio che afferma la natura oggettiva della nozione di abuso di posizione dominante, in modo da evitare accertamenti di condotte illecite fondati in via esclusiva sull'intento anticoncorrenziale dell'impresa dominante [67].

Premesso quanto sopra, il Consiglio di Stato, dopo aver ricordato come l'art. 102 TFUe (ma lo stesso vale, ovviamente, anche per l'art. 3 della l. n. 287/1990) si limiti ad esplicitare un elenco esemplificativo e non certo tassativo di pratiche considerate abusive, si concentra sulle condotte concretamente poste in essere da Moby e CIN. Tali condotte, aderendo all'impostazione adottata già dall'AGCM e, successivamente, dal Tribunale amministrativo, vengono distinte in condotte integranti «boicottaggio diretto» e condotte integranti «boicottaggio indiretto». Per quanto concerne il c.d. boicottaggio diretto, in questo vengono incluse quelle condotte consistenti in mancati imbarchi, in recessi unilaterali anticipati dai rapporti commerciali in atto, nonché nell'applicazione di condizioni economiche e commerciali svantaggiose nei confronti dei caricatori infedeli. Si evidenzia, riprendendo il contenuto della sentenza di primo grado, come a partire dall'autunno 2015 «le ricorrenti avrebbero "ripetutamente" rifiutato l'imbarco a tali clienti "traditori", i quali, sempre a fini ritorsivi, sarebbero pure stati destinatari di ulteriori penalizzazioni economiche e commerciali, sostanzialmente consistite in recessi contrattuali anticipati e peggioramento delle condizioni commerciali concernenti le modalità e i termini di pagamento». Tali condotte erano già state considerate dal giudice di prima istanza idonee non soltanto ad arrecare un rilevante pregiudizio economico per le imprese di logistica considerate traditrici, in quanto determinavano un sostanziale peggioramento delle condizioni di accesso alle rotte su cui Moby e CIN avevano una posizione dominante, bensì anche a causare un pregiudizio sia alla concorrenza (obbligando nei fatti Grimaldi ad aprire un'ulteriore rotta al fine di consentire ai proprî clienti di far fronte al sostanziale monopolio delle imprese dominanti nelle tratte *NS-NI*), sia ai consumatori dei beni oggetto di trasporto Vengono così integrati, secondo i giudici di primo grado, i presupposti dell'abuso, con particolare riferimento alla lett. *b*) (limitazione della produzione, degli sbocchi e dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori) e alla lett. *c*) (applicazione nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando per questi uno svantaggio nella concorrenza), dell'art. 102 TFUe. Il Consiglio di Stato aderisce completamente a tale impostazione, negando in via assoluta la presenza di una giustificazione economico-commerciale oggettiva suscettibile, come detto, di escludere il carattere di abusività delle condotte, ritenendo le giustificazioni addotte dalle appellanti «inattendibili», oppure «flebili», «generiche», ma anche «indimostrate».

Discorso diverso, invece, deve essere fatto per quanto riguarda il c.d. boicottaggio indiretto, che avrebbe

[65] La quale può essere ipotizzata anche dal giudice amministrativo in sede di impugnazione del provvedimento dell'AGCM, soprattutto là dove rinvenga un difetto di istruttoria, ovvero una carenza motivazionale, dell'Autorità in ordine a quella che si presume essere la causa dell'abuso. Si veda, ad esempio, seppur nell'àmbito contiguo ancorché distinto del divieto di intese anticoncorrenziali, Tar Lazio 7 maggio 2014, *Grandi Navi Veloci S.p.a.* c. *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. mar.*, 2014, 709-a ss., con nota di A. DASARA, *L'aumento uniforme delle tariffe dei traghetti, in assenza di ulteriori elementi di prova, non dimostra il cartello degli armatori*, ivi, 702 ss.

[66] In questo senso si veda F.M. BALESTRA, *Gli abusi di posizione dominante. Gli elementi costitutivi della fattispecie*, cit.,370.

[67] Cfr. F.M. BALESTRA, *Gli abusi di posizione dominante. Gli elementi costitutivi della fattispecie*, cit., 370 s.



avuto inizio – secondo la ricostruzione dell'AGCM – nel gennaio 2016, attraverso l'attribuzione alle imprese fedeli di vantaggi economici, «consistenti in sconti su tutte le rotte, svincolati dalle caratteristiche delle medesime, dai volumi trasportati e dai ricavi generati dal servizio, anche questi finalizzati alla penalizzazione dei "traditori", vittime anche di un'attività di sottrazione di clientela da parte delle imprese "fedeli", consapevoli della strategia escludente e attivamente coinvolte nella stessa». L'applicazione di una siffatta scontistica costituiva, per l'Autorità garante, parte di una strategia escludente a valenza anticompetitiva, posta in essere da Moby e CIN, posto che tali sconti «servivano infatti ad incrementare il sistema di penalizzazioni che Moby/CIN infliggeva ai caricatori traditori ogni volta che questi avevano la necessità di viaggiare su una direttrice di traffico in cui la concorrenza era assente», traducendosi così in un ingiustificato vantaggio competitivo e discriminatorio a vantaggio delle imprese fedeli e a discapito di quelle ritenute traditrici.

Il Consiglio di Stato, dopo essersi soffermato sulla principale giurisprudenza eurounitaria [68] e nazionale [69] in tema di abuso di posizione dominante realizzato per il tramite di pratiche di prezzi e di scontistiche, rileva tuttavia una carenza istruttoria dell'AGCM, confermando in ciò la posizione già assunta dal Tribunale amministrativo nel precedente grado di giudizio. In particolare, il Collegio evidenzia come non sia stato adeguatamente approfondito dall'Autorità garante «il contributo procedimentale che le due società hanno messo a disposizione dell'Autorità con riferimento al contestato "boicottaggio indiretto" legato alla messa in campo di un aggressivo metodo di scontistica che tendeva ad escludere, nel tempo, dai servizi offerti le c.d. imprese "infedeli" o "traditrici"». Evidenziano i giudici come tale difetto istruttorio risulti essere alquanto importante, posto che – in base alla giurisprudenza pronunciatasi in materia – affinché la propensione alla scontistica dell'impresa dominante possa ritenersi finalizzata alla previsione di sconti fidelizzanti, con conseguente qualificazione in termini di abuso escludente, nei confronti di altri eventuali concorrenti operanti nel medesimo

[68] Si veda in particolare, tra le tante, C. giust. Ce 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, cit., 540, par. n. 90, sulla natura abusiva dei premî fedeltà; C. giust. Ce 3 luglio 1991, causa C– 62/86, *Akzo Chemie BV* c. *Commissione delle Comunità europee*, cit., dove si ritiene abusiva qualsiasi condotta che induca il cliente di un'impresa in posizione dominante ad approvvigionarsi esclusivamente presso di questa, senza necessità dunque che sia imposto un esplicito obbligo in tal senso e a prescindere dai mezzi impiegati per raggiungere un tale risultato; più di recente C. giust. Ce 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British airways* c. *Commissione delle Comunità europee*, in *Racc. giur. C. giust., 2007 I-02331, 2373 ss., dove si afferma che gli sconti o i premî concessi alle controparti commerciali da parte di un'impresa in posizione dominante non sono sempre necessariamente abusivi (par. n. 84), dovendosi escludere l'abusività in presenza di una giustificazione economica che deve effettuarsi «sulla base dell'insieme delle circostanze della fattispecie» (par. n. 86) e che può condurre ad escludere l'abuso qualora «l'effetto preclusivo […] svantaggioso per la concorrenza, possa essere controbilanciato, o anche superato, da vantaggi in termini di efficienza che vadano anche a beneficio del consumatore» (par. n. 86);* Trib. Ce 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways* c. *Commissione delle Comunità europee*, cit., 5987, par. n. 248, dove si specifica che «[…] ogni sistema di sconti che presenti un "effetto fedeltà" applicato da un'impresa in posizione dominante tende ad impedire alla clientela di rifornirsi presso imprese concorrenti, violando in tal modo l'art. 82 CE, indipendentemente dalla questione se il sistema di sconti sia o meno discriminatorio. Lo stesso ragionamento si applica ad un sistema di premi di produzione caratterizzato da un "effetto fedeltà", praticato da un acquirente in posizione dominante nei confronti dei propri prestatori di servizi»; Trib. Ce 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin* c. *Commissione delle Comunità europee*, cit., par. n. 240, secondo cui occorre «valutare tutte le circostanze e, in particolare, i criteri e le modalità di concessione degli sconti, e accertare se gli sconti mirino, mediante un vantaggio non basato su alcuna prestazione economica che li giustifichi, a sopprimere o limitare la possibilità dell'acquirente di scegliere la fonte di rifornimento, a chiudere l'accesso del mercato ai concorrenti, ad applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata», ma anche il precedente par. n. 100, dove si evidenzia la necessità di una «contropartita economicamente giustificata» per gli sconti concessi da un'impresa in posizione dominante, dovendosi altrimenti ritenere la condotta abusiva.

[69] Cfr., *ex multis*, Cons. St. 19 luglio 2002, n. 4001, cit., par. n. 5.2, dove si evidenzia come «*Per la giurisprudenza comunitaria, […], gli "sconti target" o "sconti obiettivo" costituiscono un abuso di posizione dominante, quando siano idonei a fidelizzare i soggetti destinatari, sottraendoli di fatto ai concorrenti e riducendo il residuo grado di concorrenza conseguente alla presenza della impresa dominante*».



mercato di riferimento, non è sufficiente il ricorso a mere presunzioni o a elementi probatorî indiretti, bensì è necessaria una accurata valutazione istruttoria, che nel caso di specie viene del tutto a mancare, al contrario di quanto accade per altri profili delle condotte contestate, su cui – come rileva il Consiglio di Stato – l'AGCM si è invece prodigata in un'indagine puntuale.

Infine, anche per quanto riguarda l'applicazione dell'aggravamento della sanzione, per il tramite della c.d. *entry fee*, i giudici di Palazzo Spada, dopo aver richiamato i precedenti della Sezione in materia [70], che affermano l'assoluta necessità di una adeguata motivazione per l'applicazione dell'incremento dell'importo sanzionatorio, ravvisano come nel caso di specie il requisito della specifica motivazione [71] viene a mancare, posto che «le indicazioni che costituirebbero l'ossatura della motivazione dell'aggravamento dell'entità della sanzione inflitta appaiono solo enunciate, con una elencazione dei singoli elementi di gravità dell'infrazione (e quindi delle condotte messe in campo e degli effetti delle stesse), senza però approfondire puntualmente, come sarebbe stato necessario, gli aspetti di maggior rigore che meritano i singoli comportamenti […], al fine di poter dimostrare la gravità della condotta anticoncorrenziale, tale da far fuoriuscire il caso in esame dall'ambito di applicazione ordinaria delle modalità di calcolo della sanzione da irrogare». Ne deriva, pertanto, in piena adesione a quanto statuito dai giudici di *prime cure*, l'inapplicabilità della suddetta *entry fee* e, più in generale, la riduzione del parametro base su cui calcolare la sanzione, alla luce della citata riduzione dell'arco temporale di durata delle condotte contestate.

4. – La pronuncia in commento, se mette un punto definitivo alla vicenda sotto il profilo pubblicistico, tuttavia non esaurisce le possibili ulteriori conseguenze per ciò che concerne l'*enforcement* privatistico. Difatti, come è noto, il procedimento *antitrust* si compone di due tipologie di *enforcement*, quello pubblicistico (c.d. *public enforcement*) e quello privatistico (c.d. *private enforcement*), le quali configurano però due diverse modalità, non già alternative bensì complementari [72], di un unico sistema, che necessitano di un coordi-

[70] Cfr. Cons. St. 2 settembre 2019, n. 6030, caso *Argenta s.p.a. e altri* c. *AGCM*, in *giustizia-amministrativa.it.*

[71] L'obbligo di motivazione, nei provvedimenti emessi dall'AGCM (e, più in generale, dalle Autorità amministrative indipendenti) è particolarmente pregnante. Si pensi, infatti, che essi derogano addirittura l'art. 3, comma 2, della l. n. 241/1990 nella parte in cui esclude dall'obbligo motivazionale gli atti normativi e quelli a contenuto generale. Secondo G. COCOZZA, *Autorità amministrative indipendenti e ruolo della motivazione come fondamento dei poteri ad esse conferiti*, in *amministrativ@mente*, 2020, 4, 31 ss., spec. 40 s. le Autorità amministrative indipendenti necessiterebbero di giustificare la propria indipendenza e neutralità rinvenendo un fondamento di tali peculiarità «dal basso», ciò si tradurrebbe «nell'esigenza di assicurare le garanzie del giusto procedimento con un correlato controllo in sede giurisdizionale». Dunque, secondo l'Autore, non soltanto la motivazione consentirebbe all'Autorità di esercitare legittimamente i proprî poteri, ma questa «tende[rebbe] ad assumere il ruolo di fondamento per la loro stessa operatività nel sistema, con l'esercizio dei poteri regolativi di cui sono dotate» (p. 41).

[72] Sulla complementarità tra le due modalità di *enforcement* si veda, in particolare, il reg. Ce n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*, in *GUCE*, del 4 gennaio 2003, L 1, 2, considerando n. 7, dove si afferma che «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. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri». In dottrina, ad esempio, la complementarità tra le due forme di *enforcement*, allo scopo di edificare un sistema misto sull'esempio dell'esperienza statunitense, è stata con forza sostenuta da M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di "public" e "private enforcement" in materia antitrust*, in AA.VV., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di A. ZOPPINI, M. MAUGERI, Bologna, 2009, 171 ss. D'altronde non di rado è stata affermata l'insufficienza della sola azione di *public enforcement*, soprattutto in quanto questa si dispiega «a campione», concentrandosi esclusivamente su quelli che appaiono i casi più rilevanti, oltre al fatto che le sanzioni pubblicistiche non paiono idonee a compensare gli ingenti profitti che possono ricavarsi da condotte poste in



namento in quanto dirette verso il medesimo risultato, ossia un'effettiva applicazione del diritto della concorrenza [73]. Mentre il *public enforcement*, ossia il procedimento amministrativo-pubblicistico di applicazione del diritto della concorrenza è affidato, a livello eurounitario, alla Commissione europea e a livello nazionale all'AGCM, ai quali spetta di accertare le infrazioni alle regole concorrenziali ed infliggere le relative sanzioni, il *private enforcement* – che tutela gli interessi giuridicamente rilevanti di tutti coloro che abbiano subìto un pregiudizio a causa della violazione di norme *antitrust* – è invece affidato ai giudici ordinarî nazionali. In particolare, il *private enforcement* trova il proprio fondamento nella celebre sentenza *Courage c. Crehan* [74], dove la Corte di Giustizia, pronunciandosi su un rinvio pregiudiziale, ha affermato che l'effetto utile del divieto stabilito all'art. 101, §1, TFUe, potrebbe subire una sostanziale limitazione là dove non si consentisse pienamente ai soggetti danneggiati di agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni causati da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, secondo la Corte, le azioni risarcitorie proposte innanzi alle giurisdizioni nazionali sarebbero in grado di contribuire in misura sostanziale al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità, consentendo pertanto una più efficace applicazione delle norme di cui agli artt. 101 e 102, TFUe, nonché 2 e 3, l. n. 287/1990 [75]. Nell'ordinamento interno, invece, rileva su tutte la sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, del 4 febbraio 2005, n. 2207 [76] che, in primo luogo, ha affermato come la l. n. 287/1990 non debba intendersi quale legge dei soli imprenditori, bensì come una legge che, essendo diretta a tutelare un bene giuridico più ampio del mero pregiudizio causato ai concorrenti, si pone l'obiettivo di tutelare l'interesse ultra-individuale della libertà contrattuale e la struttura concorrenziale del mercato, con la conseguenza che, ad essere tutelati, risultano tutti i soggetti che operano in questo, ivi compresi i consumatori [77]. Per ciò che concerne l'attuazione dell'*enforcement* privatistico nel nostro ordinamento, rileva in particolare l'art. 33 della l. n. 287/1990, il

---

violazione delle norme *antitrust*, nonché dei conseguenti danni cagionati alle vittime di tali condotte. In questo senso, si veda, recentemente, V. 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, in *Nuove l. civ. comm.*, 2018, 1, 125 s.

Si veda però anche Cons. St. 29 settembre 2014, n. 4773, in *giustizia-amministrativa.it*, la quale chiarisce comunque come *private* e *public enforcement* operino su piani autonomi e distinti. Tuttavia, la supposta autonomia tra le due suddette modalità può oggi essere revocata in dubbio, come si vedrà a breve, alla luce dell'art. 9 della direttiva 2014/104/UE (e, a livello interno, dell'art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3/2017 che l'ha recepita), dove si prevede che una violazione del diritto della concorrenza accertata con decisione definitiva dell'Autorità nazionale garante della concorrenza deve considerarsi «definitivamente accertata» ai fini dell'azione di risarcimento del danno proposta davanti ai giudici nazionali. Viene affermandosi così quel regime di interdipendenza tra *public* e *private enforcement* auspicato da taluni autori anche anteriormente alla direttiva 2014/104 UE. Su tutti cfr. A. NICITA, *Deterrenza, sanzioni e mercato. Una riflessione economica*, in AA.VV., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di A. Zoppini, M. Maugeri, cit., 27 ss., 53 ss.

[73] Cfr. sul punto R. CHIEPPA, *Coordination betweeen private and public antitrust enforcement in Italy and in the EU. Due modalità di un sistema bilanciato di enforcement*, in AA.VV., *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, a cura di G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO, Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019, Trento, 2019, 31 ss.

[74] C. giust. Ce 20 settembre 2001, causa C-453/99**,** *Courage Ltd. c. Bernard Crehan* e *Bernard Crehan c. Courage Ltd. e altri* – Domanda pregiudiziale, in *Racc. giur. C. giust.*, 2001 I-06297, 6314 ss., spec. 6323, parr. nn. 26-27.

[75] Per tale prospettiva si veda, ad esempio, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 454 ss., nonché G. A. BENACCHIO, *Il* private enforcement *del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in AA.VV., *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L. PACE, Napoli, 2013, 17, il quale sottolinea come l'*enforcement* privatistico è uno strumento nato per favorire il rispetto delle norme concorrenziali comunitarie e non come strumento civilistico diretto a tutelare posizioni giuridiche soggettive.

[76] Cass., sez. un. 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, cc. 1014 ss. Orientamento poi consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità, si veda ad es. Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Corr. giur.*, 2007, 641 ss., con nota di S. BASTIANON, nonché Cass. 26 maggio 2011, n. 11610, in *Giust. civ. Mass.*, 5, 2011, c. 808.

[77] Per questo rilievo cfr. V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 379 ss., spec. 406.



quale prevede che l'azione risarcitoria debba essere promossa innanzi al tribunale presso cui è istituita la sezione specializzata in materia di impresa territorialmente competente [78].

Alla luce di quanto sopra, dunque, è ragionevole pensare che le imprese di logistica (Trans Isole e Nuova Logistica Lucianu), in quanto destinatarie dirette della condotta abusiva posta in essere da Moby/CIN, nonché la stessa Grimaldi [79], destinataria dell'abuso escludente, possano decidere di adire, in un prossimo futuro, il giudice ordinario competente, al fine di ottenere il risarcimento dei danni subìti in virtù dell'illecito *antitrust* [80]. D'altronde, la decisione definitiva del Consiglio di Stato, qui in commento, assumerebbe un peso specifico notevole in un ipotetico futuro giudizio civile per il risarcimento del danno *antitrust*, rendendo così più agevole alle parti interessate l'eventuale decisione di ricorrere agli strumenti del *private enforcement*. Difatti, la direttiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio [81], del 26 novembre 2014, attuata con il citato d.lgs. 19 gennaio 2017 n 3, prevede una serie di misure a vantaggio di coloro che, a fronte di un illecito anticoncorrenziale, volessero agire davanti al giudice ordinario nazionale al fine di ottenere il risarcimento del danno conseguente [82]. In particolare, si intende far riferimento, innanzitutto, all'art. 9 della citata direttiva (e al più ampio art. 7, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3) che regolano, per quanto qui d'interesse, l'efficacia della decisione dell'AGCM nel successivo giudizio risarcitorio. Il citato art. 7, infatti, prevede espressamente 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 del mercato […] non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato» [83]. Ne discende che chi volesse intraprendere la

[78] Il d.lgs. n. 3/2017 ha ulteriormente ristretto la competenza in materia *antitrust* esclusivamente in favore delle sezioni specializzate in materia di impresa istituite presso i tribunali di Napoli, Roma e Milano, allo scopo di ottenere una maggiore specializzazione dell'organo giurisdizionale. Sul punto si veda V. 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, cit., spec. 130 s., nonché S. LOPOPOLO, *Il recepimento italiano della direttiva 2014/104/UE sul* private enforcement antitrust, in *Federalismi.it*, 23, 2017, 1 ss., spec. 7, la quale – oltre alla *ratio* di una più effettiva specializzazione dei giudici, richiama anche esigenze di una maggiore celerità, prevedibilità ed uniformità delle decisioni.

[79] In questo senso si veda l'articolo apparso su *Milano finanza*, numero 79, del 23 aprile 2021, 17, a firma di Achille Milanesi e dal titolo «Grimaldi, 100 milioni di cause a Moby», secondo cui appunto la Grimaldi starebbe pensando di intentare causa alla Moby e a CIN al fine di ottenere il risarcimento di una somma pari, all'incirca, a 100 milioni di euro.

[80] La natura plurioffensiva dell'illecito *antitrust* presuppone che debbano essere risarciti tutti i danni eziologicamente riconducibili alla medesima condotta illecita. Ciò pertanto induce ad escludere la necessità di un'assoluta coincidenza tra il destinatario immediato della condotta e destinatario diretto del illecito. Per questo rilievo cfr. E. CAMILLERI, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Nuove l. civ. comm.*, 1, 2018, 147.

[81] V. Dir. 2014/104/UE, 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 *GUCE*, del 5 dicembre 2014, L 349, 1 ss. Come evidenzia G. MUSCOLO, *La prova nelle azioni di risarcimento dei danni antitrust*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2017, 391 ss., spec. 392, lo scopo della direttiva in oggetto sarebbe proprio quello di incentivare il *private enforcement*.

[82] Misure che, almeno per quanto riguarda quelle qui esaminate, hanno – tra gli altri – lo scopo di neutralizzare o quantomeno limitare l'asimmetria di informazioni sussistente tra la parte che commette l'illecito e quella che lo subisce. Difatti, tale asimmetria renderebbe più complesso alla vittima della condotta anticoncorrenziale dar prova dell'illecito, ciò che si tradurrebbe in un disincentivo per la stessa ad agire al fine di ottenere il risarcimento dei danni. In proposito si veda, ad esempio, E. CAMILLERI, *An overview of the Private Enforcement of Competition Law in Italy*, in *Jus civile*, 2, 2020, 351 ss., spec. 363, il quale evidenzia come la vincolatività della decisione (definitiva) dell'Autorità garante della concorrenza, in ordine alla sussistenza dell'illecito *antitrust*, nell'eventuale e successivo giudizio risarcitorio innanzi al giudice ordinario promette di essere lo strumento più efficace per superare la suddetta asimmetria, quantomeno per quanto riguarda le azioni c.d. *follow-on*, ossia appunto quelle precedute da un preventivo accertamento positivo dell'Autorità garante della concorrenza.

[83] In realtà già il reg. Ce n. 1/2003, cit., prevedeva, all'art. 16, qualcosa di simile, nella parte in cui veniva affermato l'obbligo per



strada del giudizio risarcitorio, a séguito di una pronuncia dell'AGCM ormai definitiva [84] (o di una pronuncia, come nel caso di specie, di uno dei giudici del ricorso, in primo o in secondo grado, passata in giudicato) che abbia positivamente [85] accertato un illecito *antitrust*, non sarà gravato dall'onere di dimostrare, davanti al giudice ordinario, la violazione delle norme poste a tutela della concorrenza. Pertanto, in tale sede, all'attore sarà sufficiente dimostrare il danno patito, nonché il nesso di causalità tra questo e la condotta anticoncorrenziale [86].

---

i giudici nazionali che si pronunciassero in ordine ad accordi, decisioni o pratiche ai sensi dell'art. 81 e 82 del Trattato (oggi artt. 101 e 102 TFUe), già oggetto di una decisione della Commissione, di non porsi in contrasto rispetto a quest'ultima.

Anteriormente all'introduzione del citato art. 7, d.lgs. n. 3/2017, la maggioritaria giurisprudenza di legittimità, pur senza giungere ad affermare la vincolatività della decisione dell'AGCM nel successivo giudizio risarcitorio, aveva comunque affermato la natura del provvedimento amministrativo (definitivo) dell'Autorità garante quale «prova privilegiata», suscettibile di provare l'esistenza dell'illecito, ciò che consentiva al giudice chiamato a pronunciarsi sull'istanza risarcitoria di aderire pressoché totalmente alle conclusioni elaborate, sul punto, dalla stessa Autorità. Si vedano in proposito Cass., ord. 4 marzo 2013, n. 5327, in *Diritto e Giustizia* del 5 marzo 2013 e Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Riv. dir. ind.*, 6, II, 2009, 587 ss., dove, in riferimento alle «[…] conclusioni assunte dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, nonché le decisioni del Giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni», la Corte ha ammesso che le stesse «costituiscano una prova privilegiata». In Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Riv. dir. ind.*, 2, 2008, 133 ss., la Corte ha chiarito che «[…] In siffatta azione l'assicurato ha l'onere di allegare […] l'accertamento, in sede amministrativa, dell'intesa anticoncorrenziale (quale condotta preparatoria) e il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima ed il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni, senza però omettere di valutare gli elementi di prova offerti dall'assicuratore che tenda a provare contro le presunzioni o a dimostrare l'intervento».

Da ultimo, però, si segnala Cass. 4 ottobre 2021, n. 26869, in *DeJure*, dove si specifica che «Nel giudizio instaurato ai sensi della l. n. 287 del1990, art. 33, comma 2, per il risarcimento dei danni derivanti da illeciti anticoncorrenziali, nell'ipotesi in cui il procedimento avanti all'AGCM si sia concluso con una decisione con impegni assunti dall'impresa a norma dell'art. 14-ter della stessa legge a proposito della posizione rivestita sul mercato e della sussistenza di un comportamento implicante abuso di posizione dominante, il giudice del merito, considerate le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria (e in particolare dalla sentenza 23 novembre 2017, causa C –547/16, della Corte di giustizia), non è in alcun modo limitato nelle sue valutazioni e deve anzi porre a fondamento del proprio accertamento anche gli elementi di prova acquisiti nel corso dell'istruttoria svolta; in particolare deve tener conto della valutazione preliminare della Commissione e degli elementi desumibili dalla comunicazione delle afferenti risultanze, onde considerarle quale indizio, o addirittura quale principio di prova, della natura anticoncorrenziale della condotta contestata, nel contesto di tutte le emergenze, anche di diverso tenore, acquisite in giudizio».

[84] Mentre invece, si segnala, la decisione della Commissione europea è suscettibile di vincolare il giudice ordinario nazionale anche se non sottoposta al vaglio giurisdizionale. Cfr. G. MUSCOLO, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali*, in AA.VV., *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, a cura di G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO, cit., 37 ss., spec. 40.

[85] Difatti, l'accertamento negativo non vincola il giudice ordinario eventualmente adito per il risarcimento del danno, il quale può dunque procedere ad un accertamento di senso contrario e riconoscere così un illecito *antitrust* non ravvisato dall'AGCM o dai giudici amministrativi. Cfr. M. TAVASSI, *La realtà del private antitrust enforcement in Italia*, in AA.VV., *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, a cura di G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO, cit., 16, nonché G. MUSCOLO, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali*, cit., 43, la quale ravvisa come «il giudice potrà sempre accertare una condotta anticoncorrenziale di portata e/o durata più ampia di quella accertata dall'Autorità, e imputarla ad un numero di soggetti maggiore rispetto a quanto deciso dall'Autorità. Non potrà invece ridurre l'ambito, neanche temporale della condotta accertata da quest'ultima, né potrà ritenerne che essa non sia imputabile ai soggetti a cui è stata ascritta».

[86] Difatti, come chiarisce l'art. 7 cit., tali ultimi profili sono esclusi dall'accertamento vincolante compiuto dall'AGCM, il quale dunque è limitato alla «natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale». Sull'opportunità di una siffatta specificazione legislativa si veda G. DI FEDERICO, *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli organi degli altri Stati membri*, in AA.VV., *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, a cura di P. MANZINI, Torino, 2017, 65 ss. Di diverso avviso, invece, V. 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, cit., 138, nota n. 32, secondo cui, invece, tale precisazione sarebbe alquanto ovvia.

Sul punto si veda anche E. CAMILLERI, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valu-*



A ciò si aggiunga, inoltre, come – in generale – l'onere probatorio posto in capo all'attore nel giudizio risarcitorio può dirsi notevolmente alleggerito, grazie alla previsione, nella citata direttiva e nel d.lgs. che la attua, dei c.d. ordini di esibizione in relazione alle prove considerate rilevanti, i quali possono rivolgersi – nei limiti e secondo le modalità prescritte dalla legge – non soltanto alla controparte o a un terzo, in riferimento a quelle prove che risultano essere nella loro disponibilità, bensì anche all'AGCM, alla quale si può ordinare di esibire prove rilevanti contenute nel fascicolo del procedimento svoltosi innanzi ad essa, quando risulti che né le parti, né i terzi siano ragionevolmente in grado di fornirle.

Ad ogni modo, se l'eventuale azione risarcitoria innanzi al giudice ordinario non pone particolari problemi, ma anzi risulta essere certamente incentivata alla luce delle suddette misure introdotte dalla direttiva 2014/104/UE (e recepite nel nostro ordinamento con in d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3), la situazione si mostra affatto diversa là dove – in particolare – le società di logistica interessate volessero eventualmente agire al fine di far cessare le condotte abusive poste in essere, nel caso di specie, da Moby e CIN nei loro confronti [87]. Difatti, rileva in proposito l'assenza, nell'impianto del *private enforcement* nazionale del diritto *antitrust*, di un espresso fondamento normativo per l'azione inibitoria finale (o di merito) [88], limitandosi l'art. 33, l. n. 287/1990 – attraverso il richiamo ai «provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV» della medesima legge – a prevedere un'inibitoria essenzialmente cautelare, tendenzialmente riconducibile ai provvedimenti d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. [89]. Si tratta, dunque, di provvedimenti ad efficacia provvisoria e limitata, destinati a cadere una volta pronunciata la successiva decisione di merito.

Non di meno, parte della dottrina ha comunque ritenuto che potesse desumersi, dal riconoscimento dell'inibitoria provvisoria, il fondamento del potere inibitorio finale del giudice competente in materia *antitrust*, poiché – è stato sostenuto – non sarebbe affatto logico attribuire al giudice il potere di inibire provvisoriamente un determinato comportamento, se questo non può essere definitivamente inibito con la decisione di merito [90]. Tuttavia, un'impostazione del genere sovvertirebbe completamente il principio della strumentalità necessaria del giudizio cautelare rispetto a quello di merito, assumendo quale punto di riferimento la tutela cautelare, da cui ricavare in via interpretativa quella finale, operando in questo modo un'inversione logica [91].

---

tazione del danno, cit., 151, ad avviso del quale la prova del nesso causale tra violazione della norma *antitrust* e danno potrebbe essere offerta dall'attore dimostrando, ad esempio, il peggioramento delle condizioni contrattuali a lui applicate, fatta salva la possibilità per il convenuto di provare l'interruzione del nesso eziologico.

[87] Condotte che, tuttavia, risultano essere state già inibite dall'AGCM con il provvedimento n. 27053 del 28 febbraio del 2018, ai sensi dell'art. 15, l. n. 287/1990.

[88] Sulla distinzione tra inibitoria provvisoria e inibitoria finale si veda, in particolare, A. FRIGNANI, *L'injunction nella* common law *e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, 437 ss., nonché ID., voce *Inibitoria (azione)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 562.

[89] Per l'assimilazione dei provvedimenti d'urgenza menzionati all'art. 33, comma 2, l. n. 287/1990 a quelli previsti in via generale dall'art. 700 c.p.c. si vedano, in particolare, L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali (art. 33, 2°comma)*, in *Diritto antitrust italiano – commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, vol. II (art. 8-34), Bologna, 1993, 1466 e nota n. 31; P. COMOGLIO, *La tutela cautelare nell'azione* antitrust, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, cit., 247 ss., spec. 253; M. SCUFFI, *Orientamenti e nuove prospettive nella giurisprudenza italiana* antitrust, in *Riv. dir. ind.*, 1, 2003, 95 ss., spec. 102.

Per una diversa prospettiva, però, si veda I. PAGNI, *La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia* antitrust, in AA.VV., *I contratti della concorrenza*, a cura di A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2011, 540, secondo la quale l'art. 33, comma 2, l. *antitrust* riconoscerebbe alle sezioni specializzate in materia di impresa, competenti in materia di *private enforcement*, un potere cautelare generale che andrebbe oltre i provvedimenti d'urgenza atipici e residuali previsti dal suddetto art. 700, «con conseguente ammissibilità di qualsiasi provvedimento provvisorio che sia idoneo alla tutela urgente dell'interesse dell'attore».

[90] In questo senso si veda M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme* antitrust, in *Giur. comm.*, I, 1998, 663.

[91] Per tale rilievo si veda, in particolare, A. ASTONE, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito. Specificità dei rimedi*, Milano, 2012, 132.



Nella difficoltà, allora, di rinvenire nella stessa disciplina *antitrust* il fondamento normativo di un'inibitoria finale applicabile agli illeciti anticoncorrenziali, sarebbe auspicabile percorrere altre vie.

In primo luogo, si evidenzia come i medesimi effetti di un'inibitoria finale potrebbero essere conseguiti anche attraverso il ricorso all'inibitoria provvisoria di cui al citato art. 33. Con l'introduzione del regime di strumentalità attenuata [92], infatti, non è più necessaria l'instaurazione del giudizio di merito in séguito alla concessione di un provvedimento *ex* art. 700 c.p.c. Secondo la giurisprudenza [93], il medesimo regime opererebbe anche in relazione ai provvedimenti d'urgenza *antitrust*. Ne discende, allora, che se la vittima di un illecito *antitrust*, agendo innanzi al giudice ordinario competente al fine di richiedere il risarcimento del danno, domandasse cautelativamente un provvedimento d'urgenza diretto a far cessare (in via provvisoria) le condotte abusive, qualora il giudizio di merito non venisse poi concretamente instaurato il provvedimento inibitorio cautelare diverrebbe comunque definitivo, producendo – nella sostanza – i medesimi effetti dell'inibitoria finale [94]. Una tale impostazione, tuttavia, pur consentendo di inibire definitivamente le condotte dannose per il futuro, incide negativamente sull'esigenza di ottenere quanto prima possibile il risarcimento dei danni provocati anteriormente alla presentazione della domanda cautelare, in quanto non farebbe altro che dilatare le relative tempistiche, ponendosi così in contrasto con quello che appare lo scopo primario del *private enforcement.* Inoltre, una differenza di non poco momento riguarda la fase attuativa dell'inibitoria. Difatti, mentre l'inibitoria finale viene pronunciata con sentenza di condanna [95], potendo costituire pertanto titolo esecutivo suscettibile di dar luogo ad esecuzione forzata, al contrario, l'inibitoria cautelare, assoggettata al rito cautelare uniforme, viene pronunciata con ordinanza e la sua attuazione, anche quando la stessa diviene definitiva per mancata instaurazione del giudizio di merito, è lasciata «al giudice che ha emanato il provvedimento cautelare», come stabilito dall'art. 669-*duodecies* c.p.c.

Alternativamente, è stato proposto di colmare la lacuna insita nell'art. 33 della legge *antitrust* ricorrendo all'inibitoria finale prevista dall'art. 2599 c.c., di cui allora si prospetta un'applicazione in via diretta [96], ov-

---

[92] In séguito alle modifiche apportate all'art. 669-*octies* c.p.c. dalla l. 14 maggio 2005 n. 80, che ha convertito con modifiche il d. l. 14 marzo 2005 n. 35, è stato aggiunto al citato articolo un sesto comma, in base al quale si esclude l'applicabilità ai provvedimenti *ex* art. 700 c.p.c., nonché a tutti quanti i provvedimenti cautelari c.d. anticipatorî, delle disposizioni di cui allo stesso art. 669-*octies* e del primo comma dell'art. 669-*novies* c.p.c.

In altre parole, la riforma introdotta dalla citata legge ha esteso anche ai provvedimenti anticipatorî il principio della c.d. strumentalità attenuata, con la conseguenza che per tali provvedimenti non è più necessaria l'instaurazione del successivo giudizio di merito e, pertanto, gli stessi non perdono efficacia qualora il suddetto giudizio non sia instaurato nei termini previsti dall'art. 669-*octies*. Si parla in tal caso di stabilità della misura cautelare anticipatoria, proprio in quanto idonea a perpetuare i suoi effetti anche in assenza dell'instaurazione del successivo giudizio di merito; ciò che però non esclude, ad esempio, che il soggetto passivo del provvedimento, non essendo più d'accordo con le statuizioni in esso contenute, possa – anche a distanza di tempo – instaurare quel giudizio di merito che in un primo momento aveva deciso di rinviare. Per tale pregnante motivo non può mai parlarsi, neanche in presenza del regime di strumentalità attenuata, di «giudicato cautelare». Sul punto si veda I. PAGNI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del sole 24 ore*, diretta da S. PATTI, XII, Milano, 2007, 480 ss., spec. 483.

[93] In questo senso App. Milano, 14 febbraio 2007, *Giur. mer.*, 2008, 151.

[94] Per tale prospettazione si veda I. PAGNI, *La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia* antitrust, cit., 542 s., la quale parla di «sdrammatizzazione del problema della mancata previsione dell'inibitoria definitiva», proprio perché una volta concessa l'inibitoria cautelare, di quella definitiva «non vi sarà necessità, né sotto il profilo fattuale (avendo ottenuto il ricorrente il risultato cui sarebbe dovuta pervenire l'inibitoria di merito), né sotto il profilo giuridico (non essendo necessario incardinare alcun giudizio di merito, né per ottenere il risarcimento del danno qualora il pregiudizio, grazie al provvedimento cautelare, sia stato impedito dalla cessazione del comportamento, né per stabilizzare il risultato raggiunto in via interinale, dal momento che la pronuncia definitiva oggi non è più necessaria per sorreggere gli effetti della misura provvisoria)».

[95] Cfr. in proposito A. FRIGNANI, *L'injunction nella* common law *e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 469 ss.

[96] L'applicazione in via diretta dell'inibitoria definitiva di cui all'art. 2599 c.c. alla materia *antitrust* si giustifica alla luce della considerazione che la misura di cui alla norma *de qua* caratterizzi l'intera disciplina della concorrenza, trovando dunque



vero in via analogica [97], alla materia *antitrust*. D'altronde, come segnalato recentemente, «non sembrano in effetti sussistere valide ragioni per riservare alla normativa antitrust una tutela diversa – e segnatamente più debole – rispetto a quella che il Codice civile già da tempo riconosce alle imprese che subiscono atti di concorrenza sleale, le quali possono chiedere al giudice di far cessare tali comportamenti sia in sede cautelare che all'esito di un giudizio di merito» [98].

Allo stesso modo, si potrebbe prospettare – nel caso di specie – il ricorso all'inibitoria definitiva che sembrerebbe essere prevista dall'art. 9, l. n. 192/1998 [99], per far fronte all'abuso di dipendenza economica. Difatti, come ha osservato attenta dottrina «se è vero che non ogni situazione di dipendenza economica fa presumere o dimostra che il soggetto del corrispondente potere sia in posizione dominante sul mercato, l'esistenza di una posizione dominante dimostra o, quanto meno, fa presumere che le controparti commerciali dell'impresa dominante ne siano dipendenti e siano potenzialmente vittime di un abuso» [100]. Inoltre, le condotte concretamente poste in essere da Moby e CIN nei confronti delle imprese di logistica, quanto meno quelle qualificate nel provvedimento dell'AGCM quali boicottaggio diretto, risultano essere sovrapponibili a quelle esemplificativamente indicate nello stesso art. 9 della legge sulla subfornitura quali ipotesi di condotte abusive. Così, l'ingiustificato rifiuto di accettare le prenotazioni proposte può essere ricondotto al «rifiuto di vendere e di comprare» (e più in generale al rifiuto di contrarre), l'ingiustificato recesso unilaterale dagli accordi commerciali configura una «interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto», mentre infine il peggioramento delle condizioni economiche e commerciali delinea l'«imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie». Tuttavia, aderendo ad una siffatta impostazione, verrebbe

---

un'applicazione diretta anche oltre il ristretto àmbito della concorrenza sleale. In questo senso si veda – ad esempio – F. VESSIA, *Tutela cautelare d'urgenza, obblighi di contrarre e competenza giurisdizionale nell'abuso di dipendenza economica*, in *Contr. impr.*, VI, 2013, 1313 s., nonché, anteriormente all'introduzione della legge nazionale *antitrust* anche T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3ª ed., Milano, 1960, 256.

[97] Sull'applicabilità in via analogica dell'inibitoria di merito di cui all'art. 2599 c.c. in materia *antitrust* si veda invece L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali (art. 33, 2°comma)*, cit., 1461 ss., spec. 1463, nonché ID., *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1992, 234, dove l'Autore, pur sottolineando che la «Repressione della concorrenza sleale e *antitrust* perseguono, certo, scopi molto differenti e rispondono a logiche in pari misura diversificate», sostiene però che vi sarebbe «un momento in cui coincidono […] quello in cui si attua l'interferenza illecita nella sfera di libertà del concorrente, bloccandone o pregiudicandone l'impresa che, in entrambi i casi, costituisce il bene oggetto della tutela». Sarebbe dunque proprio «l'identica conformazione del pregiudizio a garantire la legittimità di un impiego dello strumento inibitorio anche in chiave antitrust», questo in quanto «La tutela preventiva […] rappresenta la risposta più efficace al *danno concorrenziale*, cioè appunto alla illecita interferenza nell'altrui attività, e non vi è motivo di limitarne l'applicazione ai soli danni da concorrenza sleale» (corsivo dell'Autore).

[98] Così espressamente F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., 343.

[99] L'art. 9, comma 3, l. n. 192/1998, introdotto dalla l. n. 57/2001, afferma la competenza del giudice ordinario a conoscere delle azioni inibitorie. L'utilizzo del plurale, secondo parte della dottrina (in questo senso si veda, in particolare, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica*, Milano, 2003, 16) implicherebbe l'intenzione del legislatore di introdurre, oltre all'inibitoria cautelare, anche quella finale. Tuttavia, in dottrina non tutti ritengono che la novella all'art. 9 l. subfornitura richiami ipotesi di inibitoria ulteriori rispetto a quelle già previste in precedenza. Si veda in proposito B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica*, in C. BERTI, B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192 come modificata dalla legge 5 marzo 2001, n. 57 e dal decreto legislativo, 9 ottobre 2002, n. 231*, Milano, 2003, 203 s., secondo cui la citata novella si limiterebbe semplicemente a ribadire la natura civilistica dell'illecito, nonché la competenza a conoscere dello stesso da parte del giudice ordinario. Pertanto, secondo l'Autrice, «dovrebbe concludersi che le inibitorie avverso condotte abusive dell'altrui dipendenza economica siano essenzialmente quelle previste in materia di concorrenza sleale dall'art. 2599 cod. civ., oppure quelle ottenibili in via d'urgenza, anche al di fuori dei casi di concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., in via strumentale ad un procedimento di merito».

[100] Così M. S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica,* in *Riv. dir. ind.*, I, 1999, 204 s.



meno la vincolatività del provvedimento AGCM nei confronti del giudice ordinario, di cui al citato art. 7, d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3, con la conseguenza che il giudice ordinario, adito per l'inibitoria, dovrà accertare in concreto l'esistenza di un abuso di dipendenza economica.

Concludendo, non si può non rilevare come in ogni caso le prestazioni cui sarebbero condannate, per il tramite dell'inibitoria, Moby e CIN fanno capo ad obblighi di fare infungibili [101] che, in ossequio al principio espresso nel brocardo latino *nemo ad factum praecise cogi potest* [102], non possono per loro natura essere soggetti ad esecuzione forzata. Pertanto, gli unici strumenti offerti dall'ordinamento per conseguire una coercizione, ancorché indiretta, di tali obblighi sono quelli contemplati all'art. 614-*bis* c.p.c. (rubricato appunto «mezzi di coercizione indiretta»), per mezzo dei quali il giudice è chiamato a fissare una somma di denaro che l'obbligato dovrà corrispondere «per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento» [103].

[101] In questo caso l'infungibilità andrebbe intesa non in senso assoluto, bensì in relazione allo specifico rapporto e, in particolare, con riguardo all'utilità che le parti intendono perseguire. Difatti, se si considera che, nello specifico mercato considerato, Moby e CIN rivestono una posizione di dominio, ne deriva che i servizî da queste offerti assumono un carattere di infungibilità relativa, a causa dell'impossibilità o comunque dell'eccessiva onerosità per i potenziali contraenti delle imprese dominanti di rinvenire valide alternative soddisfacenti nel medesimo mercato. Cfr. in proposito A. DISTASO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo legale a contrarre*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1972, 198.

[102] Per un approfondimento relativo al principio citato si veda S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, 17 ss.

[103] L'art. 614-*bis* è stato introdotto nel codice di procedura civile ad opera dell'art. 49, co. 1°, della l. 18 giugno 2009 n. 69, recante «disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile». Inizialmente, l'articolo citato era rubricato «attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare» e si riferiva, in via esclusiva, a tali tipi di obblighi. In séguito, il d. l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con l. 6 agosto 2015 n. 132, ha modificato la rubrica dell'art. 614-*bis* c.p.c. (oggi, appunto, «misure di coercizione indiretta») e ha previsto un sostanziale ampliamento del suo àmbito applicativo fino ad estendersi a tutti gli obblighi, con la sola eccezione di quelli aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro.

In proposito si vedano, *ex multis*, C. CONSOLO – F. GODIO, *La* "impasse" *del combinato disposto degli artt. 2932-2908-2909 e l'alternativa dell'art. 614* bis *c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziare*, in *Corr. giur.*, 3, 2018, 370 ss., dove vengono esaminate le novità relative all'istituto in esame in séguito alla novella del 2015; S. CHIARLONI, *Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.*, in *Il libro dell'anno del diritto*. *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2012, 704, il quale ancor prima della novella aveva intuito la più ampia portata dell'istituto, oltre il limite del requisito dell'infungibilità; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614* bis *c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale,* in *Eur. dir. priv*., 2009, 950 ss.; C. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, VI, 2009, 737 ss., nonché 740 ss.



A. DI MAJO, *OBBLIGAZIONI E TUTELE*, GIAPPICHELLI, TORINO, 2019, PP. XIII-289.

Nel mese di luglio 2018, veniva dato alle stampe un volume [1] con cui il Prof. Adolfo di Majo compendiava, con una straordinaria combinazione di sinteticità, chiarezza e completezza, e senza mai abbandonare una prospettiva critica, l'evoluzione dottrinale, giurisprudenziale e normativa della responsabilità medica: partendo dalle concezioni più risalenti, passando per la "svolta" pretoria che ravvisò in capo al medico una responsabilità (non già aquiliana, bensì) contrattuale da contatto sociale [2], sino a giungere all'attuale quadro legislativo (che ha inteso "decontrattualizzare" tale responsabilità, al fine di contrastare la c.d. medicina difensiva) e alle problematiche più attuali che da tale quadro derivano [3].

Meno di un anno dopo, è stato pubblicato dallo stesso Autore [4] un nuovo lavoro nel quale ha inteso illustrare, nella stessa ottica, il diritto delle obbligazioni nel prisma delle tutele: prisma che ha costantemente caratterizzato il pensiero scientifico dell'illustre Maestro [5], tramandato agli Allievi nell'insegnamento del diritto civile, e che trova in questa opera un'emblematica e apprezzabile consacrazione.

Sin da subito viene messo in evidenza come l'Autore, attraverso questo studio, abbia voluto recuperare quella centralità delle obbligazioni che il codice del 1942 aveva inteso assicurare dedicando ad esse il libro quarto (il più grande) e che tuttavia è andato sfumando a causa della concentrazione degli studi privatisti su altri istituti, quali il contratto e il fatto illecito, che pur tuttavia nella sistematica codicistica rappresentano "fonti di obbligazioni" [6].

Infatti il contratto (nella parte seconda) e il fatto illecito (nella parte terza) vengono analizzati nel volume seguendo le due linee direttrici che danno il titolo al volume stesso: da un lato, appunto come fonti delle obbligazioni; dall'altro, come forme di tutela dei diritti. Le due prospettive, nell'ottica dell'Autore, sono peraltro strettamente correlate e interdipendenti: le obbligazioni sono funzionali a tutelare gli interessi delle persone laddove, perché siano soddisfatti, vi sia "bisogno dell'altrui cooperazione" (come da insegnamento bettiano [7]); mentre le tutele, dal canto loro, per essere effettive debbono attuare – in natura o per equivalente – gli obblighi posti dall'ordinamento a carico dei consociati.

La prima parte è specificamente dedicata al "diritto delle obbligazioni" e alla ricostruzione delle sue coordinate fondamentali; nel primo capitolo vengono, innanzitutto, evidenziate le funzioni che le obbligazioni sono chiamate a svolgere, richiamando quelle tipiche, rispettivamente, del contratto e del fatto illecito: nel primo caso, in un'ottica statica, si consente lo scambio, giungendo a una nuova, diversa e più efficiente allocazione delle risorse; nel secondo caso, in senso statico, si assicura la conservazione dello *status quo*, inibendone modificazioni derivanti da interferenze non consentite e non autorizzate [8].

---

[1] Trattasi di A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Giappichelli, Torino, 2018.

[2] Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 4, 441 ss., con nota dello stesso A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione.*

[3] L'A. è tornato sull'argomento anche successivamente: v., ad es., A. DI MAJO, *La doppia natura della responsabilità del medico*, nota a Cass. civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991, in *Giur. it.*, 2020, 1, 37 ss.

[4] A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Giappichelli, Torino, 2019.

[5] Sin da A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4 ed., Giuffrè, Milano, 2003; si vedano anche A. DI MAJO, *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 1, 1 ss.; ID., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 2, 289 ss.; ID., *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2009; ID., *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 4, 703 ss.; ID., *I rimedi giuridici tra ideologia e tecnica*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 3, 825 ss.

[6] A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, cit., XI.

[7] Richiamato da A. DI MAJO, *op. cit.*, XII.

[8] Cfr. A. DI MAJO, *op. cit.*, 4, il quale sottolinea altresì come le obbligazioni possano anche assolvere una funzione restitutoria



L'attenzione viene poi soffermata sul "diritto di credito", del quale viene messo in evidenza il profilo della titolarità-appartenenza (che sarebbe alla base della possibilità di cederlo, di pignorarlo e di essere oggetto di tutela aquiliana), nonché sulla "responsabilità", della quale viene ricordato il fondamentale ruolo che essa ha tradizionalmente assunto nella teoria dell'obbligazione, quantunque ridimensionato in tempi più recenti [9] in favore della primazia dei rimedi in forma specifica [10].

Il Prof. di Majo, dopo aver richiamato le dimensioni dell'obbligazione quale "rapporto fondamentale", evidenzia come essa dia vita a una "relazione" fra i soggetti che non si esaurisce in una semplice sommatoria dei diritti e degli obblighi reciproci. Ciò si appalesa maggiormente nei cc.dd. rapporti di durata [11], che hanno assunto un'importanza sempre maggiore nell'economia moderna e contemporanea [12]. Successivamente si sofferma sull'obbligazione quale possibile *titulus detinendi* del bene acquistato e/o dell'utilità conseguita (pur non mancando di sottolineare che tale funzione risulta sfumata in un ordinamento basato sull'unificazione fra *titulus* e *modus adquirendi* [13]). Discorre, infine, diffusamente, della *valenza normativa* dell'obbligazione giungendo a sostenere che, lungi dall'essere un concetto in declino, la sua astrattezza e la sua generalità la rendono funzionale ad adattarsi alla realtà economico-sociale in cui i rapporti necessitano regole di governo [14].

Il secondo capitolo della prima parte è dedicato alle fonti delle obbligazioni, di cui viene ricordata l'evoluzione storica nel sistema romanistico: dall'originaria bipartizione (*obligatio nascitur vel ex contractu vel ex delicto*), passando per la tripartizione (contratto/delitto/*varie causarum figurae*) alla quadripartizione (contratto/quasi contratto-delitto/quasi delitto). Quest'ultima è stata recepita nelle codificazioni ottocentesche (art. 1370 *code civil*; art. 1097 codice civile del 1865), con l'aggiunta della legge, a garanzia dei privati contro interventi arbitrari dello Stato [15].

Il codice civile vigente ha affiancato al contratto e al fatto illecito «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico». Ebbene, viene ricordato come questa clausola generale abbia consentito un adattamento del sistema delle fonti delle obbligazioni al mutamento del contesto storico, economico, sociale e politico. Infatti, essa è stata concepita originariamente per sancire la supremazia dello Stato sui privati, *sub specie* di creazione da parte del primo di obblighi a carico dei secondi; se ne è data in seguito

("correttiva") in ordinamenti che ammettono forme di trasferimento astratto (come in quello tedesco, che accoglie un *Abstraktionsprinzip*). Nel nostro sistema, invece, che impone una giustificazione causale agli spostamenti di ricchezza, tale funzione «appare più ridotta» (A. DI MAJO, *op. cit.*, 5).

[9] Che già da tempo aveva evidenziato che «l'appiattimento della obbligazione sulla fonte contrattuale e cioè sull'atto di volontà, tipico del modello francese, ha fatto sì che l'effetto dell'obbligazione si realizzasse massimamente nel risarcimento del danno, così da fare sì che l'obbligazione non rinnegasse la volontà espressa nel contratto, specie nel suo risvolto di adempimento *invito debitore*. Il che ha impedito che dell'obbligazione, quale *iuris vinculum*, venisse apprezzata la forza coercitiva anche *contro* la volontà della parte renitente. È invece *la responsabilità patrimoniale* (art. 2740), e quindi quella per danni e la sua attuazione processuale (art. 2910 c.c.), ad essere considerata il "*Rückgrat*" (spina dorsale) della obbligazione. L'obbligazione, a differenza di altri doveri giuridici, reca seco la "responsabilità patrimoniale" di chi si obbliga» (A. DI MAJO, *Adempimento e risarcimento*, cit., 16 s.).

[10] V. A. DI MAJO, *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente)*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 4, 1149 ss. Più recentemente ID., *Ascesa e declino dell'adempimento in forma specifica*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 1, 117 ss.

[11] A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, cit., 11 ss. Cfr. altresì ID., *Dominio e relazione nell'obbligazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 2, 193 ss.

[12] A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, cit., 13, richiama, esemplificativamente, quelli di lavoro, di locazione, di affitto e di somministrazione di servizi.

[13] A. DI MAJO, *op. cit.*, 14 s., ove si evidenzia che «l'obbligazione naturale (art. 2034 c.c.) invece funge da solo titolo per giustificare quanto si è conseguito in esecuzione di essa».

[14] A. DI MAJO, *op. cit.*, 19.

[15] A. DI MAJO, *op. cit.*, 22.



una lettura riduttiva, in virtù della quale essa avrebbe dovuto intendersi come un rinvio "chiuso" ad ipotesi specificamente previste dalla legge; si è infine affermata un'interpretazione che ha consentito di individuare ipotesi atipiche di fonti (la più nota delle quali è il "contatto sociale qualificato"), rendendo così "aperto" il sistema delle fonti anche ai valori costituzionali [16].

In relazione all'evoluzione delle singole fonti, l'Autore rammenta come, per un verso, il contratto non sia necessariamente fonte di obbligazioni (potendo invece direttamente e immediatamente trasferire o costituire diritti: art. 1376 cod. civ.) [17] e, per altro verso, non sia più sufficiente il *seul consentement*, essendo altresì indispensabile una giustificazione causale per (la validità del contratto e, quindi, per) l'assunzione dell'obbligazione [18].

Il fatto *illecito*, dal canto suo, ha perduto la sua centralità, essendo la colpevolezza diventata un criterio di imputazione (un tempo centrale, ma ormai) residuale rispetto ad altri che progressivamente si sono affermati [19] ed essendosi, altresì, diffuse (quantitativamente e qualitativamente) le ipotesi di obbligazioni indennitarie da atto lecito. Di altre ipotesi tradizionali, come le promesse unilaterali, l'indebito e l'arricchimento senza causa, vengono ricordati gli aspetti maggiormente critici e le prospettive, anche con un immancabile sguardo comparatistico [20].

Nel terzo capitolo della prima parte il Prof. di Majo si occupa degli "interessi rilevanti" nel rapporto obbligatorio. "*Ex latere solventis*" [21], esclude che il debitore abbia un interesse diretto ad adempiere: semmai, tale interesse può essere strumentale alla soddisfazione di altro interesse meritevole di tutela (come nel caso emblematico del lavoratore). Diverso dall'interesse all'adempimento è l'interesse alla liberazione dal vincolo, che invece trova specifica tutela attraverso l'istituto della *mora credendi*.

"*Ex latere accipientis*", il punto di partenza dell'analisi è la disposizione dell'art. 1174 cod. civ., che ha rappresentato un'innovazione rispetto alle codificazioni precedenti e di cui vengono ricostruite, con taglio critico, le diverse letture che sono state date [22]. Si affrontano poi i rapporti fra il comportamento dovuto dal debitore e la soddisfazione dell'interesse del creditore [23], evidenziandone il rapporto di mezzo a fine, peraltro non necessario: il creditore può risultare soddisfatto anche per altre vie (adempimento del terzo o esecuzione forzata in forma specifica); il debitore può tenere il comportamento dovuto liberandosi dal vincolo senza che il creditore abbia ottenuto il bene della vita a cui aspirava (di qui la tormentata distinzione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato [24]).

Dopo alcune considerazioni sulle tipologie di prestazione (e circa i profili di attualità della distinzione ro-

---

[16] A. DI MAJO, *op. cit.*, 22 ss.
[17] A. DI MAJO, *op. cit.*, 28 ss.
[18] A. DI MAJO, *op. cit.*, 30 ss.
[19] Diffusamente anche A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 2010.
[20] A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, cit., 35 ss.
[21] A. DI MAJO, *op. cit.*, 53 s.
[22] A. DI MAJO, *op. cit.*, 43 ss.
[23] A. DI MAJO, *op. cit.*, 47 ss.
[24] In proposito, l'Autore osserva che «fermo restando che, in tutte le obbligazioni, rileva tanto il comportamento quanto il risultato, può essere diversa la combinazione tra entrambi. È più che evidente che, in talune categorie di obbligazioni (ad es. quelle aventi per oggetto prestazioni professionali o l'attività dell'amministratore o del gestore), dipendendo il risultato cui tiene il creditore anche da fattori che non si identificano con l'attività dell'obbligato (si pensi alla guarigione del malato o al buon esito della causa o della società amministrata), l'obbligato non può essere ritenuto responsabile se il risultato non si raggiunge, tranne che non si dia la prova, da parte del creditore, che esso non si è raggiunto per colpa dell'obbligato. In altre obbligazioni (ad es. quella dell'appaltatore), essendo il risultato *in obligatione*, è tale risultato (e cioè la costruzione dell'opera) ad essere "dovuto" dall'obbligato e del mancato risultato dovrà, esso, rispondere (salvo l'esonero per impossibilità non imputabile)» (A. DI MAJO, *op. cit.*, 50).



manistica *dare-facere-praestare*), l'attenzione viene infine concentrata sull'interesse (non soltanto alla prestazione, ma anche) alla protezione [25] della propria sfera giuridica, che rappresenta un elemento centrale nella concezione moderna del rapporto obbligatorio, già oggetto di ampia elaborazione dottrinale in esperienze straniere (ove si parla di *obligations de securité*, ovvero di *Schutzpflichten*) e definitivamente acquisito anche nella nostra. Maggiormente controverso è se, ed eventualmente in che limiti, possa esservi soltanto la protezione, così configurandosi un'obbligazione senza (dovere primario di) prestazione [26]: l'Autore sul punto ammonisce a resistere alle tentazioni di allargare oltre misura l'area del contratto a discapito di quella del torto [27].

Il quarto capitolo, continuando a seguire idealmente l'ordine del codice, è dedicato a qualche rapida ma densa considerazione sul principio di buona fede (art. 1175 cod. civ.) e sul dovere di diligenza (art. 1176 cod. civ.).

Del principio di buona fede, intesa in senso oggettivo, vengono ricordate le molteplici funzioni che è andato assumendo nel diritto delle obbligazioni, con particolare riferimento a quella di limite all'azione, pur di per sé lecita, dei soggetti (abuso del diritto) [28].

A proposito del dovere di diligenza, che dev'essere di base quella del *bonus pater familias*, salvo che nell'esercizio dell'attività professionale (nel qual caso è richiesto un livello di diligenza adeguato alla natura dell'attività esercitata), l'Autore si sofferma diffusamente sulla sua rilevanza nel valutare se il debitore debba o meno essere ritenuto responsabile in caso di mancato conseguimento dell'utilità da parte del creditore [29], nonché sulla distinzione fra "responsabilità per imperizia" e "responsabilità per (più semplice) imprudenza o negligenza", avendo particolare riguardo all'ipotesi della responsabilità medica [30].

La prima parte del volume, nei capitoli quinto e sesto, si conclude soffermandosi diffusamente sulle vicende, fisiologiche e patologiche, dell'obbligazione, evidenziando come essa dovrebbe estinguersi attraverso l'(esatto) adempimento, che consiste nell'esecuzione della prestazione dovuta, spontaneamente oppure coattivamente. L'Autore non manca di evidenziare come questa prospettiva risulti ancor più marcata nel c.d. diritto privato europeo, nonché in altri ordinamenti (come quello tedesco), ove maggiore spazio viene riconosciuto all'adempimento "sanante" (*cure by non performing party*) [31]: finché è possibile, l'interesse dedotto in obbligazione deve essere soddisfatto in forma specifica. Si sofferma poi, analiticamente, sulla ricostruzione (sempre in chiave critica) delle diverse teorie dell'inadempimento (con particolare riferimento alla rilevanza attribuibile alla colpa, o più in generali a profili soggettivi) [32], nonché sul risarcimento del danno ad esso conseguente, sviluppando ulteriori considerazioni sulla dicotomia fra debito (*Schuld*) e responsabilità (*Haftung*) [33].

In conclusione di questa parte, il Prof. di Majo si concentra su alcuni aspetti del diritto delle obbligazioni che soltanto in tempi recenti sono stati al centro della riflessione giuridica (che sono diventati di ancor più drammatica attualità poco meno di un anno dopo la stampa del libro, e che potrebbero diventarlo sempre di più alla luce dei più recenti eventi sulla scena internazionale), vale a dire i possibili profili di rilevanza della

---

[25] V. già A. DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 1, 1 ss.

[26] Riflessioni anche in A. DI MAJO, *Della responsabilità civile "restaurata" (a proposito del libro di Carlo Castronovo, Responsabilità civile*), in *Eur. dir. priv.*, 2019, 3, 895 ss.

[27] A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, cit., 61 ss.

[28] A. DI MAJO, *op. cit.*, 69.

[29] A. DI MAJO, *op. cit.*, 70 ss., spec. 74 ss.

[30] Vengono pertanto sviluppate le riflessioni già compiute in A. DI MAJO, *Il giudizio di responsabilità civile del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia "guidata"*, in *Giur. it.*, 2018, 4, 841, nonché in ID., *La salute responsabile*, cit., spec. 11 ss.

[31] A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, cit., 91 s.

[32] A. DI MAJO, *op. cit.*, 92 ss.

[33] A. DI MAJO, *op. cit.*, 122 ss.



crisi economica del debitore sulla sorte dei rapporti obbligatori. Secondo il pensiero più classico e risalente, essa non avrebbe dovuto avere alcuna rilevanza, trattandosi di una mera difficoltà (più o meno grave) del debitore, non idonea ad esonerarlo neppure da responsabilità per il ritardo, poiché comunque riconducibile alla sua sfera giuridico-organizzativa; nei casi più estremi (e soltanto per alcune categorie di soggetti) poteva darsi luogo a fallimento, che però era connotato da un forte stigma e finalizzato (in senso più o meno marcato) a sanzionare il debitore che aveva deluso la fiducia dei creditori e, più in generale, del mercato [34].

Queste concezioni sono state, sotto certi aspetti, superate, tenendo nella dovuta considerazione che l'insolvenza non è una "colpa" del debitore, ma un'evenienza in larga parte fisiologica: dal lato degli operatori economici, l'innovazione tecnologica, il costante mutamento delle preferenze dell'utenza, ecc., fanno sì che sia sempre più difficile rimanere stabilmente sul mercato, dovendosi continuamente "reinventare", passando per disinvestimenti e reinvestimenti che talvolta hanno esito positivo, talaltra no; dal lato dei consumatori, essi sono esposti a continue e pressanti "tentazioni" da parte di quel mercato che, però, offre loro sempre meno facilmente un'occupazione (e dunque un reddito) stabile, trovandosi così in equilibrio precario che, inevitabilmente, può accadere che perdano.

In un'ottica che rievoca il *cuius commoda eius et incommoda*, beneficiando il ceto creditorio di questo diverso assetto dell'economia, sempre più freneticamente circolante, le tendenze più recenti della legislazione e della scienza giuridica pretendono che su di essi possa finire per gravare una parte del rischio di questa insolvenza divenuta ormai fisiologica: ve ne sono evidenti segni nelle procedure concorsuali "alternative" al fallimento (concordato preventivo, accordi di ristrutturazione del debito, ecc.), nonché nella disciplina del sovraindebitamento del consumatore [35]. Le riflessioni dell'Autore sono magistrali anche su questi innovativi aspetti [36].

La seconda parte, come accennato, è dedicata più specificamente al contratto (*rectius*, alle tutele contrattuali [37]), in quella prospettiva rimediale [38] che è andata sempre più caratterizzandolo, specialmente, in forza delle influenze derivanti dal diritto dell'Unione Europea e del commercio internazionale (e, infatti, l'Autore fa costante riferimento agli istituti di derivazione eurounitaria, nonché ai *Principi Unidroit* e ai *Principles of European Contract Law* [39]).

Non manca il confronto, sempre critico, con alcune delle problematiche più delicate con cui si è recentemente confrontata la giurisprudenza sul terreno contrattuale: dal regime processuale della nullità (Cass., sez. un., nn. 26242/2014 e 26243/2014), passando per la *culpa in contrahendo* (Cass. n. 14188/2016), sino alla disciplina delle clausole *claims made* nei contratti di assicurazione della responsabilità civile (Cass., sez. un., nn. 9140/2016 e 22437/2018) [40].

---

[34] Su questi aspetti si veda, per tutti, F. DI MARZIO, *Fallimento. Storia di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2018.

[35] Ampie e profonde riflessioni sul punto nei saggi raccolti in G. D'AMICO (a cura di), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Giappichelli, Torino, 2018.

[36] A. DI MAJO, *op. cit.*, 128 ss.

[37] Alle quali l'Autore ha sempre dedicato significativa parte del suo pensiero: per più ampia trattazione cfr. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit.

[38] A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, cit., 143 s. ricorda che «il rimedio non è figura familiare al comune linguaggio sul terreno della tutela. Esso deriva dall'esperienza di un ordinamento (come quello di *Common Law*) che, non avendo un diritto codificato, come il nostro, considera prioritario che il sistema dei c.d. rimedi (*remedies*) abbia in certa misura a precedere l'enunciazione dei diritti. Il "rimedio", più che il diritto, è a stretto ridosso della violazione. Esso è definito da un noto giurista anglosassone una "cura contro i torti" (*cure for wrongs*)».

[39] A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 1 ss.; ID., *Obbligazioni e tutele*, cit., 141 ss.

[40] A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 151 ss.



Analitiche riflessioni vengono dedicate anche al tema dei rapporti fra regole di validità e regole di responsabilità [41]: argomento di grande attualità, alla luce della recente decisione nomofilattica sulla sorte dei contratti stipulati a valle di un'intesa anticoncorrenziale (Cass., sez. un., n. 41994/2021) e della ancor più recente rimessione alle Sezioni Unite della sorte del contratto di mutuo fondiario stipulato in violazione dei limiti di finanziabilità *ex* art. 38 TUB (Cass., ord. n. 4117/2022).

Dopo essersi soffermato su alcuni istituti di più diretta derivazione eurounitaria (ad esempio, su quel rimedio in forma specifica per eccellenza qual è il ripristino del bene di consumo mediante riparazione o sostituzione, *ex* art. 129 cod. cons. [42)], l'Autore conclude il primo capitolo della seconda parte interrogandosi sulla necessità di configurare il c.d. terzo contratto che, ad avviso della ricostruzione più diffusa, si distinguerebbe da quello consumeristico perché caratterizzato da uno squilibrio non normativo, bensì economico. Egli ritiene che proprio attraverso i rimedi sarebbe possibile l'aggregazione in un'unica categoria di contratto asimmetrico [43].

Nel secondo e nel terzo capitolo della seconda parte, vengono affrontati ulteriori aspetti della patologia funzionale del contratto: non venendo portato a compimento il programma che in forza di esso avrebbe dovuto realizzarsi, occorre infatti rimuoverne le conseguenze pregiudizievoli. In quest'ottica, viene diffusamente analizzato il danno contrattuale [44], partendo dalle diverse teorie che sono state elaborate per la sua determinazione: da un lato, la teoria dello scambio, in forza della quale il contraente che subisce l'inadempimento può pretendere l'integrale valore della prestazione inadempiuta, se però ha già adempiuto o è disposto ad adempiere la propria; dall'altro lato, la *Differenztheorie*, per cui tale contraente può esigere la "differenza" fra le due prestazioni, potendo così riallocare la propria sul mercato [45].

Il rimedio per eccellenza volto a rimuovere il contratto a cui non sia stata data esatta esecuzione è la risoluzione che, nei vari sistemi, può essere di regola giudiziale oppure volontaria: i sistemi di derivazione francese optano per la prima ipotesi (art. 1184 *code civil*), con la conseguenza di un intervento necessario, preventivo e costitutivo da parte del giudice, che normalmente è chiamato a verificare la sussistenza dei presupposti stabiliti dalla legge per la risoluzione, non essendo sufficiente la mera volontà della parte di sciogliersi dal vincolo (essendo altrimenti più efficiente e razionale optare per la regola della risoluzione volontaria), come la gravità dell'inadempimento (art. 1455 cod. civ.).

Il ruolo del giudice, secondo l'Autore, è tuttavia meno marcato nel nostro sistema rispetto ad altri per l'inesistenza (se non settoriale: art. 55, l. n. 392/1978) del potere di concedere un termine di grazia per sanare l'inadempimento, da un lato, e per la presenza di significative ipotesi di risoluzione stragiudiziale, dall'altro. A tacere delle opinioni che ritengono opponibile, in via stragiudiziale, un'eccezione di risoluzione [46], nonché possibile, in termini generali, a determinate condizioni risolvere unilateralmente il contratto [47]. È in ogni caso

---

[41] A. DI MAJO, *op. cit.*, 156 ss.

[42] A. DI MAJO, *op. cit.*, 190.

[43] A. DI MAJO, *op. cit.*, 195: «l'attenzione al piano dei rimedi renderebbe così inutile e superfluo che si abbia a pensare alla costruzione di categorie nei termini di "secondi" o "terzi" diritti laddove, come accade per i contratti del consumatore, è l'evenienza di analoghe condizioni a rendere possibile l'impiego di rimedi altrettanto analoghi».

[44] Generalmente non ricompreso, come rilevato dall'Autore, nelle trattazioni sul contratto, perché «su questo terreno il diritto dei contratti è tributario di quello delle obbligazioni» (A. DI MAJO, *op. cit.*, 197).

[45] A. DI MAJO, *op. cit.*, 199.

[46] S. PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutori*, in *Pers. merc.*, 2015, 3, 76 ss.

[47] Cfr. V. ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, C. CONSOLO, *Della risoluzione per inadempimento anche stragiudiziale, senza processo, purché (fuori dagli artt. 1454 e 1456)… per contratto anche tacito*



innegabile che il diritto sovranazionale e transnazionale prediliga il modello di risoluzione che non preveda il coinvolgimento del giudice [48].

Questa parte del volume si conclude affrontando gli effetti della risoluzione [49] e, soprattutto, il tema del danno da risoluzione [50], sempre controverso perché «colui che sceglie di risolvere il contratto dimostra di non avere più interesse ad esso e quindi non potrebbe lamentare di aver subito alcun danno dalla sua inesecuzione. Dovrebbe accontentarsi di essere reintegrato nello stato *quo ante*» [51]: l'Autore, tuttavia, dà magistralmente atto di come i sistemi giuridici non siano orientati in questa direzione e lo scioglimento del contratto non comporta, come conseguenza logica e necessaria, soltanto la risarcibilità del mero interesse negativo (ricollocando così il contraente nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato se non avesse mai concluso il contratto), ma può costituire esso stesso fonte di danno risarcibile [52].

Nella terza parte, che si compone di un solo ricco capitolo, il Prof. di Majo sintetizza le principali questioni poste dalla responsabilità civile come fonte di obbligazioni aventi ad oggetto il risarcimento del danno (art. 2043 cod. civ.): il presupposto è la realizzazione di una condotta *contra legem*, perché posta in essere in violazione di diritti o di interessi protetti (*contra jus*, oltre che in assenza di autorizzazione o giustificazione: *non iure*). A tal proposito, l'Autore ripercorre l'evoluzione che ha portato la giurisprudenza a ritenere risarcibile prima soltanto la lesione di un diritto soggettivo assoluto, poi anche la lesione di un diritto soggettivo relativo (nel noto caso Meroni) e, infine, anche l'interesse legittimo (Cass., sez. un., n. 500/199) e qualsiasi altra situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento [53]. Indaga altresì a fondo la possibilità di risarcire il c.d. danno meramente patrimoniale (*pure economic loss*) [54], per poi soffermarsi sul danno non patrimoniale e sulle "nuove frontiere" del danno risarcibile.

L'opera si conclude interrogandosi, attraverso l'analisi delle fattispecie più problematiche che si sono poste nella prassi, circa i confini tra contratto e torto [55] che un tempo apparivano ben chiari e definiti, ma che sono progressivamente divenuti sempre più evanescenti sotto la spinta di un (difficile) bilanciamento fra conservazione della coerenza sistematica e ricerca di una tutela il più possibile effettiva.

Compendiare le obbligazioni era una sfida estremamente difficile: il Prof. di Majo ha vinto questa sfida, consegnando ai teorici e ai pratici un prezioso ausilio a cui fare riferimento per studiare, ciascuno per la propria finalità, le obbligazioni. Farne buon uso non potrà che essere il miglior ringraziamento.

[ETTORE BATTELLI]

(o discordia concors *per acquiescenza)*, I. PAGNI, *La risoluzione del contratto tra azione ed eccezione: ancora sulla natura dichiarativa della sentenza che pronuncia sulla risoluzione*, tutti in C. CONSOLO, I. PAGNI, S. PAGLIANTINI, V. ROPPO, M. MAUGERI, *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, il Mulino, Bologna, 2018, rispettivamente 13 ss., 33 ss. e 75 ss.

[48] A. DI MAJO, *op. cit.*, 229.

[49] A. DI MAJO, *op. cit.*, 236 ss.

[50] A. DI MAJO, *op. cit.*, 239 ss.

[51] Testualmente A. DI MAJO, *op. cit.*, 239.

[52] Da «collocarsi più nell'area dell'illecito extracontrattuale che contrattuale», precisa l'Autore (A. DI MAJO, *op. cit.*, 243).

[53] A. DI MAJO, *op. cit.*, 259 ss.

[54] A. DI MAJO, *op. cit.*, 263 ss.

[55] A. DI MAJO, *op. cit.*, 280 ss.