

JUS CIVILE

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



6/2024

novembre-dicembre



G. Giappichelli Editore

ISSN 2421-2563

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

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

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

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

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

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



INDICE

pag.

Articoli e Saggi

- Il diritto come arma (a proposito del *Lawfare*)**
di *Giorgio De Nova* 868
- Aiuto medico a morire e dipendenza da trattamenti di sostegno vitale: verso una tutela ragionevole del diritto del malato a congedarsi dalla vita per liberarsi dal dolore*
di *Veronica Bongiovanni* 871
- Il ruolo dell'autonomia contrattuale nel contesto della filiera agricola e alimentare: la vendita sottocosto*
di *Giovanni Galasso* 899
- Tutela dei dati personali e ricerca scientifica in ambito sanitario: il GDPR e il Regolamento sullo Spazio Europeo dei Dati Sanitari (EHDS)*
di *Maria Samantha Esposito* 932
- Gli effetti dell'amministrazione di sostegno sul mandato*
di *Matteo Boselli* 960
- ### **Giurisprudenza europea**
- Ordine pubblico internazionale e successione necessaria: nota sulle note del "Tema di Lara"*
di *Ivan Libero Nocera* 978
- Responsabilità solidale tra Europol e Stato membro per danno da trattamento illecito dei dati*
di *Andrea Parziale* 998

* Contributo sottoposto a revisione.

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



GIORGIO DE NOVA

Professore emerito di Diritto civile – Università Statale di Milano

IL DIRITTO COME ARMA (A PROPOSITO DEL *LAWFARE*)

Si racconta che il colonnello Charles Dunlap Jr. partecipando nel 2001 ad un convegno ad Harvard sottolineò, nella sua relazione, che invece di usare le armi contro il nemico si poteva fare ricorso a strumenti giuridici, ed utilizzò in quell'occasione l'espressione "*lawfare*", adattando alla sua tesi la parola "*warfare*"¹.

All'inizio presentato in positivo, come strumento che poteva evitare spargimenti di sangue (e consentire minori costi), del *lawfare* si sottolinea anche l'aspetto negativo dell'abuso degli strumenti giuridici, in origine pensati per altra finalità ma poi utilizzati come arma.

In sintesi Dunlap definisce quindi il *lawfare* come "*the strategy of using – or misusing – law as a substitute for traditional military means to achieve a warfighting objective*"².

Quando ho letto questa rappresentazione della funzione del diritto ho preso in mano, come sempre faccio quando sorgono questioni di teoria generale, i *Frammenti* di Santi Romano.

Santi Romano, nei *Frammenti*, affronta il tema della funzione del diritto, e conclude che il diritto ha "*la funzione di stabilizzare, normalizzare, fissare taluni momenti e movimenti della vita sociale*"³.

Più diversa prospettiva è difficile immaginare.

Per avere un'idea di cosa si intenda, negli Stati Uniti, per *lawfare* conviene fare riferimento ad uno studio organico del 2016 ad opera di Ordre F. Kittrie, dal titolo *Lawfare as a Weapon of war*⁴.

L'autore ricorda innanzitutto un celebre precedente di uso del diritto per combattere una guerra commerciale con un paese straniero, l'incarico dato dalla Compagnia Olandese delle Indie Occidentali, fondata nel 1602, ad Ugo Grozio di scrivere un saggio autonomo in opposizione alle pretese "proprietarie" del Portogallo sulle linee di navigazione dell'Oceano Indiano, a protezione del proprio commercio di spezie, traendolo da suoi precedenti scritti difensivi nell'interesse della Compagnia.

Il saggio di Grozio, inizialmente pubblicato anonimo nel 1608, e poi con il nome dell'autore nel 1609, porta il titolo "*Mare liberum, sive De jure, quod Batavis competit ad Indicana Commercia Dissertatio*", ed è (pudicamente) dedicato *Ad Principes Populosque liberos Orbis Christiani*⁵.

Ma l'obiettivo del saggio è esplicito. Il capitolo I si apre con la frase seguente: "*Propositum est nobis bre-*

¹ CHARLES J. DUNLAP, JR., *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts* (paper prepared for the Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Carr Ctr for Human Rights Policy, Kennedy Sch. of Gov't, Harvard Univ. Washington, D.C., November 29, 2001), <https://people.duke.edu>.

² CHARLES J. DUNLAP, JR., *Lawfare Today... and Tomorrow*, in *International Law and the Changing Character of War* 315-25 (2011), in <https://scholarship.law.duke.edu>.

³ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, 80.

⁴ O. F. KITTRIE, *Lawfare as a Weapon of war*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

⁵ Nell'edizione a mie mani in *Hugonis Grotii De Jure Belli ac pacis, accredit De Mari Libero, Traecti ad Rhenum*, 1773.



viter ac dilucide demonstrare, jus esse Batavis, hoc est, Ordinum Foederatorum Belgien-Germaniae subditis, ad Indos, ita ut navigant, navigare, cumque ipsis commercia colere". Scopo del saggio è dunque di dimostrare che l'Olanda ha il diritto di navigare verso le Indie e di coltivare i propri interessi commerciali.

Grozio argomenta che per diritto naturale la navigazione è libera, e che il mare è una *res communis*, destinata all'uso di tutti, e dunque esclusa dalla proprietà privata ("*illa vero totius humanitatis consensu proprietati in perpetuum excepta sunt propter usum, qui cum sit omnium, non magis omnibus ab uno eripi potest, quam a te mihi quod meum est*")⁶.

Di fronte alla tesi di Grozio del *mare liberum* non sorprende che nel 1618 un giurista inglese, John Selden, inizi a predisporre una replica, che pubblica nel 1635 con il titolo *Mare clausum seu De dominio maris libri duo*⁷, in cui sostiene il diritto della corona Britannica all'uso esclusivo dei mari del Nord per il commercio e la pesca.

Sulla proprietà del mare si scontrano dunque argomentazioni giuridiche opposte: *mare liberum* contro *mare clausum*.

Ed è arguta l'osservazione di Pufendorf, che dà atto che "*super mari, an illud proprietatis capax sit, nostro seculo a clarissimis ingeniis fuit disceptatum*", ma aggiunge "*ubi observari licuit, multos studium adversus patriam suam magis ob oculos, quam veritatem habuisse*"⁸.

L'utilizzo dell'argomentazione giuridica come arma nello scontro tra gli interessi commerciali di paesi concorrenti è palese.

Ma torniamo a Kittrie. L'autore si occupa soprattutto di quella che chiama "*instrumental lawfare*", e cioè l'utilizzo strumentale di mezzi giuridici per raggiungere gli stessi risultati o risultati analoghi a quelli raggiungibili tradizionalmente con azioni militari.

Gli esempi sono molto numerosi, ed anche eterogenei.

Durante l'invasione del 2003 dell'Iraq gli Stati Uniti applicarono delle sanzioni per prevenire l'acquisto da parte dell'aviazione irachena di nuovi aerei e di pezzi di ricambio, così bloccandola (pag. 7).

Nel giugno 2012 una nave russa era in mare per portare elicotteri armati al regime di Assad in Siria. L'autorità inglese desiderava fermare la nave, ma la intercettazione della nave russa poteva comportare il rischio di una guerra. L'Inghilterra persuase allora l'assicurazione londinese a ritirare la copertura della nave, che fu costretta a tornare indietro (pag. 2).

Nel 2012 la banca inglese HSBC fu sanzionata dal Tesoro degli Stati Uniti per quasi 2 miliardi di dollari per aver eluso le sanzioni contro l'Iran, e nel 2014 la banca francese BNP Paribas fu sanzionata per quasi 9 miliardi di dollari per aver consentito a Iran, Sudan e Cuba di accedere al sistema finanziario degli Stati Uniti, in elusione della normativa vigente (pag. 144).

Nel 2014 l'Arab Bank PLC viene convenuta in un giudizio civile negli Stati Uniti (Linde v. Arab Bank) in applicazione dell'Anti-Terrorism Act (ATA) del 1990 come responsabile dei danni alle vittime di attacchi terroristici per un importo intorno ad un miliardo di dollari, e ciò per avere fornito servizi finanziari ad Hamas, controversia che si chiuse con una transazione (pag. 60 ss.).

Le sanzioni degli Stati Uniti nei confronti di soggetti economici europei non potevano passare inosservate.

In Francia fu commissionata dall'Assemblea Nazionale un'indagine, che si concluse con una relazione in data 5 ottobre 2016, a firma Karine Berger, dal titolo: *Extraterritorialité des lois américains*. La relazione

⁶ Capitolo V, a pp. 15 e 16 dell'edizione a mie mani, citata alla nota (5).

⁷ J. SELDEN, *Mare clausum seu De dominio maris libri duo*, London, 1635.

⁸ S. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium libri octo*, Francofurti & Lipsiae, 1759, libro IV, capitolo V, 90.



sottolinea che l'applicazione di leggi americane a imprese francesi per comportamenti tenuti fuori dagli Stati Uniti a partire dal 2008 ha portato a sanzioni per più di 20 miliardi di dollari. I casi principali ivi elencati sono i seguenti: quasi 9 miliardi di dollari pagati da BNP Paribas per violazione delle sanzioni internazionali statunitensi (caso già sopra ricordato), 772 milioni di dollari pagati da Alstom per violazione della legislazione statunitense anticorruzione, 398 milioni di dollari pagati da Total per la stessa ragione, 800 milioni pagati da Siemens per la stessa ragione, 787 milioni di dollari pagati da Crédit Agricole per violazione delle sanzioni internazionali americane.

La relazione sottolinea che il legame con gli Stati Uniti era talora tenue, ad esempio il fatto che i pagamenti avvenissero in dollari.

Nel 2018, *Le Figaro* del 13 novembre riferisce di un documento del 12 aprile di sei pagine della *Direction générale de la Sécurité intérieure* sottoposto al Ministero degli Interni, in cui si riferisce che «*Gli attori americani svolgono una strategia di conquista dei mercati all'esportazione, che si traduce, quanto alla Francia in particolare, in una politica offensiva in favore dei loro interessi economici*», e che «*questa strategia, che mira a favorire le aziende americane a scapito dei loro concorrenti stranieri, è adottata sia da soggetti pubblici che privati: amministrazioni, aziende, studi legali e di consulenza, ecc. – che lavorano insieme e disegnano un arsenale di dispositivi e misure economiche e giuridiche*»⁹

Quanto alla Francia, occorre ricordare la legge n. 2016/1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, che presenta profili di extraterritorialità. A livello europeo si può ricordare la Direttiva 2019/1937 entrata in vigore il 17 dicembre 2021 sulla protezione del whistleblower¹⁰.

Questa raccolta di dati potrebbe essere aggiornata con riferimento alle sanzioni alla Russia¹¹, ed ancor più aggiornata con riferimento alla strategia attuale degli Stati Uniti.

Mi limito a ricordare che dal 19 gennaio 2025 il *Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act* rende illegittimo per società negli Stati Uniti fornire servizi per distribuire, mantenere o aggiornare la piattaforma social TikTok, a meno che l'operatività U.S.A. sia separata dal controllo cinese.

Con sentenza 604 U.S. (2025) in data 17 gennaio 2025 la Corte suprema degli Stati Uniti ha così deciso: «*There is no doubt that, for more than 170 million Americans, TikTok offers a distinctive and expansive outlet for expression, means of engagement, and source of community. But Congress has determined that divestiture is necessary to address its well-supported national security concerns regarding TikTok's data collection practices and relationship with a foreign adversary. For the foregoing reasons, we conclude that the challenged provisions do not violate petitioners' First Amendment rights*».

L'intervento anti-TikTok (o anti Cina) viene così considerato non in violazione del *First Amendment*, nonostante comprima la libertà di parola.

Crediamo che quanto sin qui ricordato sia sufficiente per mettere a fuoco il fenomeno del *lawfare*, in particolare con riferimento a interventi incisivi sull'attività imprenditoriale di imprese di paesi esteri.

⁹ Così *Le Figaro*, ricordato da S. MANFREDI, *Lawfare, la guerra normativa che minaccia aziende e Stati*, in *EconomiaCircolare.com*, 10 giugno 2024. Di S. MANFREDI vedi *Attacco e conquista. La guerra normativa*, Street Lib, Milano, 2021.

¹⁰ Per l'attuazione in Italia v. d.lgs. 15 marzo 2023, n. 24.

¹¹ Vedi almeno S.M. CARBONE, *Contratti internazionali e sanzioni: la disciplina applicabile ai loro effetti*, in *Dir. comm. int.*, 2023, 313 ss.



VERONICA BONGIOVANNI

Ricercatore di Diritto privato – Università degli Studi di Messina

**AIUTO MEDICO A MORIRE E DIPENDENZA DA TRATTAMENTI DI SOSTEGNO VITALE:
VERSO UNA TUTELA RAGIONEVOLE DEL DIRITTO DEL MALATO
A CONGEDARSI DALLA VITA PER LIBERARSI DAL DOLORE**

SOMMARIO: 1. Le scelte di fine vita nell'attuale assetto ordinamentale e le questioni rimaste ancora aperte dopo l'intervento del legislatore e le pronunce della Corte costituzionale. – 2. La problematica delimitazione della portata del requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale e l'utilizzo, ai fini della valutazione della rilevanza dell'interesse ad ottenere assistenza al suicidio, del criterio prognostico temporale. – 2.1. I trattamenti sostitutivi di funzioni vitali, la cui sospensione comporta la morte del paziente in un breve lasso di tempo. – 2.2. I trattamenti di supporto all'espletamento di funzioni vitali, la cui sospensione comporta la morte del paziente anche in tempi non rapidi. – 2.3. I trattamenti di natura assistenziale non causalmente collegati alla sopravvivenza del paziente. – 3. La posizione ambivalente assunta dalla Corte costituzionale con la sentenza del 18 luglio 2024, n. 135. Profili di criticità. – 3.1. I rischi connessi ad un ulteriore ampliamento della portata delle condizioni richieste per accedere alla procedura di suicidio medicalmente assistito e l'esigenza di assicurare una tutela minima del bene vita. – 4. L'irragionevolezza della necessaria sussistenza della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale per ottenere un aiuto medico a morire. – 4.1. La fattispecie costitutiva del diritto del malato a congedarsi dalla vita per liberarsi dal dolore, alla luce del principio di dignità che ne veicola e conferma l'autodeterminazione.

1. – La materia delle scelte di fine vita risulta oggi, nell'ambito del nostro ordinamento, dalla disciplina di cui alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, che ha riconosciuto il diritto al rifiuto o alla revoca dei trattamenti sanitari finanche di sostegno vitale da parte del paziente capace di agire, nonché dagli interventi della Corte costituzionale di cui all'ordinanza del 16 novembre 2018, n. 207¹, prima e alla sentenza del 22 novembre 2019, n. 242², poi, che hanno inciso, anche dichiarandone la parziale illegittimità, sull'interpretazione della

¹ V. Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, in *dejure.it*. Sul tema, tra gli altri, v. E. BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice delle leggi sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*, in *Corr. giur.*, 2019, 457 ss.; P. VERONESI, *Per una legge sull'aiuto al suicidio (e l'eutanasia volontaria) dopo l'ord. cost. n. 207 del 2018: una possibile mappa*, in *Studium iuris*, 2019, 561 ss.; ID., *Un'incostituzionalità (solo) "di fatto" del reato di aiuto al suicidio: in attesa del seguito del "caso Cappato"*, in *Studium iuris*, 2019, 277 ss.; C. TRIPODINA, *Non possedere più le chiavi della propria prigione. Aiuto al suicidio e Costituzione tra libertà, diritti e doveri*, 2019, consultabile su *biodiritto.org*; S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 1 ss.; ed ampiamente in F.S. MARINI-C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207/2018*, Esi, Napoli, 2019.

² V. Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, in *dejure.it*. Sul tema, tra gli altri, v. S. SEMINARA, *Morte assistita, suicidio ed eutanasia (tra Corte costituzionale, quesito referendario e Parlamento)*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 935 ss.; A. APOSTOLI, *Principi costituzionali e scelte di fine vita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, 239 ss.; M. AZZALINI, *Prigionieri del noto? La Consulta chiude il caso Cappato ma rischia di perdersi nel "labirinto" del fine vita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 357 ss.; A. GORGONI, *L'aiuto al suicidio tra vita, autodeterminazione, integrità e dignità del malato*, in *Giur. it.*, 2020, 1053 ss.; P. VERONESI, *"Ogni promessa è debito": la sentenza costituzionale sul "caso Cappato" tra dubbi e certezze*, in *Studium iuris*, 2020, 131 ss.; E. BILOTTI, *La Corte costitu-*



previsione normativa di cui all'art. 580 c.p., che persegue qualsiasi forma di agevolazione al suicidio.

L'unico intervento legislativo in materia, operato con la legge n. 219/2017, mostra il chiaro intendimento del legislatore di voler tenere distinte le condotte, ritenute lecite, che si concretizzano nel lasciar morire il paziente affetto da una patologia irreversibile e tenuto in vita mediante trattamenti di sostegno vitale, da quelle che consistono nell'agevolarne o determinarne la morte, le quali, invece, si ritengono sussumibili nell'ambito di fattispecie di reato³. E ciò in quanto, mentre le prime si intendono coerenti con l'impianto assiologico dell'ordinamento, posto che l'esito letale si ritiene causalmente collegato al decorso non contrastato della malattia, le seconde, considerato che è il comportamento tenuto da un soggetto terzo, seppur con il consenso del paziente, ad agevolarne o a provocarne il decesso, si assumono caratterizzate, almeno nella comune percezione indotta anche da valutazioni di ordine etico e morale, da una maggiore carica offensiva⁴.

Pertanto, sulla base di questa normativa, se, per un verso, si richiede al medico di adoperarsi per rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza mediante il distacco o lo spegnimento del macchinario che lo tiene in vita e con il supporto della sedazione profonda continua nonché di un'appropriate terapia del dolore (art. 1, comma 6)⁵, per altro verso, non gli è concesso mettere a disposizione o somministrare

zionale ripristina il confine dell'autodeterminazione terapeutica, ma... lascia solo ai medici il compito di presidiarlo, in *Corr. giur.*, 2020, 485 ss.; M. DOGLIOTTI, *Il suicidio assistito e il difficile rapporto tra i poteri dello Stato*, in *Fam. dir.*, 2020, 232 ss.; A. MORRONE, *Il caso e la sua legge. Note sulla vicenda Cappato/Dj Fabo*, in *Fam. dir.*, 2020, 244 ss.; P. PITTARO, *Il dibattuto tema del suicidio assistito: quando la Corte Costituzionale supplisce il legislatore*, in *Fam. dir.*, 2020, 257 ss.; A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242/2019)*, in *Giustizia insieme*, 2019, consultabile su giustiziasieme.it; C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 1 ss.

³ Se ne trae conferma anche dalle riflessioni maturate in seno al Comitato Nazionale per la Bioetica e contenute nel parere in tema di "Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente – medico", del 24 ottobre 2008, 12 s., consultabile su bioetica.governo.it. Sul punto v. A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salvavita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 203 s., secondo il quale il presupposto etico – giuridico su cui si fonda l'equilibrio della legge n. 219/2017 risiede nella "distinzione tra uccidere *sic et simpliciter*, che è sempre un atto artificiale, e lasciar morire accompagnando la persona nel suo fine vita", laddove sia già in atto una patologia irreversibile di per sé sufficiente a determinare la morte. In particolare, "lasciar morire accompagnando la persona nel suo fine vita significa accogliere l'idea che, quando la persona si trovi in condizioni tali per cui il trattamento non fornisce ragionevoli speranze di un miglioramento delle condizioni di salute, ma soltanto prolunga il tempo della morte e delle sofferenze rispetto a quello che sarebbe l'esito naturale, il c.d. «distacco della spina» è solo una forma di desistenza da un tentativo terapeutico, per lasciar riprendere il processo del morire. Invece, uccidere significa agire direttamente per dare la morte senza nulla a che vedere col processo naturale di quest'ultima". Sembra condividere tale posizione D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 2018, 493 ss., secondo il quale la legge n. 219/2017 "recepisce nella sostanza l'importante distinzione fra rifiuto delle cure ed eutanasia, garantendo pienamente il primo e rifiutando chiaramente la seconda. Si tratta di una distinzione che, pur se non priva di zone grigie, non difetta certo di ragionevolezza nel suo impianto fondamentale".

⁴ V. parere del Comitato nazionale per la bioetica, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, cit., 12 s.

⁵ Nonostante la mancanza di un'apposita previsione normativa che consenta al medico di sottrarsi all'attuazione della volontà del paziente qualora essa sia in contrasto con la propria morale, parte della dottrina ritiene, utilizzando l'ultimo inciso del comma 6 dell'art. 1, che il medico possa comunque esercitare un'obiezione di coscienza, non avendo alcun obbligo professionale di assecondare richieste aventi ad oggetto "trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico – assistenziali" (v. M.N. BUGETTI, *La disciplina del consenso informato nella legge 219/2017*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 118). La norma, in particolare, andrebbe coordinata con l'art. 22 del codice deontologico che, tranne nel caso in cui il rifiuto di cure non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona, stabilisce che il medico possa "rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico – scientifici". In tal modo, si è assunta l'esistenza di uno spazio, all'interno della disciplina di cui alla legge n. 219/2017, per l'obiezione di coscienza da parte del singolo medico, rimettendo alla struttura sanitaria, ai sensi del comma 9 dell'art. 1, il compito di individuare soluzioni che consentano di non inficiare l'effettività della tutela.

Tuttavia, per evitare un uso strumentale della previsione normativa di cui all'art. 1, comma 6, al fine di sottrarsi al compimento di



farmaci che siano diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte. Così, in giurisprudenza si è da tempo consolidato l'orientamento secondo cui l'apporto del terzo all'esecuzione di una decisione di siffatta portata configuri un delitto contro la persona e, specificamente, contro la vita e l'incolumità individuale, cui segue l'applicazione di un'elevata sanzione penale.

Pertanto, prima che intervenisse la Corte costituzionale, considerato che tutte le condotte agevolatrici di tipo attivo venivano sussunte in fattispecie criminose, nell'ottica di asseverarne l'antigiuridicità e garantirne così la punibilità, emergeva una chiara tendenza dell'ordinamento a trascurare le peculiarità delle varie ipotesi attraverso le quali l'individuo poteva realizzare il proposito di porre fine alla propria vita⁶. Ricorreva, in altre parole, una parossistica resistenza ad accedere ad una visione complessa delle scelte di fine vita, soprattutto se poste in essere mediante l'aiuto altrui, nonché delle vicende esistenziali da cui esse avevano tratto origine.

Tuttavia, in presenza di situazioni in passato inimmaginabili in quanto frutto dell'avvento delle moderne tecnologie mediche, si è posta l'esigenza di apprestare tutela all'interesse del soggetto, il cui corpo sia irrimediabilmente malato, a sottrarsi ad una vita in condizioni per lui inaccettabili. E ciò, in particolare, in ipotesi nelle quali tanto il rifiuto di attivare un trattamento medico quanto la richiesta di interruzione dello stesso, seppur corredati da sedazione profonda continua, avrebbero comportato "un pregiudizio personale intollerabile per durata, sofferenza, implicazioni emotive e identitarie"⁷.

In proposito è paradigmatica la vicenda di Fabiano Antoniani, il quale, affetto da una patologia irreversibile che gli procurava sofferenze intollerabili, non era disposto a lasciarsi morire nelle forme e secondo le modalità previste dalla legge e, per poter adottare la scelta di fine vita che riteneva più degna, necessitava dell'assistenza altrui. L'Antoniani, in particolare, respirava per alcuni tratti e a costo di grandi sofferenze in modo indipendente dal respiratore, tale per cui, qualora avesse deciso di lasciarsi morire a mezzo della richiesta di interruzione del trattamento in atto, sarebbe stato di fatto costretto a subire un processo che non lo avrebbe condotto alla morte rapidamente, dovendo restare in vita senza coscienza per un tempo non prede-

atti necessari a dare attuazione alla volontà del paziente, pregiudicando così la *ratio* stessa dell'intero provvedimento, parrebbe più opportuno riferire tale previsione, che sconta probabilmente un'impropria collocazione nell'ambito del provvedimento, all'ipotesi dell'ostinazione del paziente, ossia alla richiesta di trattamenti sproporzionati o inattendibili, in quanto non scientificamente validi (in questo senso, v., tra gli altri, D. Carusi, *La legge "sul biotestamento": una luce e molte ombre*, in *Corr. giur.*, 2018, 295; R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium Iuris*, 2018, 691; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 250).

Quanto, poi, alla sostanza del problema, l'unico eventuale spazio applicativo per un'obiezione di coscienza sarebbe quello relativo all'ipotesi della revoca di trattamenti già avviati, considerato che consentire ad un medico di non assecondare la volontà del paziente di rifiutare preventivamente le cure vitali si tradurrebbe in un inaccettabile trattamento coatto. A tal proposito, è certamente comprensibile che alcuni medici possano attribuire un significato del tutto diverso alle condotte di astensione rispetto a quelle di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, facendone un problema di coscienza. Tuttavia, può ritenersi che la revoca sia funzionalmente omogenea al rifiuto delle cure di sostegno vitale, in quanto appare chiaro che il significato e la portata della condotta non siano destinati a mutare a seconda che si lasci morire il paziente o ci si adoperi al fine di accelerarne la morte (v. M. AZZALINI, *Il diritto alla rinuncia e al rifiuto di cure necessarie alla propria sopravvivenza nella l. n. 219/2017: questioni aperte e nuove prospettive di tutela dell'integrità della persona*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 113). Coticché, è ben possibile che la mancata previsione dell'obiezione di coscienza risponda ad una logica precisa di garanzia di effettività della tutela, al fine di evitare l'uso distorto che, in altri ambiti, quale ad esempio quello dell'interruzione di gravidanza, si è fatto e si continua a fare di tale strumento.

⁶In particolare, se l'atto causativo della morte è posto in essere dal paziente, seppur agevolato dal terzo, la condotta di quest'ultimo si ritiene inquadrabile in termini di aiuto al suicidio ex art. 580 c.p. e, se il suicidio avviene, è punita con la reclusione da cinque a dodici anni; qualora, invece, sia intervenuto un terzo, adottando, su richiesta del paziente, un comportamento attivo che ne abbia causalmente determinato la morte, si afferma la ricorrenza di una pratica eutanasi, punita più severamente, in quanto assimilata alla fattispecie criminosa di cui all'art. 579 c.p., ossia all'omicidio del consenziente, per il quale è prevista la pena della reclusione da sei a quindici anni.

⁷M. AZZALINI, *Prigionieri del noto? La Consulta chiude il caso Cappato ma rischia di perdersi nel "labirinto" del fine vita*, cit., 358.



terminabile, carico di sofferenze anche per i suoi cari. Cosicché, decideva ponderatamente di porre in essere all'estero, mediante l'ausilio di un terzo, una scelta di fine vita che è tuttora illecita nel nostro ordinamento nell'ambito del quale è stigmatizzata come suicidio assistito, ma che, in realtà, nulla ha a che fare con il suicidio, tipicamente inteso quale atto commesso autonomamente, con modalità più o meno cruenta e in un contesto isolato. Invero, nei casi come quello di Fabiano Antoniani, la morte non è cercata, ma semplicemente tollerata, nel senso che rappresenta l'esito inevitabile di una malattia il cui naturale decorso costringe il soggetto a protrarre la sua mera esistenza biologica⁸.

E proprio con riferimento alla qualificazione della condotta del soggetto che ha fornito all'Antoniani un supporto utile ai fini della realizzazione della sua scelta, è intervenuta la Corte costituzionale⁹, la quale, nel dichiarare la parziale illegittimità dell'art. 580 c.p., ha escluso la punibilità di chi, mediante le modalità di cui agli artt. 1 e 2 della legge n. 219/2017, agevoli l'esecuzione di un proposito di fine vita, autonomamente e liberamente formatosi. Così, in mancanza di un intervento del legislatore, pur sollecitato affinché provvedesse all'adozione di una disciplina diretta a rimuovere il *vulnus* di tutela riscontrato, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 242/2019¹⁰, il cui contenuto era stato in massima parte anticipato con l'ordinanza n. 207/2018¹¹, ha individuato un'area di non punibilità del reato di aiuto al suicidio, circoscritta sulla base della sussistenza di quattro requisiti, relativi alla condizione in cui deve trovarsi la persona che intende essere aiutata nel morire. In particolare, si richiede che tale soggetto sia affetto da una malattia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che avverte come intollerabili, che sia dipendente da un trattamento sanitario di sostegno vitale e che, infine, goda della capacità di assumere decisioni libere e consapevoli. A tali requisiti di natura sostanziale, se ne aggiungono altri di carattere procedurale, consistenti nella verifica ad opera di una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale della sussistenza dei presupposti richiesti e nel previo parere favorevole del comitato etico territorialmente competente.

⁸ V. M. AZZALINI, *Prigionieri del noto? La Consulta chiude il caso Cappato ma rischia di perdersi nel "labirinto" del fine vita*, cit., 362 s., secondo il quale "chi opta per l'aiuto nel morire sceglie la rinuncia ad un breve segmento di permanenza sfigurata nel mondo non per *tedium vitae* o per desiderio di rinuncia alla vita in sé, ma per intollerabilità di un'esistenza che la malattia ha ridotto irreversibilmente ad un menzognero e tragico simulacro". Cosicché, ciò che rileva, in questo caso, non è un'intenzione propriamente suicidiaria, in quanto il soggetto non ambisce alla morte come fine principale, ma "finisce per tollerarla quale effetto collaterale" di un percorso che rappresenta l'unica opzione tollerabile rispetto ad una vicenda di malattia che ha sfigurato il proprio sé.

⁹ Con riferimento a quello che è comunemente noto come "caso Cappato", la Corte d'Assise di Milano aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., con particolare riferimento a quella parte della disposizione in cui si incriminano, oltre alle condotte di istigazione al suicidio, quelle di aiuto o agevolazione, a prescindere dal rispettivo apporto alla determinazione o al rafforzamento del proposito del soggetto di porre fine alla propria esistenza.

¹⁰ V. il dibattito tra A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 256, il quale, con riferimento ad alcune sentenze della Corte costituzionale e, tra queste, a quella resa sul caso Cappato, afferma che "supremazia della costituzione e legittimazione del giudice costituzionale sono continuamente coinvolti. Tutelare l'una rafforza l'altra; e la seconda, alimentandosi della prima, consente al *custode* di coniare nuovi moduli (di giudizio e di decisione), superando le regole processuali esistenti, riscrivendo norme sostanziali, modificando l'equilibrio dei poteri" (corsivi dell'A.) e R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 2019, 757 ss., secondo il quale tale sentenza riassume in sé due profili: "la frustrazione di un giudice che vede i suoi "moniti" sistematicamente ignorati dal legislatore, il quale sui temi "eticamente sensibili" segna sempre l'impasse" e la "frustrazione del giudice a cui il legislatore non è capace di fornire strumenti duttili che gli consentano di operare fuori della logica tutto/niente che presiede alle alternative segnate dalla legge 87/1953". Si tratterebbe, in altre parole, di "una decisione sorprendente e per molti versi contestabile, frutto forse di un uso incauto del diritto comparato: ma certo non si può dire rappresenti una decisione "sovranista". Né, nel caso specifico, si può dire che sia una sentenza che rappresenta «una forma di denegata giustizia»: provocando il rinvio del giudizio penale contro Cappato ... si protrae lo spettacolo politico innescato dalla sua auto-denuncia, ma non si lede certo la tutela dei diritti dell'imputato".

¹¹ Critici rispetto alla tecnica adottata dalla Corte, tra gli altri, M. DOGLIOTTI, *Il suicidio assistito e il difficile rapporto tra i poteri dello Stato*, cit., 242; A. MORRONE, *Il caso e la sua legge. Note sulla vicenda Cappato/Dj Fabo*, cit., 247 ss.



Cosicché, ad oggi, sono contemplate due modalità per congedarsi dalla vita in presenza dei requisiti fissati, nell'un caso, dalla legge n. 219/2017 e, nell'altro, dalla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale¹². Laddove il paziente sia dipendente da trattamenti di sostegno vitale, potrà, quindi, scegliere tra i percorsi di fine vita consentiti, quello che coincide con la sua personale visione in ordine alla dignità del morire; nel caso in cui, invece, non si trovi in tale situazione di dipendenza, non potrà né lasciarsi morire *ex art. 1*, comma 5, legge n. 219/17, né accedere al suicidio medicalmente assistito.

Con specifico riferimento a tale profilo è nuovamente intervenuta, con la sentenza del 18 luglio 2024, n. 135¹³, la Corte costituzionale, adita dal G.i.p. del Tribunale di Firenze, la quale ha rigettato un'ulteriore questione di legittimità dell'art. 580 c.p., come da ultimo modificato dalla sentenza n. 242/2019, “nella parte in cui si richiede che la non punibilità di chi agevola l'aiuto al suicidio sia subordinata alla circostanza che l'aiuto sia prestato a una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale”.

La Corte, in questo suo ultimo arresto, pur prevedendo un limitato ampliamento in ordine alla portata interpretativa del requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, pare trincerarsi dietro l'interpretazione già adottata in precedenza, dichiarando di voler integralmente confermare le conclusioni cui era pervenuta nell'ordinanza del 2018 e nella sentenza del 2019. E, quindi, ribadisce l'intenzione di voler eliminare l'irragionevole preclusione all'accesso al suicidio assistito solo ed esclusivamente per i pazienti che, essendo affetti da una malattia irreversibile fonte di sofferenze intollerabili e mantenendo inalterate le proprie capacità decisionali, già godessero del diritto, loro riconosciuto dalla legge n. 219/2017, di lasciarsi morire a mezzo del rifiuto o della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua.

Questo limite, tuttavia, si scontra con l'esistenza di una formulazione testuale del parametro normativo di riferimento, ossia l'art. 1, comma 5, legge n. 219/2017, estremamente scarna. Al riguardo, giova ricordare che la maggior parte delle condizioni richieste dalla Corte costituzionale per accedere al suicidio assistito non è prevista espressamente da alcun dato normativo e, quindi, la necessità che essi sussistano è evinta (*recitius* elaborata) sul piano interpretativo. Invero, l'art. 1 si preoccupa esclusivamente di riconoscere ad “ogni persona capace di agire” – e in alcun altro modo ulteriormente identificata – il diritto di rifiutare o revocare “qualsiasi” trattamento sanitario, ivi compresi la nutrizione e l'idratazione artificiali, esercitabile mediante la prevista procedura medicalizzata.

Tali incertezze a livello interpretativo hanno inevitabilmente comportato lo smarrimento degli operatori sanitari, chiamati a verificare, al fine di autorizzare la procedura di suicidio medicalmente assistito, la sussistenza dei requisiti sostanziali, la cui esatta portata la Corte costituzionale non ha ritenuto di specificare¹⁴. E

¹² Si tenga presente che una scelta di fine vita può essere adottata anche in chiave prospettica, ossia mediante disposizioni anticipate di trattamento (d.a.t.), unicamente da soggetti capaci, i quali, prima di perdere coscienza, possono, con le modalità di cui all'art. 4 della legge n. 219/2017, rifiutare o rinunciare ai trattamenti sanitari, anche se necessari alla loro sopravvivenza; peraltro, non sembra sussistere alcun valido motivo per non consentire loro di ottenere, in presenza dei requisiti richiesti dalla Corte costituzionale, un aiuto medico a morire.

¹³ V. Corte cost., 18 luglio 2024, n. 135, in *dejure.it*. Sul tema v., tra gli altri, A. RUGGERI, *La Consulta equilibrata sul filo del fine-vita (a prima lettura di Corte cost. n. 135 del 2024)*, in *Consulta online*, 2024, 931 ss., consultabile su *giurcost.org*; P. VERONESI, *A primissima lettura: se cambia, come cambia e se può ulteriormente cambiare il “fine vita” in Italia dopo la sentenza n. 135 del 2024*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2024, 1 ss.; M. R. DONNARUMMA, *La tutela del diritto alla vita e il suicidio medicalmente assistito nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. pen.*, 2024, 1 ss., consultabile su *giurisprudenzapenale.com*; F. VALDELLI, «*Questa Corte intende qui integralmente confermare*». Note a margine di Corte costituzionale n. 135/2024 in tema di trattamenti di sostegno vitale e aiuto al suicidio, in *Corti supreme e salute*, 2024, 1 ss.; B. LIBERALI, *Ancora sul fine della vita. Commento a Corte Costituzionale n. 135/2024. Legislatore, giudici comuni e Corte costituzionale fra libertà di lasciarsi morire, diritto a non vivere in determinate condizioni e diritto all'aiuto al suicidio*, in *giustiziainsieme.it*, 2024.

¹⁴ Sottolinea il carattere generico di tali condizioni R. BALDUZZI, *L'alleanza terapeutica può includere l'aiuto a morire?*, in *Corti Supreme e Salute*, 2019, 182.



ciò riguarda l'accertamento non solo di quelle condizioni del tutto ignorate dalla previsione normativa ma previste dalla Corte, quali la "patologia irreversibile" da cui il paziente deve essere affetto, nonché le "sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili", ma anche di quelle contemplate dalla legge ed interpretate dalla Corte, quali la "capacità di agire", qualificata con un diverso e più pregnante significato in termini di "capacità di prendere decisioni libere e consapevoli"¹⁵, nonché il "rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza", comunemente indicati come "trattamenti di sostegno vitale".

Cosicché, mentre non sembra ci siano dubbi con riferimento al fatto che anche sofferenze psicologiche, e non solo fisiche, possano rilevare e che l'intollerabilità delle stesse debba essere valutata sul piano della percezione soggettiva del paziente¹⁶, ci si potrebbe, ad esempio, chiedere in quali casi una malattia grave possa ritenersi irreversibile¹⁷. E, in particolare, sono da considerarsi tali solo le patologie neurodegenerative, quali la sclerosi multipla e la sclerosi laterale amiotrofica, come nei casi tristemente noti in cui si è consentito l'accesso alla procedura medicalizzata di suicidio assistito o si è ritenuta non punibile la condotta di chi lo abbia agevolato all'estero, o anche quelle oncologiche che risultino non più trattabili né chirurgicamente né farmacologicamente, non residuando più alcuno spazio concreto di reversibilità?

È evidente che la portata di tale requisito debba essere colta in combinato con l'ulteriore condizione richiesta, relativa alla dipendenza del paziente da trattamenti di sostegno vitale, che, come emerge dalle stesse parole dei giudici costituzionali, "svolge, in assenza di un intervento legislativo, un ruolo cardine nella logica della soluzione adottata con l'ordinanza n. 207 del 2018, poi ripresa nella sentenza n. 242 del 2019"¹⁸.

Conclusivamente, appare necessario un tentativo di riordino delle varie interpretazioni che sono state formulate specie in ordine alla portata da attribuire al concetto di trattamento di sostegno vitale, al fine di inquadrare quali procedure rientrino in tale categoria e quali, invece, ne restino fuori e delinearne con sufficiente approssimazione l'attuale ambito applicativo.

A ciò si aggiunge l'esigenza di valutare l'utilità di tale requisito in un'ottica di ragionevolezza della tutela dei soggetti che hanno interesse ad avvalersi della procedura di suicidio medicalmente assistito. Invero, laddove la richiesta di aiuto nel morire provenga da un soggetto che, pur non dipendendo da trattamenti di sostegno vitale, soffre di patologie tali da percepire il proseguimento della sua vita come una condanna e ogni rimedio sperito non abbia dato alcun esito nella prospettiva di migliorarne le condizioni o attenuarne la sofferenza, è lecito chiedersi se sia "giusto che questa persona non possa avere aiuto a staccarsi dalla croce"¹⁹.

¹⁵ V. F. GIARDINA-P. MALACARNE, *L'art. 580 cod. pen. è ancora incostituzionale? Aiuto a morire e dipendenza da «trattamenti di sostegno vitale»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 357, in cui si definisce pregevole lo sforzo del G.i.p. di Firenze di attribuire alla capacità di prendere decisioni libere e consapevoli un significato più pregnante rispetto sia alla mera capacità di intendere e di volere, sia al dato negativo dell'assenza di condizionamenti esterni. In questa logica, il significato della condizione richiesta dalla Corte costituzionale può rendersi in termini di riferibilità della scelta di morire a un «processo di costruzione della volontà», dunque non ad una puntiforme manifestazione di consenso. In tal modo la volontà del paziente viene intesa non come punto di partenza, ma come punto di arrivo. In altre parole, si evoca l'identità della persona come imprescindibile ed essenziale riferimento".

¹⁶ V. Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit., *passim*, laddove si utilizza la congiunzione disgiuntiva per indicare le sofferenze derivanti dalla patologia irreversibile (sofferenze fisiche "o" psicologiche), che rilevano in quanto la persona le "reputa intollerabili".

¹⁷ Dal clima di incertezza sono, peraltro, sorti dubbi paradossali circa la possibilità, apparentemente incontestabile, di considerare irreversibile la sclerosi multipla a decorso cronico progressivo, quale era quella da cui era affetto Davide Trentini (sulla cui vicenda si rinvia al par. 2.1), considerato che "per quanto fonte di grandi sofferenze ... non conduce a morte sicura" (il passaggio, tratto dalla sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Genova del 28 aprile 2021, consultabile su *giurisprudenzapenale.com*, riproduce l'obiezione formulata dall'Ufficio dell'Accusa appellante e pronunciata dalla Corte d'Assise di Massa, in data 27 luglio 2020, consultabile su *biodiritto.org*).

¹⁸ V. Corte cost., 18 luglio 2024, n. 135, cit., par. 7.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁹ P. ZATTI, *L'incompiuta e il diritto alla propria morte. In margine al Commento all'ord. GIP Firenze di Francesca Giardina e Paolo Malacarne*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 429.



2. – Il contrasto interpretativo sorto con riferimento alla necessità che il paziente, per poter ottenere assistenza a morire, si trovi in una condizione di dipendenza da trattamenti sanitari di sostegno vitale ha comportato una serie di difficoltà applicative. Invero, la mancanza di indicazioni esaustive in ordine alla delimitazione concettuale di questi trattamenti non consente di ricondurre nell'alveo applicativo della scriminante tutte quelle vicende nelle quali il paziente che intenda ottenere assistenza al suicidio, pur versando in condizioni analoghe a quelle prese in considerazione nell'ordinanza e nella sentenza della Corte costituzionale, non sia però tenuto in vita mediante macchinari funzionali a sostituire specificamente una o più delle attività ivi elencate, né di farvi rientrare quelle che si siano già consumate all'estero, come nel caso da cui ha tratto origine il recente incidente di costituzionalità.

Ora, il concetto di trattamento di sostegno vitale non risulta definibile in termini rigorosi né in ambito medico né *a fortiori* in quello giuridico. Peraltro, è evidente che il problema non possa essere affrontato esclusivamente sul piano scientifico, trasponendo poi la definizione su un piano diverso e non affine, quale quello giuridico, né sarebbe sensato il procedimento contrario, ricostruendo cioè il concetto su un piano avulso da quello scientifico suo proprio.

Nella letteratura scientifica non pare potersi rinvenire una definizione univoca e condivisa di “trattamento di sostegno vitale”, come emerge dal parere reso dal Comitato Nazionale per la Bioetica in risposta al quesito posto dal Comitato territoriale della Regione Umbria, in ordine proprio all'individuazione dei criteri da utilizzare per distinguerli dai trattamenti sanitari ordinari. E ciò, in primo luogo, in quanto le fonti scientifiche di consueto se ne occupano esclusivamente in una prospettiva funzionale al miglioramento dell'assistenza; pertanto, non si preoccupano di definirne il significato, ma si concentrano sul profilo dell'efficacia del trattamento da porre in essere per perseguire l'obiettivo consistente nel tenere in vita il paziente e, quindi, a seconda dei casi, sulla necessità di rimodularlo o sull'esigenza di ridurre o sospendere terapie che siano divenute sproporzionate riguardo al fine o intollerabili per il paziente quanto al mezzo²⁰.

Inoltre, non va trascurata la complessità della moderna prassi clinico-assistenziale, il cui approccio integrato alla cura della malattia implica spesso l'utilizzo anche simultaneo di apparecchi dotati di diversa funzione nonché l'adozione di varie terapie farmacologiche, da modularsi secondo la situazione concreta in cui si trova il paziente²¹. Da qui, pertanto, la natura eminentemente soggettiva e, quindi, variabile, della decisione clinica in ordine ai trattamenti cui sottoporre il paziente da parte del sanitario, il quale, seppur tenuto a conoscere le linee guida o le raccomandazioni elaborate dalle associazioni mediche o dalle società scientifiche, può comunque legittimamente disattenderle, essendo pur sempre chiamato *in primis* ad utilizzare la sua specifica competenza, adattando il suo operato al caso concreto²².

Invero, le difficoltà in ordine alla definizione di ciò che debba intendersi per trattamento di sostegno vita-

²⁰ V. Comitato Nazionale per la Bioetica, *Risposta al quesito del Comitato territoriale della Regione Umbria del 3 novembre 2023*, 20 giugno 2024, 7, consultabile su bioetica.governo.it.

²¹ L. ROMANO, *Riflessioni bioetiche sui trattamenti di sostegno vitale: la sentenza n. 135/2024 della Corte costituzionale*, in *Corti Supreme e salute*, 2024, 858.

²² V. F. GIARDINA-P. MALACARNE, cit., 359, in cui emerge come il punto di vista tecnico rivesta certamente notevole importanza nella discussione sulla portata da assegnare al requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, nonché sulla sua stessa utilità. L'approccio del medico è, infatti, prezioso proprio per mettere in luce le criticità insite nella verifica della sussistenza di un tale trattamento nella pratica clinica. Così, se, da un lato, si rileva come la sospensione dei trattamenti sanitari di tipo meccanico, farmacologico o assistenziale possano condurre alla morte del paziente in un periodo non coincidente né sovrapponibile, che va da pochi minuti (ad es. la sospensione della ventilazione meccanica) ad alcune settimane (come nel caso, ad es., della sospensione di alcune terapie farmacologiche), dall'altro lato, si mette in luce come la variabilità nel giudizio clinico possa anche portare ad indicazioni diverse ma egualmente valide da parte dei medici, in ordine ai trattamenti sanitari cui sottoporre la medesima persona malata.



le si riscontrano anche in ambito prettamente giuridico. Infatti, la legge n. 219/2017, che riconosce ad ogni persona capace di agire, *ex art. 1, comma 5*, il diritto di rifiutare o revocare “qualsiasi trattamento sanitario”, ivi compresi la nutrizione e l’idratazione artificiali, prevede unicamente la condotta che il medico è chiamato a tenere nel caso in cui il paziente rifiuti o revochi dei “trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza”, senza soffermarsi in alcun modo sul significato e sulla portata da attribuire a questi ultimi.

E anche la Corte costituzionale, né nel 2018 né nel 2019, ha fornito alcuna definizione analitica e sistematica della nozione di trattamento sanitario di sostegno vitale, limitandosi a specificare, in via meramente esemplificativa, che tali devono certamente essere considerati trattamenti “quali la ventilazione, l’idratazione o l’alimentazione artificiali”²³.

Cosicché, in ordine alla delimitazione concettuale dei “trattamenti di sostegno vitale”, si può rilevare come risultino diverse interpretazioni, di portata più o meno ampia. In particolare, è dato distinguere un orientamento restrittivo, che considera tali solo quelli sostitutivi di funzioni vitali, da un orientamento estensivo, che comprende anche trattamenti di natura assistenziale, peraltro variamente intesi, e cioè, sulla base di una prima impostazione, quali procedure di supporto all’espletamento di funzioni vitali e, in altra prospettiva, quali trattamenti non strettamente collegati alla sopravvivenza del paziente.

È, dunque, necessario, considerata soprattutto l’ormai acquisita rilevanza normativa di tale concetto metagiuridico ai fini della possibilità di ricondurre o meno il caso concreto nel perimetro di non punibilità delineato dalla Consulta, avviare un’indagine casistica, considerando le varie letture che ne sono state date nell’ambito del dibattito dottrinale e dell’elaborazione giurisprudenziale²⁴, in modo da poter successivamente tentare di individuare l’interpretazione che, in una logica conforme al principio di ragionevolezza, appaia maggiormente in linea con l’impianto assiologico su cui si regge il nostro ordinamento.

2.1. – Secondo l’orientamento interpretativo tradizionale, condiviso peraltro dalla maggioranza dei componenti del Comitato Nazionale per la Bioetica nel parere reso in risposta al quesito del Comitato territoriale della Regione Umbria²⁵, il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale dovrebbe formare oggetto di una lettura restrittiva, soprattutto nell’ottica di evitare il rischio del potenziale ampliamento del novero dei soggetti legittimati ad ottenere assistenza al suicidio. In particolare, tale requisito avrebbe il ruolo di circoscrivere l’area di non punibilità delle condotte di agevolazione al suicidio, al fine di evitare possibili abusi nella pratica dell’assistenza ad una scelta di fine vita.

In altre parole, l’idea è quella di attribuire alle condizioni legittimanti prescritte dalla Corte costituzionale una portata interpretativa ed applicativa estremamente limitata, in quanto un eventuale ampliamento dell’area di non punibilità si porrebbe in contrasto “con la necessità etica di tutelare la vita e la salute dei soggetti più deboli e vulnerabili, in coerenza con i principi di dignità umana e solidarietà”. E ciò rilevarebbe soprattutto

²³ V. Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, cit., par. 8 del *Considerato in diritto*.

²⁴ Sul punto si vedano, in particolare, le interessanti affermazioni contenute nella dichiarazione di non partecipazione al voto del Prof. Stefano Canestrari, in relazione al quesito posto dal Comitato Etico Territoriale della Regione Umbria al Comitato Nazionale per la Bioetica (v. Comitato Nazionale per la Bioetica, *Risposta al quesito del Comitato territoriale della Regione Umbria del 3 novembre 2023*, cit., 11 ss.), il quale, ai fini della definizione del contenuto della nozione di trattamento di sostegno vitale, ritiene indispensabile “un dibattito tra discipline scientifiche, un dibattito pubblico, un confronto (interno alle e) tra le forze politiche, una discussione parlamentare in grado di valorizzare le tante competenze specialistiche che devono essere coinvolte”.

²⁵ V. Comitato Nazionale per la Bioetica, *Risposta al quesito del Comitato territoriale della Regione Umbria del 3 novembre 2023*, cit., 9 s.



con riferimento a determinate categorie di persone vulnerabili, ossia, ad esempio, a quelle che versino in condizioni irreversibili di disabilità o in situazioni di grande fragilità fisica nel tempo cronicizzatasi o psicologica, vivendo in estrema solitudine o reputando la propria malattia fonte di sofferenze intollerabili, le quali, in mancanza del requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, presenterebbero le condizioni sufficienti per giustificare richieste di suicidio medicalmente assistito.

Si ritiene, dunque, che le condizioni legittimanti debbano essere lette in una chiave interpretativa rigorosa, che consentirebbe l'applicazione della scriminante codificata solo alle vicende (non affini bensì) identiche a quella di Fabiano Antoniani, sul presupposto che la Corte costituzionale nel 2019 abbia inteso aprire una breccia rispetto al divieto assoluto di agevolazione al suicidio solo e unicamente con riferimento all'ipotesi specifica su cui la sentenza è stata modellata, lasciando fuori dall'ambito di liceità dell'aiuto medico a morire tutti gli altri casi egualmente gravi ma privi del suddetto requisito.

Ora, seguendo l'*iter* logico adottato dalla maggioranza dei componenti del Comitato Nazionale per la Bioetica, per distinguere da un punto di vista clinico i trattamenti di sostegno vitale da quelli ordinari dovrebbe essere utilizzato un criterio interpretativo diretto alla verifica della finalità, dell'intensità e delle conseguenze della sospensione del trattamento. Cosicché, in particolare, ci si troverebbe dinanzi a un trattamento funzionale a consentire la sopravvivenza del paziente laddove esso: sia indirizzato ad affrontare condizioni che mettono a rischio la sua vita in un arco di tempo breve o brevissimo; si caratterizzi per il fatto di impiegare spesso tecnologie avanzate e procedure specialistiche connotate da una forte invasività e continuità nel tempo e la cui sospensione comporti conseguenze fatali immediate o comunque rapide, in relazione al tipo di trattamento e alle condizioni cliniche del paziente²⁶.

Ne conseguirebbe, quindi, l'inevitabile limitazione del concetto di trattamenti di sostegno vitale ai soli trattamenti effettivamente sostitutivi di funzioni vitali, la cui sospensione comporterebbe la morte del paziente in tempi brevi. In altri termini, tale requisito assume una rilevanza decisiva ai fini della delimitazione dell'ambito di non punibilità del suicidio medicalmente assistito solo e unicamente entro il perimetro di situazioni patologiche temporalmente ben definite, nella quali ciò che pare rilevare è la prossimità alla morte del paziente in assenza del trattamento sostitutivo.

E proprio da questo angolo visuale, tale impostazione pare evocare quell'approccio interpretativo tradizionale che ammetteva il rifiuto *ab origine* ma non la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza del paziente già in atto, sulla base della perdurante necessità di distinguere tra lasciar morire e provocare la morte del paziente. E ciò in quanto si ritenevano eticamente accettabili solo le condotte omissive, intese quali forme di mera desistenza rispetto al naturale decorso della malattia, e non anche quelle attive, percepite come connotate da una più intensa carica di disvalore e, quindi, maggiormente offensive²⁷.

2.2. – Il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale ha formato oggetto anche di un'interpretazione estensiva o addirittura analogica, elaborata dalla giurisprudenza di merito e fondata sull'idea

²⁶ V. Comitato Nazionale per la Bioetica, *Risposta al quesito del Comitato territoriale della Regione Umbria del 3 novembre 2023*, cit., 7 s.

²⁷ V. parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, cit., 13, in cui alcuni componenti rilevano come il comportamento consistente nel lasciar morire il paziente, dando seguito alla sua volontà di rinunciare ai trattamenti di sostegno vitale, pur non coincidendo con una condotta eutanasica, sia in alcune circostanze eticamente problematico, anche se giuridicamente accettabile, sussistendo il dovere morale del medico di prestare le cure, oltre che una responsabilità individuale e sociale del paziente di salvaguardare la propria vita.



secondo cui dovrebbero essere considerati tali quei trattamenti funzionali a fornire al soggetto malato un “sostegno” in ordine all’espletamento di una delle sue funzioni vitali e non necessariamente diretti ad una loro totale sostituzione, la cui sospensione comporterebbe la morte del paziente in tempi anche non rapidi.

Cosicché, si dovrebbe procedere ad attribuire efficacia vitale non solo alla nutrizione, all’idratazione e alla ventilazione, ma anche a funzioni per le quali il supporto che si rende necessario non sempre implica l’utilizzo di tecnologie avanzate o di apparecchi sofisticati, ma può coinvolgere, nell’ambito di un piano di assistenza complesso, soggetti anche non dotati di qualifiche o competenze specialistiche. Rientrerebbero, quindi, nella categoria tutti quei trattamenti di sostegno alle funzioni respiratoria e cardiaca, renale e biochimica-metabolica assicurata dal sistema gastrointestinale e di depurazione²⁸.

Ne consegue che l’ambito applicativo della *regula iuris* introdotta dalla Corte costituzionale nel 2019 non comprenderebbe esclusivamente i casi che presentino caratteristiche identiche a quello all’epoca sottoposto al suo vaglio, ma sarebbe invece destinato ad assumere una più ampia portata.

Tale approccio interpretativo trae spunto da una vicenda in cui si è esclusa la punibilità della condotta di coloro i quali, pur senza rafforzarne il proposito, hanno materialmente agevolato il suicidio di Davide Trentini, avvenuto nell’aprile del 2017 in una clinica svizzera, per autosomministrazione di una sostanza letale.

La Corte d’Assise di Massa ha proceduto all’applicazione retroattiva della scriminante configurata dalla Corte costituzionale sulla base della c.d. clausola di equivalenza, che ne ha consentito l’estensione ai fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza – e, in questo caso, anche all’entrata in vigore della legge n. 219/17 – laddove “l’agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti”²⁹.

Nello specifico è stata verificata in concreto la sussistenza dei seguenti requisiti sostanziali: la malattia irreversibile, in quanto il Trentini era affetto da sclerosi multipla secondariamente progressiva ossia da una “malattia demielizzante del sistema nervoso centrale a decorso cronico progressivo”; la sofferenza fisica, considerato che il soggetto, pur assumendo antidolorifici sempre più forti e a dosaggi sempre più alti, pativa dolori intollerabili e la volontà dell’interessato, manifestata in modo chiaro e univoco, di porre fine alla propria vita. Inoltre, nella sentenza si dà conto del rispetto da parte dei sanitari della clinica svizzera di una procedura medicalizzata di assistenza al suicidio affine a quella prevista dall’art. 1 della legge n. 219/2017 per il caso della rinuncia e del rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza, consistente in una fase informativa, in cui il paziente viene messo al corrente delle sue effettive condizioni, nonché delle alternative terapeutiche cui potrebbe essere sottoposto, compresa la possibilità di accedere ad un percorso di cure palliative, e in una fase di accertamento, mediante l’espletamento di colloqui con i medici, della sussistenza in capo al soggetto della capacità di prendere decisioni libere e consapevoli³⁰.

Quanto al requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, anch’esso viene, grazie ad una lettura estensiva, ritenuto sussistente, in quanto si constata come il Trentini, nonostante non dipendesse da alcun macchinario, si trovava comunque in una condizione di estrema e totale dipendenza da altri trattamenti sanitari, nello specifico di tipo farmacologico ed assistenziale, che, in quanto tali, avrebbero potuto essere rifiutati sulla base di quanto previsto dalla legge n. 219/2017 e la cui sospensione avrebbe comunque compor-

²⁸ V., in particolare, la posizione di minoranza assunta dai componenti del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Risposta al quesito del Comitato territoriale della Regione Umbria del 3 novembre 2023*, cit., 11.

²⁹ V. Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit., par. 7 del *Considerato in diritto*.

³⁰ V. Corte d’Assise di Massa, 27 luglio 2020, cit., con nota di F. LAZZERI, *A che punto è la notte? La liceità dell’aiuto al suicidio, oltre DjFabo: la nozione di “trattamenti di sostegno vitale” nella sentenza sul caso Trentini*, in *Sistema penale*, 14 settembre 2020, consultabile su *sistemapenale.it*.



tato, esattamente come nel caso di Fabiano Antoniani, “un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte”³¹. Se, quindi, il Trentini, come ribadito dalla Corte d’Assise d’Appello di Genova, aveva il diritto di interrompere tali trattamenti, allora non c’era alcun valido motivo per negargli “il diritto di rinunciare a vivere ancor prima di affrontare la brutale agonia che la sua gravissima malattia gli avrebbe imposto”³².

Peraltro, al medesimo esito interpretativo la Corte d’Assise di Massa perviene seguendo anche un altro *iter* argomentativo, sulla base del quale si constata una chiara ed evidente similitudine tra il caso concreto su cui la Corte costituzionale ha forgiato la scriminante e la situazione in cui versano i pazienti, che, come il Trentini, si trovano “in una condizione di oggettiva ed assoluta dipendenza da un’altra persona” per l’espletamento di funzioni e bisogni vitali. Così, nel caso di specie, vengono ritenuti sussistenti tutti i requisiti che sono in grado di rendere lecita la prestazione della condotta agevolativa del suicidio, compreso quello della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, rispetto al quale il dubbio circa la sua effettiva sussistenza viene risolto *pro reo*. In particolare, si procede ad un’applicazione analogica *in bonam partem* della scriminante ad una condotta agevolativa del suicidio di un soggetto che versava in una condizione simile a quella in cui si trova chi dipende da un macchinario che ne consente la sopravvivenza.

All’orientamento elaborato dalla giurisprudenza di merito si sono successivamente conformate alcune Aziende sanitarie locali, chiamate in prima battuta a verificare la sussistenza dei requisiti necessari ai fini dell’accesso alla procedura medicalizzata di suicidio assistito. Così è avvenuto, ad esempio, nel primo caso gestito dal Servizio sanitario nazionale e conclusosi nel novembre 2023, con l’autosomministrazione di un farmaco letale da parte della paziente. In particolare, la Commissione medica multidisciplinare, nominata dall’Azienda sanitaria universitaria Giuliano Isontina (ASUGI) di Trieste³³ ha ritenuto, in aderenza all’interpretazione adottata nel caso Trentini, che la paziente, sebbene non dipendente da macchinari o trattamenti tali per cui la sospensione degli stessi ne avrebbe determinato il decesso a breve termine, fosse comunque da intendersi sottoposta a trattamenti di sostegno vitale, dovendosi riconoscere, nel caso di specie, la dipendenza da una terapia farmacologica³⁴, nonché meccanica da un supporto ventilatorio nelle ore di sonno notturno³⁵ ed assistenziale continua per l’espletamento dei propri bisogni vitali³⁶ da parte di soggetti terzi³⁷.

³¹ V. Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, cit., par. 8 del *Considerato in diritto*.

³² V. Corte d’Assise d’Appello di Genova, 28 aprile 2021, cit.

³³ V. parere della Commissione medica multidisciplinare del 3 agosto 2023, istituita a seguito della decisione del Tribunale di Trieste su ricorso d’urgenza presentato da una paziente che intendeva fruire della procedura ma la cui richiesta, presentata in data 4 novembre 2022, non aveva ottenuto alcuna risposta, con cui è stata accertata la sussistenza dei requisiti previsti dalla sentenza n. 242/2019 (consultabile su associazionelucacoscioni.it).

³⁴ La sospensione di tale terapia avrebbe comportato un irrigidimento della muscolatura della gabbia toracica e a una condizione di insufficienza respiratoria tale da determinarne la morte anche in maniera non rapida.

³⁵ Si trattava, in particolare, di un ausilio respiratorio la cui sospensione avrebbe potuto comportare una condizione di ipercapnia ed insufficienza respiratoria tale da determinare la morte della paziente anche in maniera non rapida. Peraltro, trattandosi di un soggetto che già utilizzava la muscolatura respiratoria accessoria, non si poteva escludere che la progressione della malattia e/o eventuali patologie intercorrenti potessero rendere successivamente indispensabile l’utilizzo costante del supporto ventilatorio.

³⁶ La paziente, nello specifico, necessitava di assistenza sia per l’esecuzione di clisteri evacuativi giornalieri per l’espletamento dell’alvo, senza i quali sarebbe andata incontro a occlusione intestinale e al rischio di perforazione del viscere tali da determinarne la morte anche in maniera non rapida, sia per l’espletamento dei propri bisogni vitali (igiene personale, gestione della continenza, vestirsi, alimentarsi in modo autosufficiente, idratarsi, possibilità di passare da una posizione all’altra e di camminare in modo indipendente).

³⁷ Tale impostazione viene, peraltro, successivamente avallata dal Nucleo etico per la pratica clinica istituito in seno all’ASUGI, il quale, seguendo l’*iter* procedurale delineato dalla Corte costituzionale, prende atto dell’avvenuto accertamento della sussistenza dei requisiti per l’accesso al suicidio medicalmente assistito e delle individuate modalità di esecuzione dello stesso e adotta un parere favorevole, ritenendo che “il percorso metodologico sia stato condotto nel rispetto della tutela dei diritti, della dignità e dei valori del-



2.3. – Nell’ambito del dibattito relativo al significato da attribuire al requisito della dipendenza dai trattamenti di sostegno vitale si è, poi, posto il problema di includervi anche trattamenti diretti a fornire al malato un aiuto per lo svolgimento di attività quotidiane, seppur non causalmente connessi alla sua sopravvivenza.

La possibilità di un ulteriore ampliamento della portata di tale requisito è stata valutata nella vicenda giudiziaria che ha riguardato il suicidio assistito di Massimiliano Scalas, avvenuto presso una clinica svizzera nel 2022, mediante autosomministrazione di un farmaco letale. In particolare, nel caso di specie, era emersa la sussistenza di quasi tutte le condizioni sostanziali e procedurali richieste ai fini dell’applicazione della scriminante, posto che il soggetto: era affetto da sclerosi multipla, ossia da una malattia ritenuta irreversibile allo stato delle attuali conoscenze scientifiche; pativa sofferenze da lui percepite come intollerabili; aveva concepito, maturato e mantenuto la decisione di darsi la morte in modo libero e consapevole e aveva di fatto realizzato il suo proposito seguendo una procedura medicalizzata particolarmente articolata e in grado, quindi, di offrire garanzie equivalenti a quelle previste dalla legge n. 219/2017 ai fini della formazione di un’autentica volontà di morire³⁸.

Tuttavia, quanto al requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, si era rilevato come il soggetto non fosse sottoposto a terapie farmacologiche salvavita né fruisse di alcun tipo di assistenza indispensabile ai fini della sua sopravvivenza. Cosicché, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Firenze, prima di decidere di adire la Corte costituzionale, si è chiesto se fosse possibile fornire una lettura alternativa di tale requisito, che ne consentisse, adottando un’interpretazione costituzionalmente orientata, di estenderlo anche a trattamenti di natura assistenziale privi di efficacia vitale, considerato che il soggetto, pur conservando integre molte delle sue funzionalità corporee, richiedeva con sempre maggiore frequenza, a causa della progressiva immobilizzazione degli arti, l’aiuto di soggetti terzi per lo svolgimento delle attività fisiologiche quotidiane³⁹.

Si è, quindi, tentato di accostare analogicamente, seguendo l’*iter* metodologico avviato dalla giurisprudenza di merito nel caso Trentini, due diverse situazioni che sembravano presentare “un’affinità di sostanza e di *ratio*”, ossia quella in cui si richiedono trattamenti sanitari di natura meccanica, farmacologica o assistenziale indispensabili per l’espletamento di una qualche funzione vitale e quella in cui, invece, il trattamento di sostegno di cui si fruisce non sia dotato di alcuna efficacia vitale, nel senso che la sua sospensione non determinerebbe la morte del soggetto “secondo un giudizio condizionalistico controfattuale declinato in concreto”. In questa prospettiva, il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale avrebbe dovuto essere interpretato in modo da includervi tutte le ipotesi in cui “la sopravvivenza del malato dipende direttamente da altri ... siano essi cose o persone”⁴⁰.

Ora, un tale ampliamento del perimetro concettuale del requisito della dipendenza da trattamenti di soste-

la persona e che la condizione di vulnerabilità sia stata ampiamente supportata dagli organi tecnici competenti” (consultabile su associazione.lucacoscioni.it).

³⁸ È evidente che la realizzazione del suicidio assistito presso una clinica estera è incompatibile con alcuni passaggi procedurali richiesti, quali la riserva di prestazione a carico del sistema sanitario nazionale e il parere del comitato etico, applicabili solo a procedure gestite e a prestazioni erogate all’interno del territorio nazionale.

³⁹ V. Trib. Firenze, sez. Giudice per le indagini preliminari, 17 gennaio 2024, consultabile su biodiritto.org. Sul tema v., tra gli altri, F. GIARDINA-P. MALACARNE, *L’art. 580 cod. pen. è ancora incostituzionale? Aiuto a morire e dipendenza da «trattamenti di sostegno vitale»*, cit., 356 ss.; P. ZATTI, *L’incompiuta e il diritto alla propria morte. In margine al Commento all’ord. GIP Firenze di Francesca Giardina e Paolo Malacarne*, cit., 428 s.; F. PIERGENTILI-A. RUGGERI-F. VARI, *Verso una “liberalizzazione” del suicidio assistito? Note critiche ad una questione di costituzionalità sollevata dal Gip di Firenze*, in dirittifondamentali.it, 2024, 219 ss.; M. ESPOSITO, *“Morte a credito”: riflessioni critiche sul c.d. diritto al suicidio assistito*, in federalismi.it, 2024, 76 ss.; C.D. LEOTTA, *L’aiuto al suicidio del malato tenuto in vita da un trattamento di sostegno vitale: l’art. 580 c.p. torna davanti alla Corte costituzionale*, in *Consulta on line*, 2024, 693 ss., consultabile su giurcost.org.

⁴⁰ V. Trib. Firenze, sez. Giudice per le indagini preliminari, 17 gennaio 2024, cit., punto 2.2.3.



gno vitale, seppur teorizzato, viene ritenuto non condivisibile dal G.i.p. di Firenze, il quale, chiamato a valutare se la condotta posta in essere dagli indagati avesse o meno influito causalmente sulla realizzazione dell'atto suicidiario, ha concluso di non poter applicare la scriminante configurata dalla Corte costituzionale alla fattispecie sottoposta al suo vaglio, non ritenendo sussistente il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, e di non poter, quindi, assecondare la tesi di cui alla richiesta di archiviazione. E ciò in quanto si può dubitare della stessa possibilità di ricondurre alla categoria dei trattamenti sanitari prestazioni, seppur continuative, di natura meramente assistenziale. In particolare, si è rilevato come l'assistenza prestata genericamente da soggetti terzi, soprattutto se non dotati di competenze specialistiche, non sia facilmente inquadrabile già nel perimetro di significato attribuibile alla nozione di "trattamento", che di per sé non sembra evocare un qualsiasi mero intervento esterno, seppur funzionale all'espletamento di una funzione vitale, ma "una più pregnante e qualificata ingerenza sul corpo e sulla salute del paziente".

A ciò si aggiunga che nella logica del percorso argomentativo sviluppato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza del 2018 e poi nella sentenza del 2019 ricorre il riferimento espresso a vicende di fine vita ritenute ragionevolmente affini alle ipotesi di rifiuto o revoca dei trattamenti necessari alla propria sopravvivenza di cui all'art. 1, comma 5, legge n. 219/2017. Ora, se tra i trattamenti sanitari la norma comprende la nutrizione e l'idratazione artificiali, allora, da questo angolo visuale, si potrebbe sostenere, sulla base di un'interpretazione letterale oltre che considerando l'esito cui è pervenuto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che siano tali solo quelli che presentino determinate caratteristiche e quindi che, ad esempio, abbiano formato oggetto di una previa valutazione e prescrizione medica o che implicino il ricorso a dispositivi medici o la cui esecuzione debba avvenire sotto monitoraggio di un sanitario.

In questa prospettiva, pertanto, non ogni "aiuto a vivere" sembrerebbe in grado di giustificare la non punibilità delle condotte di "aiuto a morire"⁴¹.

3. – Sulla questione è da ultimo intervenuta la Corte costituzionale con sentenza n. 135/2024, assumendo però una posizione ambivalente, che se, da un lato, lascia trasparire una certa apertura, dall'altro, nel rigettare tutte le censure di incostituzionalità, si rivela ancora estremamente prudente e misurata⁴².

Invero, alcune delle perplessità paventate dal G.i.p. di Firenze in ordine alla delimitazione concettuale dei

⁴¹ V. Trib. Firenze, sez. Giudice per le indagini preliminari, 17 gennaio 2024, cit., punto 2.2.3.

Nella medesima prospettiva si sono poste alcune strutture sanitarie chiamate in via preliminare ad accertare la sussistenza delle condizioni necessarie ai fini dell'accesso alla procedura. Un caso recente ha riguardato la richiesta formulata da Martina Oppelli all'Azienda Sanitaria Universitaria Giuliano Isontina (ASUGI) per accedere alla procedura di suicidio assistito, fondata sulla sussistenza, oltre che degli altri requisiti sostanziali richiesti, di una dipendenza totale e continuativa, stante la sua completa impossibilità di movimento, dall'assistenza di soggetti terzi, senza la quale non sarebbe stata in grado di provvedere ai suoi bisogni primari. La Oppelli ha ottenuto un diniego da parte della commissione aziendale di valutazione, in prima battuta nell'ottobre 2023 e, successivamente, nell'agosto 2024, in ottemperanza all'ordinanza del Tribunale di Trieste che ha accolto il ricorso d'urgenza con cui si chiedeva la rivalutazione della sussistenza del requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale. Nel caso di specie, si è ritenuto che non sussistesse il suddetto requisito, accogliendo un'accezione di assistenza legata causalmente alla sopravvivenza della persona, alla quale, quindi, non è stato consentito di accedere alla procedura in quanto la sospensione del trattamento assistenziale a cui era sottoposta non ne avrebbe comportato la morte. Il diniego e la relazione finale della commissione aziendale di valutazione dell'Azienda Sanitaria Universitaria Giuliano Isontina (ASUGI) sono consultabili sul sito associazionelucacoscioni.it.

⁴² Invero, la Corte costituzionale, scegliendo di non ampliare il novero dei soggetti legittimati ad accedere al suicidio medicalmente assistito e di eliminare tale requisito, ha continuato a non assumersi la responsabilità di "superare il tabù dell'entrare nella morte ad occhi aperti". Questo era il dubbio paventato, a seguito dell'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale, da L. RISICATO, *L'incostituzionalità "differita" dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207/2018*, cit., 306.



trattamenti di sostegno vitale vengono superate dalla Corte, mediante l'adozione di un approccio interpretativo tendenzialmente conforme alla *ratio* delle precedenti decisioni del 2018 e del 2019, ma al tempo stesso dotato di una portata moderatamente estensiva. Così, si ritiene che siano qualificabili in termini di trattamenti sanitari tutte le procedure praticate sul corpo del paziente, indipendentemente dal fatto che comportino una particolare ingerenza o che siano connotate da un certo grado di complessità tecnica e di invasività, ivi incluse quelle che, seppur generalmente compiute da personale sanitario specializzato, possano essere apprese ed eseguite da familiari o *caregivers*. Queste procedure, tuttavia, per assurgere al rango di trattamenti di sostegno vitale devono in concreto rivelarsi necessarie per assicurare l'espletamento di funzioni vitali del paziente, nel senso che la loro omissione o interruzione ne comporterebbe la morte in un breve lasso di tempo.

Si accede, quindi, a quell'orientamento interpretativo avallato dalla giurisprudenza di merito nel caso Trentini, attribuendo al trattamento di sostegno vitale anche una funzione assistenziale, seppur sempre collegata alla sopravvivenza del paziente; vi rientrerebbero, pertanto, tutti quei trattamenti che, pur non essendo sostitutivi di funzioni vitali, consistano in un'attività di supporto che ne permetta comunque l'espletamento.

La Corte condivide, poi, l'indirizzo maggioritario espresso in seno al Comitato Nazionale per la Bioetica, quanto all'utilizzo del criterio prognostico temporale, secondo cui la sospensione del trattamento di sostegno vitale dovrebbe comportare la morte del paziente in un breve lasso di tempo. Ritiene, tuttavia, in parte discostandosi dal parere reso dal Comitato Nazionale per la Bioetica, che non sia necessario, affinché sussista un trattamento di sostegno vitale, che ricorrano procedure specialistiche connotate da una forte invasività e continuità e che implicino l'impiego di tecnologie avanzate.

Così, constatato che il paziente, laddove sia dipendente da un tale trattamento assistenziale, si trovi nella medesima situazione delineata dall'ordinanza del 2018 prima e dalla sentenza del 2019 poi, potendo legittimamente scegliere di rifiutare anche tali procedure ed esercitare in tal modo il diritto a lasciarsi morire che l'art. 1 della legge n. 219/2017 gli conferisce, risulta, all'esito della valutazione della Corte, "irragionevole che il divieto penalmente sanzionato di assistenza al suicidio nei suoi confronti possa continuare ad operare".

Ora, come si evince da questo recente cambiamento di latitudine della sua portata, il concetto di trattamento di sostegno vitale ha formato oggetto di un intervento interpretativo solo moderatamente estensivo, nel senso che restano fuori dal relativo perimetro applicativo tutte quelle procedure di supporto al paziente che, pur essendo di fondamentale importanza per lo svolgimento di attività quotidiane, non siano causalmente collegate alla sua sopravvivenza. E ciò in quanto, in questo caso, il paziente, anche laddove decida di non volersi sottoporre a tali procedure, anche di carattere *lato sensu* sanitario, non si troverebbe nella medesima situazione di colui il quale, invece, scelga di lasciarsi morire esercitando il diritto a rifiutare o a revocare un trattamento necessario ad assicurare la sua sopravvivenza, previsto dalla legge n. 219/2017. Cosicché, pur constatandone l'affinità in ordine all'intensa sofferenza e prostrazione, nonché alla stringente necessità di assistenza altrui anche per il soddisfacimento delle più semplici esigenze della quotidianità, è dalla diversità tra le suddette ipotesi che si trae – ad avviso della Corte costituzionale – l'argomento decisivo per non accogliere la censura di irragionevole disparità di trattamento tra situazioni analoghe, formulata dal G.i.p. di Firenze con riferimento al presunto contrasto con l'art. 3 Cost.⁴³ nonché con l'art. 14 CEDU, quale parametro interposto di legittimità costituzionale *ex art. 117 Cost.*⁴⁴.

⁴³ Nell'ordinanza di rimessione si è ravvisata, invece, un'irragionevole disparità di trattamento, partendo proprio dal presupposto secondo cui si sarebbe trattato di situazioni identiche. In particolare, si è ritenuto che la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale non fosse un criterio regolatorio idoneo e proporzionato rispetto all'obiettivo di tutela prefissato, in grado di operare una selezione razionale tra situazioni caratterizzate dalla medesima gravità (v. Trib. Firenze, sez. Giudice per le indagini preliminari, 17 gennaio 2024, cit., punto 3.1).

⁴⁴ V. Trib. Firenze, sez. Giudice per le indagini preliminari, 17 gennaio 2024, cit., punto 3.4, secondo cui, considerato che la nor-



La Corte costituzionale non ha, inoltre, ritenuto condivisibile neanche la tesi secondo cui la dipendenza da un trattamento di sostegno vitale implicherebbe una illegittima compressione dell'autodeterminazione del paziente.

Ora, con riferimento al punto relativo alla presunta violazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost., tra loro in combinato disposto, l'*iter* argomentativo proposto non appare del tutto convincente sotto vari profili. In particolare, la Corte se, da un lato, ammette che la decisione sulla fine della propria vita rientri tra quelle più significative nell'esistenza dell'individuo, dall'altro, sembra ritenere che un'ulteriore estensione della libertà di scelta del malato in ordine alle terapie finalizzate a liberarlo dalle sofferenze comporti l'accoglimento di una nozione diversa ed eccessivamente ampia di autodeterminazione terapeutica⁴⁵. Si tratterebbe, pertanto, di mantenere distinto il diritto del paziente di rifiutare i trattamenti sanitari, finanche se necessari a garantire la sua sopravvivenza, dalla situazione soggettiva, strutturalmente differente, delineata dall'ordinanza del 2018. Così, mentre il primo, che trae appunto fondamento dal combinato disposto delle tre norme costituzionali, si caratterizzerebbe primariamente come "libertà negativa" del paziente "a non subire interventi indesiderati sul corpo e nel corpo, anche laddove tali interventi abbiano lo scopo di tutelare la sua salute o la sua stessa vita", assumendo un contenuto sovrapponibile a quello del diritto all'integrità fisica, intimamente legato alla tutela della dimensione corporea della persona contro ogni ingerenza esterna non previamente consentita⁴⁶, la seconda, invece, dovrebbe intendersi funzionale alla protezione della "sfera di autonomia nelle decisioni che coinvolgono il proprio corpo, che è a sua volta un aspetto del più generale diritto al libero sviluppo della propria persona"⁴⁷.

L'idea di fissare un argine alla libertà di autodeterminarsi del soggetto è, peraltro, ribadita nel rigettare un'ulteriore censura di incostituzionalità per il presunto contrasto dell'art. 580 c.p., come interpretato a seguito della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale, con il principio di dignità. Sul punto il G.i.p. di Firenze ha rilevato come anche il quadro legislativo vigente si esponga a dubbi di illegittimità costituzionale, imponendo al paziente affetto da una malattia irreversibile che sia fonte di sofferenze intollerabili – esattamente come la normativa precedente che si è ritenuto violasse il principio di dignità nel prevedere "un'unica modalità per congedarsi dalla vita" – l'estenuante attesa, peraltro di non predeterminabile durata, di un peggioramento delle sue condizioni che renda necessaria l'attivazione di trattamenti di sostegno vitale.

Sul punto, in realtà, la Corte sceglie di non rispondere, trincerandosi prima dietro la nozione oggettiva di dignità, che, in quanto immanente nel nostro ordinamento, non consentirebbe di affermare che il divieto pe-

mativa statale riconosce la libertà di essere aiutati a morire per i malati irreversibili e sofferenti, allora il godimento di tale libertà deve essere assicurato, ai sensi dell'art. 14 CEDU, senza alcuna discriminazione, in base non solo ai criteri "consueti", quali ad esempio la razza, il sesso, le opinioni, ma anche a "ogni altra condizione personale", tra cui rientrerebbe la condizione, il cui avverarsi dipende da circostanze del tutto accidentali, della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale.

⁴⁵ Secondo la Corte, peraltro, non coglierebbe nel segno l'assunto del giudice *a quo* secondo cui pretendere, al fine di consentire un lecito aiuto a morire da parte di terzi, che il malato sofferente sia tenuto in vita mediante trattamenti di sostegno vitale "non solo limita la libertà del paziente, restringendone le possibilità di manifestazione, ma ne condiziona l'esercizio in modo perverso, trasformando l'autodeterminazione nel suo contrario", in quanto questo requisito potrebbe indurre la persona ad acconsentire ad essere sottoposta a tali trattamenti, pur volendoli rifiutare o interrompere, con l'unico fine di poter accedere alla procedura di suicidio medicalmente assistito (v. Trib. Firenze, sez. Giudice per le indagini preliminari, 17 gennaio 2024, cit., punto 3.2). Da par suo, la Corte rileva che, essendo garantito dall'art. 1, comma 5, legge n. 219/2017 il diritto, scaturente dal combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost., sia di interrompere sia di rifiutare *ab origine* i trattamenti anche se necessari alla propria sopravvivenza, si deve ritenere, ai fini dell'applicazione dei principi di cui alla sentenza n. 242/2019, che non vi possa essere alcuna differenza tra la situazione di chi sia già sottoposto a trattamenti di sostegno vitale e quella di colui il quale, per sopravvivere, ne necessita, sulla base di una valutazione medica, dell'attivazione degli stessi (v. Corte cost., 18 luglio 2024, n. 135, cit., punto 7.2).

⁴⁶ V. Corte cost., 18 luglio 2024, n. 135, cit., punto 7.2 del *Considerato in diritto*.

⁴⁷ V. Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, cit., punto 7 del *Considerato in diritto*.



nalmente sanzionato di cui all'art. 580 c.p. “costringa il paziente a vivere una vita, oggettivamente, “non degna” di essere vissuta”⁴⁸. Laddove, poi, si tratta di valutare se sussista o meno un contrasto con la nozione soggettiva di dignità, evocata dall'ordinanza di rimessione e già assunta quale parametro di riferimento del ragionamento giuridico dalla Corte nell'ordinanza del 2018⁴⁹, si ritiene che essa, da intendersi connessa non solo alla “concezione che il paziente ha della propria persona” ma anche al suo “interesse a lasciare una certa immagine di sé”, non sia destinata ad acquisire un'autonoma rilevanza, finendo per coincidere con il concetto di autodeterminazione.

Ora, in primo luogo, la scelta di invocare la nozione oggettiva di dignità sembra del tutto inconferente, in quanto assumere che ogni vita sia portatrice di “un'inalienabile dignità”⁵⁰, quasi a voler richiamare un approccio epistemologico di matrice religiosa, è quantomai inaccettabile in un contesto, quale è quello di specie, in cui il discorso giuridico involge l'esigenza di apprestare tutela all'interesse di un soggetto, prigioniero di un corpo irrimediabilmente malato, di porre fine alle proprie estenuanti sofferenze.

In questo particolare ambito, il richiamo al principio di dignità avrebbe avuto senso solo ed esclusivamente all'opposto fine di ritenere non degna per l'uomo una vita fatta solo di dolore. In questa prospettiva, scevra da condizionamenti ideologici, costringere qualcuno a vivere in una condizione di estrema sofferenza, non può che apparire disumano e, quindi, indegno⁵¹.

Risulta, inoltre, non condivisibile anche il passaggio che riguarda la presunta sovrapposibilità tra la nozione soggettiva di dignità e quella di autodeterminazione, in quanto entrambe evocherebbero l'idea secondo cui ciascun individuo dovrebbe poter compiere da sé le scelte fondamentali che riguardano la sua esistenza, ivi incluse quelle che attengono alla propria morte.

Al contrario, a ben guardare, la dignità, soggettivamente intesa, assume la chiara funzione di specificare la scelta di fine vita adottata in virtù dell'esercizio dell'autodeterminazione, orientandola verso la tutela di un bene che attiene specificamente all'esperienza della fine di una sofferenza insostenibile⁵². Cosicché, il divieto di agevolazione del suicidio è destinato a ledere il principio di dignità non solo nella misura in cui non consente al soggetto di compiere la scelta di fine vita che ritiene più in linea con le sue convinzioni, ma anche e soprattutto in quanto lo priva della possibilità di congedarsi anzitempo dalla vita per liberarsi di un dolore che avverte come insopportabile.

Quanto, poi, all'idea che la nozione soggettiva di dignità abbia a che fare con la volontà del paziente di “lasciare una certa immagine di sé”, la Corte in quest'occasione sembra contraddire sé stessa, tralasciando di

⁴⁸ In questo senso, in dottrina, v. A. NICOLUSSI, *op. cit.*, 213 s., il quale, nel rilevare come nella sentenza n. 242/2019 non siano stati riprodotti, rispetto all'ordinanza n. 207/2018, i riferimenti relativi alla dignità soggettivizzata e all'idea di vivere in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza, valuta tale ripensamento “importante e apprezzabile”, nella misura in cui “il principio universalistico della dignità umana non tollera limitazioni. Esso costituisce il fondamento dei diritti umani tra i quali, forse, prima di ogni altro, la libertà e l'autonomia delle persone che esso promuove, ma ciò non può di certo includere la possibilità che tali diritti siano concepiti in rivolta contro il loro stesso fondamento. La dignità assorbita dall'autodeterminazione è una dignità che di fatto è destituita di valore”.

⁴⁹ V. Corte cost., 18 luglio 2024, n. 135, cit., punto 7.2 del *Considerato in diritto*, che richiama Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, cit., punti 8 e 9 del *Considerato in diritto*.

⁵⁰ V. Corte cost., 18 luglio 2024, n. 135, cit., punto 7.3 del *Considerato in diritto*.

⁵¹ Sul tema sono certamente illuminanti le considerazioni di P. ZATTI, *L'incompiuta e il diritto alla propria morte. In margine al Commento all'ord. GIP Firenze di Francesca Giardina e Paolo Malacarne*, cit., 429, secondo il quale la vita è la persona vivente; pertanto, laddove vivere implichi una mera sopravvivenza in uno stato di sofferenza intollerabile, “è umano, ed è cura aiutare chi chiede di essere aiutato a morire”.

⁵² V. V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè, Milano, 2018, 98, secondo il quale il dover essere della dignità è veicolato dal principio di autodeterminazione.



considerare ciò che, invece, nell'ordinanza e nella sentenza precedenti era emerso con forza dirompente, ossia il collegamento tra la dignità del soggetto gravemente malato e la sofferenza delle persone a lui più vicine⁵³. È, in particolare, da quest'angolo visuale che si erano ritenuti sussistenti gli estremi di un conflitto con il principio di dignità, rilevando come la previsione di "un'unica modalità per congedarsi dalla vita" avrebbe costretto il paziente "a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità del morire", anche nella prospettiva delle sofferenze cui potevano essere esposte "le persone che gli sono care"⁵⁴.

3.1. – La scelta della Corte costituzionale di adottare una linea interpretativa moderatamente estensiva del concetto di trattamento di sostegno vitale pare, in realtà, mal conciliarsi con l'asserita mancanza di profili di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. Invero, le due parti della sentenza, l'una diretta a contestare le censure di presunta illegittimità, e l'altra rivolta, invece, verso un seppur modesto ampliamento delle condizioni per accedere al suicidio medicalmente assistito, certamente appaiono tra loro non ben coordinate. In questa prospettiva, sarebbe stato maggiormente coerente con l'impianto logico di questa nonché delle decisioni precedenti accogliere almeno una delle questioni sollevate nell'ordinanza di rimessione – quale, in particolare, quella relativa all'irragionevole disparità di trattamento – dichiarando la parziale illegittimità costituzionale della disposizione normativa, laddove, in presenza degli ulteriori requisiti richiesti, considera punibile la condotta agevolativa del suicidio di un soggetto che dipenda da trattamenti di natura assistenziale, anche praticati da personale non specializzato, che consentano l'espletamento di funzioni vitali⁵⁵.

Peraltro, la Corte costituzionale, non solo mostra di avere perfetta contezza delle decisioni di segno opposto adottate da una serie di giudici stranieri anche costituzionali, che hanno tratto dal diritto alla libera autodeterminazione nello sviluppo della propria personalità, nonché dal principio di dignità umana, l'esistenza di un diritto fondamentale a disporre della propria vita anche mediante l'aiuto di terzi⁵⁶, ma, laddove si tratta di valutare il presunto contrasto con l'art. 8 CEDU, quale parametro interposto di legittimità costituzionale ex art. 117 Cost., non esita a riferirsi ad alcune decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nelle quali si afferma espressamente che il diritto di decidere con quali mezzi e a che punto la propria vita finirà rappresenti una delle articolazioni del più ampio diritto al rispetto della propria vita privata⁵⁷.

⁵³ Sul punto v. A. NICOLUSSI, *op. cit.*, 214, secondo il quale l'idea che una morte più veloce sia anche nell'interesse delle persone care sarebbe inaccettabile in quanto "il coinvolgimento dei familiari in queste situazioni è indiscutibile, ma è discutibile che la sorte di una persona possa dipendere o essere condizionata da un interesse, di qualunque genere e anche di carattere emotivo, di altre persone".

⁵⁴ V. Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, cit., punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁵⁵ M. DOGLIOTTI, *Il faticoso e difficile cammino della Corte costituzionale verso l'affermazione di un dignitoso fine vita*, in *Fam. dir.*, 2014, 1083.

⁵⁶ Il riferimento espresso, di cui al par. 7.2 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 135/2024, è, in particolare, a: *Tribunal constitucional*, 22 marzo 2023, consultabile su *biodiritto.org*, 73 ss., in relazione al combinato disposto degli artt. 10 e 15 della *Constitución española*; *Verfassungsgerichtshof*, 11 dicembre 2020, in *biodiritto.org*, par. 73 s., sulla base dell'art. 8 della CEDU; *Bundesverfassungsgericht*, 26 febbraio 2020, il cui testo è consultabile su *biodiritto.org* sia in lingua originale sia in versione tradotta a cura dell'Avv. dello Stato R. de Felice, par. 208 – 213, sulla base degli artt. 1 e 2 del *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*.

⁵⁷ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2011, *Hass c. Svizzera*, il cui testo è consultabile su *biodiritto.org*, par. 51, in cui si afferma che: "... the Court considers that an individual's right to decide by what means and at what point his or her life will end, provided he or she is capable of freely reaching a decision on this question and acting in consequence, is one of the aspects of the right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention"; 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, par. 67, il cui testo è consultabile su *biodiritto.org*, in cui si afferma che: "The applicant in this case is prevented by law from exercising her choice to avoid what she considers will be an undignified and distressing end to her life. The Court is not prepared to exclude that



Tuttavia, sempre richiamando la giurisprudenza della Corte Edu, secondo cui, in mancanza di un esteso consenso tra i vari ordinamenti dei Paesi del Consiglio d'Europa, è legittimo che ciascuno di essi mantenga un considerevole margine di apprezzamento in ordine al bilanciamento tra i diritti in gioco⁵⁸, si ritiene di pervenire ad una diversa conclusione, affermando che non sussistano profili di incostituzionalità della disposizione censurata e dichiarando, quindi, non fondata la relativa questione di illegittimità. E ciò nell'ottica di evitare, in adempimento del dovere di tutela della vita umana, il duplice ordine di rischi che un ulteriore ampliamento dello spazio riconosciuto all'autonomia della persona, nel contesto del suo fine vita, comporterebbe.

a) In primo luogo, l'introduzione di una legislazione permissiva, che estenda la portata della decriminalizzazione delle condotte agevolative del suicidio, potrebbe creare, in assenza di adeguate garanzie sostanziali e procedurali, una "pressione sociale indiretta", spingendo alcune categorie di persone, tendenzialmente fragili, a volersi dare la morte anzitempo⁵⁹. E, seguendo l'iter argomentativo sviluppato dalla Corte costituzionale, l'ordinamento non potrebbe permettersi di correre tale rischio⁶⁰, stante il dovere di tutelare il bene vita non solo perseguendo le condotte abusive poste in essere da soggetti terzi a danno della persona che compia la scelta di fine vita ma anche evitando il prodursi di quello che la *Supreme Court of United Kingdom* e il *Bundesverfassungsgericht* tedesco hanno definito "un fenomeno di normalizzazione del suicidio"⁶¹, che

this constitutes an interference with her right to respect for private life as guaranteed under Article 8 § 1 of the Convention". Nello stesso senso, più di recente, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 giugno 2024, *Dániel Karsai v. Hungary*, par. 135, il cui testo è consultabile su hudoc.echr.coe.int, in cui si legge che: "The Court observes that anyone who provides assistance to suicide in Hungary, or to a Hungarian national abroad, can be punished under Hungarian criminal law ... Given the applicant's physical condition and the fact that he is in Hungary, this is effectively equivalent to denying him the possibility to end his life on his own terms, at home or abroad, thereby interfering with his right to respect for his private life".

⁵⁸ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2011, *Hass c. Svizzera*, cit., par. 55, in cui si afferma che: "the research conducted by the Court enables it to conclude that the member States of the Council of Europe are far from having reached a consensus with regard to an individual's right to decide how and when his or her life should end...It follows that the States enjoy a considerable margin of appreciation in this area"; 13 giugno 2024, *Dániel Karsai v. Hungary*, cit., par. 144, in cui si legge che: "In view of the foregoing and noting that this subject continues to be one that raises extremely sensitive moral and ethical questions, and one on which opinions in democratic countries often profoundly differ ..., the States must be granted a considerable margin of appreciation ... From the perspective of Article 8 this margin extends both to their decision to intervene in this area and, once they have intervened, to the detailed rules laid down in order to achieve a balance between the competing interests ... Having said that, the Court would reiterate the long-established principle that even when the margin of appreciation is considerable it is not unlimited and is ultimately subject to the Court's scrutiny".

⁵⁹ V. Corte cost., 18 luglio 2024, n. 135, cit., punto 7.2 del *Considerato in diritto*.

⁶⁰ In argomento rileva la metafora del c.d. pendio scivoloso, che richiama l'attenzione sul rischio che la portata di una legislazione, in un primo momento, permissiva in ordine all'aiuto medico al suicidio in circostanze particolari e ben delimitate, venga, successivamente, ampliata considerevolmente (in questo senso v. il Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18 luglio 2019, 17 ss., consultabile su [bioetica.governo.it](https://www.bioetica.governo.it)).

⁶¹ V. *Supreme Court of the United Kingdom*, 25 giugno 2014, *Nicklinson and another v. Ministry of Justice*, par. 228, il cui testo è consultabile su [biodiritto.org](https://www.biodiritto.org), in cui si afferma che: "... The legalisation of assisted suicide would be followed by its progressive normalisation, at any rate among the very old or very ill. In a world where suicide was regarded as just another optional end-of-life choice, the pressures which I have described are likely to become more powerful".

Sul punto v. *Bundesverfassungsgericht*, 26 febbraio 2020, cit., con cui è stato dichiarato illegittimo il § 217 del *Strafgesetzbuch*, che nel 2015 aveva introdotto il reato di agevolazione commerciale del suicidio. Tale disposizione si inseriva in un contesto in cui convivevano la punibilità dell'omicidio del consenziente e la generale liceità dell'aiuto al suicidio, a prescindere dalla natura egoistica o altruistica dei motivi dell'agente. Tuttavia, la preoccupazione per il diffuso sfruttamento delle richieste di aiuto al suicidio da parte dei privati, i quali agivano a scopo di lucro e nell'ambito di un'attività professionalmente organizzata e continuativa, aveva condotto il legislatore ad introdurre una norma, il § 217 del codice penale per l'appunto, nell'ottica di reprimere questo fenomeno (v. F. LAZZERI, *La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma "commerciale"*, in *Sistema penale*, 2020, 1 ss., consultabile su [sistemapenale.it](https://www.sistemapenale.it)). In particolare, come si apprende da tale pronuncia, secondo la valutazione del legislatore sussisteva il rischio che, attraverso offerte di aiuto al suicidio in forma professionale, si diffondesse l'idea di "una normalità ovvero addirittura della disponibilità sociale dell'aiuto al suicidio", generando "una sorta di pressante aspettativa"



abbia l'effetto di far percepire come comprensibile e, quindi, assecondabile la determinazione volitiva di chi, perché ad esempio malato o solo o depresso, si sia convinto di essere ormai divenuto un peso per i propri familiari e per l'intera società.

È, quindi, apparso opportuno procedere frapponendo il limite della tutela della vita umana, nell'ottica di arginare una più ampia decriminalizzazione, ad un ulteriore ampliamento della portata del diritto della persona di porre fine alla propria esistenza mediante l'aiuto altrui⁶². In particolare, si richiama il principio della tutela minima della vita umana, ribadendo come il compito del giudice costituzionale non sia quello di sostituirsi al legislatore nell'individuazione del punto di equilibrio in astratto più appropriato tra il diritto all'autodeterminazione di ciascun individuo sulle questioni che attengono alla propria esistenza e le contrapposte istanze di tutela della vita, bensì, soltanto, quello di "fissare il limite minimo, costituzionalmente imposto alla luce del quadro legislativo oggetto di scrutinio, della tutela di ciascuno di questi principi", restando poi ferma la possibilità per il legislatore di individuare soluzioni che assicurino all'uno o all'altro un diverso livello di protezione, anche più intenso⁶³.

In questo specifico ambito, sembra, pertanto, che la previsione normativa di cui all'art. 580 c.p., come interpretata alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale da ultimo con la sentenza del 2024, sia da intendersi una regolamentazione a contenuto costituzionalmente vincolato, nel senso che accorda, cioè, quel "minimo di tutela" che risulta imposto in relazione a determinate situazioni. Da qui l'attribuzione di un significativo spazio di discrezionalità al legislatore, "al quale spetta primariamente il compito di offrire una tutela equilibrata a tutti i diritti di pazienti che versino in situazioni di estrema sofferenza", fermo restando il dovere di assicurare loro sia tutte le terapie appropriate, incluse quelle necessarie a ridurre le sofferenze determinate dalle patologie da cui sono affetti "a proporzioni tollerabili" sia ogni sostegno di natura assistenziale, economica, sociale e psicologica di cui necessitano⁶⁴.

b) In secondo luogo, per giustificare la scelta di non estendere la non punibilità anche a chi assista un soggetto che soddisfi tutti i caratteri del potenziale fruitore del suicidio assistito tranne quello della dipen-

soprattutto su soggetti anziani e malati, i quali avrebbero percepito "una normalizzazione sociale del suicidio assistito" (v. traduzione a cura dell'Avv. dello Stato R. de Felice della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 26 febbraio 2020, cit., par. 229). Tuttavia, nel 2020 è intervenuto il BVerfG, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il § 217 StGB, ritenendo che limitasse indebitamente il diritto di decidere come morire, che include anche la possibilità di porre fine alla propria vita mediante l'aiuto di terzi e non solo nel contesto di malattia incurabili. In questa prospettiva, dunque, il suicidio diventa "manifestazione, seppur estrema, del diritto di autodeterminazione responsabile" (v. L. RISICATO, *Suicidio assistito e dipendenza da trattamenti di sostegno vitale di nuovo all'attenzione della Consulta*, in *Il QG*, 5 aprile 2024, consultabile su *altalex.com*).

⁶² Peraltro, negli arresti precedenti della Corte, si è ritenuto che l'ampliamento della portata del diritto di porre fine alla propria vita mediante l'aiuto altrui dovesse, a sua volta, limitare una criminalizzazione *tout court* delle condotte agevolative del suicidio. Li definisce "controlimiti al diritto di morire" F. VIGANÒ, *Diritti fondamentali e diritto penale al congedo della vita: esperienze italiane e straniere a confronto*, in *Sistema penale*, 2023, 30 s.

⁶³ V. Corte cost., 18 luglio 2024, n. 135, cit., punto 7.2 del *Considerato in diritto*.

⁶⁴ V. Corte cost., 18 luglio 2024, n. 135, cit., punto 10 del *Considerato in diritto*, in cui al di là dell'auspicio che il legislatore e il servizio sanitario nazionale intervengano prontamente per assicurare concreta e puntuale attuazione ai principi fissati dai precedenti arresti e precisati dalla presente decisione, si conferma lo stringente appello, già contenuto nella sentenza n. 242/2019 (v. punto 2.4. del *Considerato in diritto*), affinché, sull'intero territorio nazionale, sia garantito a tutti i pazienti, inclusi quelli che si trovano nelle condizioni per essere ammessi alla procedura di suicidio assistito, una effettiva possibilità di accesso alle cure palliative appropriate per controllare la loro sofferenza, secondo quanto previsto dalla legge 15 marzo 2010, n. 38. Peraltro, come sottolineato dalla Corte sin dall'ordinanza n. 207/2018 (v. punto 10 del *Considerato in diritto*), si ribadisce la necessità di evitare che "l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza – in accordo con l'impegno assunto dallo Stato con la citata legge n. 38 del 2010 – sì da porlo in condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza".



denza da trattamenti di sostegno vitale, la Corte mostra di condividere la preoccupazione, espressa dalla Corte Edu da ultimo nella sentenza resa sul caso *Karsai v. Hungary*, in ordine ad un ulteriore rischio, connesso alle difficoltà di accertamento dell'autenticità della richiesta⁶⁵. In particolare, sarebbe estremamente complesso, se non addirittura impossibile nelle situazioni più gravi in cui il paziente perde la capacità di comunicare, verificare la sussistenza di una decisione autonoma e realmente libera da influenze esterne.

Ora, entrambi i rischi, l'uno connesso al teorizzato indebolimento della tutela del bene vita, l'altro relativo invece alle concrete difficoltà di accertamento di una volontà autentica di accedere alla procedura di suicidio medicalmente assistito, sembrano in realtà potersi sovrapporre e dovrebbero quindi essere letti come un unico rischio, posto che il primo non può che intendersi assorbito dal secondo.

Invero, l'affermazione secondo cui l'ordinamento avrebbe il dovere di tutelare la vita degli stessi soggetti che intendono porvi fine di fronte a condotte altrui, consistenti (non solo in un'istigazione ma anche) in un'agevolazione del suicidio, si rivela quantomai apodittica se riferita a chi chiede liberamente e consapevolmente di essere aiutato a morire⁶⁶, in quanto, se ormai può dirsi scardinato il dogma dell'assoluta indisponibilità della vita, ciò che dovrebbe rilevare su un piano strettamente giuridico è l'accertamento dell'autenticità della scelta. In questa logica, la perseguibilità del reato deve intendersi non volta a proteggere la vita in sé come bene indisponibile ma diretta a garantire che la condotta agevolativa "non sia assunta quale effetto di una volontà viziata e immatura, ovvero manifestata in circostanze che non consentono adeguate opportunità di ripensamento"⁶⁷.

Pertanto, in una prospettiva laica, il vero e unico rischio sotteso a quella che è ormai diventata una questione politica, di esclusiva competenza del legislatore, riguarda l'accertamento della volontarietà della scelta di fine vita e, quindi, attiene alla necessità di individuare i criteri in base ai quali ritenerla pienamente libera e autonoma⁶⁸, considerato che, trattandosi della condotta autolesiva per eccellenza, lo *standard* di volontarietà richiesto nonché le garanzie procedurali previste per il relativo accertamento dovranno essere di livello particolarmente elevato⁶⁹.

4. – La necessaria sussistenza del requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, in uno con le altre condizioni di natura sostanziale e procedurale richieste dalla sentenza n. 242/2019 ai fini dell'accesso alla procedura di suicidio medicalmente assistito, è stata ribadita nel suo ultimo arresto dalla Corte costituzionale, la quale, pur ampliandone la portata applicativa, ne ha comunque confermato l'indispensabilità⁷⁰.

⁶⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 giugno 2024, *Dániel Karsai v. Hungary*, cit., par. 151, in cui si afferma che: "*the Court notes that both of the experts heard by the Court referred to the challenges in ensuring that a patient's decision to use PAD is genuine, free from any external influence and is not underpinned by concerns which should be effectively addressed by other means ... the Court notes that both of the experts heard by the Court referred to the challenges in ensuring that a patient's decision to use PAD is genuine, free from any external influence and is not underpinned by concerns which should be effectively addressed by other means ... Ensuring the ongoing validity of the request can be particularly difficult in the case of medical conditions, such as ALS, where patients might ultimately lose the ability to communicate ... In any case, the Court understands ... which both experts considered to be a necessary precondition for considering recourse to PAD*".

⁶⁶ M. DOGLIOTTI, *Il faticoso e difficile cammino della Corte costituzionale verso l'affermazione di un dignitoso fine vita*, cit., 1082.

⁶⁷ G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, 230.

⁶⁸ V. S. CANESTRARI, *op. cit.*, 11.

⁶⁹ Sul punto v. le ampie riflessioni di L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, Giappichelli, Torino, 2008, 53 ss., la quale vede nella "tutela della «morte con dignità»" "il banco di prova di un (denegato) diritto penale «laico»".

⁷⁰ V. L. D'AVACK, *Suicidio assistito. Vi spiego perché il requisito del "sostegno vitale" è irragionevole*, in *Il Dubbio*, 17 giugno 2024, consultabile su *ristretti.org*, il quale ritiene che il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale al più avrebbe dovuto essere considerato aggiuntivo, posto che qualificarlo come necessario "crea una discriminazione irragionevole e incostituzio-



Cosicché, ad oggi, al di là delle ipotesi in cui sia consentito adottare una lettura estensiva di questo requisito, non è possibile riscontrarlo nei casi in cui i soggetti interessati non beneficino di alcun supporto meccanico per l'espletamento delle loro funzioni vitali né siano sottoposti a terapie farmacologiche salvavita o a trattamenti di natura assistenziale la cui sospensione ne comporterebbe il decesso.

Pertanto, tale requisito ha ormai assunto una portata generale, travalicando i confini della situazione peculiare su cui è stato ritagliato, nonché una funzione qualificante rispetto a quello della malattia irreversibile, nel senso che non ogni patologia ritenuta non più trattabile chirurgicamente o farmacologicamente e, quindi, priva di qualsiasi prospettiva di guarigione può, di per sé sola, consentire al malato, che lo scelga in libertà e consapevolezza, di ottenere un aiuto per liberarsi dalle sofferenze intollerabili che è costretto a patire.

Ora, a ben guardare, l'opzione interpretativa prescelta dalla Corte costituzionale, sin dall'ordinanza del 2018 che per prima ha individuato la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale quale condizione necessaria per accedere alla procedura, rivela la chiara intenzione di "oggettivizzare" quanto più possibile i requisiti richiesti al fine di attribuire rilevanza all'interesse ad ottenere un aiuto a morire in presenza di una malattia irreversibile e di una sofferenza intollerabile. Tuttavia, come emerge dalla prassi e come rilevato da autorevole dottrina, questo stato di dipendenza, di dubbia definizione già sul piano scientifico prima ancora che su quello giuridico⁷¹, ha rappresentato e continua a rappresentare "un argine precario"⁷², contribuendo a ledere la già frustrata effettività della tutela che la Corte costituzionale ha più volte affermato di voler garantire in ordine alla concreta accessibilità alla procedura di suicidio medicalmente assistito⁷³. Non può, dunque, che

nale tra quanti sono mantenuti in vita artificialmente e quanti pure affetti da patologia anche gravissima e con forti sofferenze, non lo sono o non lo sono ancora".

⁷¹ V. F. GIARDINA-P. MALACARNE, *op. cit.*, 358.

⁷² V. P. ZATTI, *L'incompiuta e il diritto alla propria morte. In margine al Commento all'ord. GIP Firenze di Francesca Giardina e Paolo Malacarne*, cit., 429, secondo il quale la ricerca di un criterio che "oggettivizzi", mediante uno *standard*, le condizioni che consentano ad un soggetto consapevole, che abbia scelto di smettere di convivere con una patologia insostenibile, di essere ascoltato "è come cercare la pentola d'oro dove cade l'arcobaleno".

⁷³ Invero, non può non rilevarsi l'inadeguato impegno profuso dalle strutture del Servizio sanitario nazionale nell'attuazione delle previsioni di cui alla sentenza n. 242/2019 (sul punto, v. M. DOGLIOTTI, *Il faticoso e difficile cammino della Corte costituzionale verso l'affermazione di un dignitoso fine vita*, cit., 1086, spec. nota 44).

Sul sito dell'associazione Luca Coscioni è possibile cogliere le estreme difficoltà che i pazienti determinati ad avvalersi del suicidio medicalmente assistito incontrano a causa di lungaggini amministrative ed incertezze procedurali (v. in *associazione luca coscioni.it*). Paradigmatico il caso di "Anna", affetta da sclerosi multipla progressiva, la quale nel novembre 2022 invia alla propria ASL di competenza, ossia all'Azienda sanitaria universitaria Giuliano Isontina (ASUGI), la richiesta di verifica delle sue condizioni per accedere alla procedura. L'Azienda Sanitaria, però, non effettuava, per il tramite dei propri medici, alcun accertamento in ordine alla sussistenza delle condizioni previste dalla Corte costituzionale, ritenendo che il parere del Comitato etico fosse preliminare a tali verifiche. Veniva, quindi, interpellato il Comitato etico unico regionale che formulava un parere in cui indicava la procedura da seguire, confermando che la ASUGI avrebbe dovuto prima procedere alla verifica delle condizioni di "Anna" per poi richiedere al Comitato etico territorialmente competente il suo parere e, infine, emanare la relazione finale con indicazione del farmaco letale e delle metodiche della sua autosomministrazione. Nonostante ciò, la ASUGI continuava a non attivarsi, fornendo risposte incomplete e affermando che non sussistesse alcuna legge in tema di morte medicalmente assistita. L'*iter* segue con un ricorso d'urgenza ed un esposto al Presidente della Repubblica, fino al novembre 2023, quando, a seguito dell'ordinanza cautelare pronunciata dal Tribunale di Trieste che ha ordinato alla ASUGI di effettuare tutte le verifiche necessarie, "Anna" si è autosomministrata il farmaco letale a casa sua, circondata dalla sua famiglia. A commento della vicenda di "Anna", v. i rilievi critici di G. ROCCHI, *Diritto al suicidio per tutti?*, in *centrostudilivaito.it*, 4 settembre 2023.

Sul punto v. Corte cost. n. 135/2024, cit., punto 9 del *Considerato in diritto*, in cui si afferma che: "l'eventuale mancata autorizzazione alla procedura, da parte delle strutture del servizio sanitario pubblico, ben potrà essere impugnata di fronte al giudice competente, secondo le regole ordinarie". V. P. VERONESI, *A primissima lettura: se cambia, come cambia e se può ulteriormente cambiare il "fine vita" in Italia dopo la sentenza n. 135 del 2024*, cit., 19, il quale rileva come, nell'eventualità in cui siano frapposti ostacoli amministrativi alle decisioni dei malati, "pressoché certi nelle realtà più intrise di furore ideologico", il ricorso ai giudici sarà inevitabile.

Sul ruolo assunto dalla giurisprudenza in tale particolare contesto, v. L. D'AVACK, *Sospesi tra sentenze e (vuoti di) legge: quale diritto dovrà regolare il fine vita?*, in *Il Dubbio*, 23 luglio 2024, consultabile su *ristretti.com*.



ritenersi vana, in questo particolare contesto, la ricerca di uno *standard* rispetto al quale parametrare la situazione di fine vita, con riferimento sia alla gravità della malattia, già ritenuta irreversibile, sia all'intollerabilità delle sofferenze, che risulta evidentemente da una percezione soggettiva.

E, in questa prospettiva, si intende il motivo per il quale il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale rappresenti, come rilevato dalla stessa Corte, un *unicum* nel panorama legislativo e giurisprudenziale comparato dei vari ordinamenti che disciplinano la materia.

Per tutte queste ragioni, sembra auspicabile, come peraltro afferma la stessa Corte, un intervento normativo, che potrebbe anche prevedere, nel solco della linea interpretativa tracciata dalla Corte, il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale quale condizione necessaria per accedere alla procedura⁷⁴.

Così, lo scenario che si prospetta per il prossimo futuro è molto aperto: da un lato, non si può certamente escludere che la Corte costituzionale possa essere nuovamente interpellata; dall'altro, potrebbe finalmente raggiungersi un'intesa parlamentare che conduca all'approvazione di un testo condiviso che disciplini la materia⁷⁵; in ultimo, resta sempre la possibilità che si continui ad indugiare nell'attuale impasse, senza riuscire ad offrire agli interessi emergenti in questo particolare ambito una tutela adeguata.

Nel primo caso, la Corte costituzionale, dovendo fare i conti con l'interpretazione di un concetto, quale quello dei trattamenti di sostegno vitale, dal carattere strutturalmente aperto e, quindi, estremamente duttile sul piano interpretativo, "potrà far espandere ovvero contrarre a fisarmonica la formula dei trattamenti in parola, con esiti al momento del tutto inimmaginabili"⁷⁶, con ciò continuando ad alimentare il clima di incertezza che connota l'odierna regolamentazione della procedura di suicidio medicalmente assistito.

Nel secondo caso, invece, il legislatore, al cui ruolo è certamente assegnata centralità, come di consueto accade laddove si tratti di affrontare complesse questioni attinenti ai diritti della persona⁷⁷, potrebbe, avvalendosi del margine di discrezionalità connaturato alla sua funzione, intervenire nella ricerca "del punto di equilibrio in astratto più appropriato tra il diritto all'autodeterminazione di ciascun individuo sulla propria

⁷⁴ Invero, è attualmente in discussione al Senato il d.d.l. n. 104/2022, che riproduce, con limitatissime correzioni formali, il testo approvato dalla Camera in prima lettura il 10 marzo 2022, in seguito divenuto il disegno di legge n. 2553, recante disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita, e disciplina la facoltà di richiedere assistenza medica, al fine di porre fine volontariamente ed autonomamente alla propria vita, in presenza di specifici presupposti e condizioni. In particolare, l'art. 3, rubricato "Presupposti e condizioni", stabiliva che: "1. Può fare richiesta di morte volontaria medicalmente assistita la persona che, al momento della richiesta, abbia raggiunto la maggiore età, sia capace di intendere e di volere e di prendere decisioni libere, attuali e consapevoli, adeguatamente informata, e che sia stata previamente coinvolta in un percorso di cure palliative al fine di alleviare il suo stato di sofferenza e le abbia esplicitamente rifiutate o le abbia volontariamente interrotte. 2. Tale persona deve altresì trovarsi nelle seguenti concomitanti condizioni: a) essere affetta da una patologia attestata dal medico curante o dal medico specialista che la ha in cura come irreversibile e con prognosi infausta, oppure essere portatrice di una condizione clinica irreversibile, che cagionino sofferenze fisiche e psicologiche che la persona stessa trova assolutamente intollerabili; b) essere tenuta in vita da trattamenti sanitari di sostegno vitale, la cui interruzione provocherebbe il decesso del paziente".

⁷⁵ Condivisibilmente scettico rispetto alla possibilità che il legislatore, in presenza dell'attuale maggioranza parlamentare, scelga di intervenire è M. DOGLIOTTI, *Il faticoso e difficile cammino della Corte costituzionale verso l'affermazione di un dignitoso fine vita*, cit., 1086.

⁷⁶ V. A. RUGGERI, *La Consulta equilibrata sul filo del fine-vita (a prima lettura di Corte cost. n. 135 del 2024)*, cit., 931 s. e 934, secondo il quale, avendo la Corte scelto, pur senza dare luogo ad un generale ripensamento delle condizioni fissate nelle pronunce del 2018 e del 2019, di dilatare in misura sensibile la portata del requisito dei trattamenti di sostegno vitale, "è ormai chiaro che è su questo terreno che si giocherà d'ora innanzi la partita", ossia sul piano dell'interpretazione di tale formula, definita "sibillina", che certamente "agevola la messa in atto di una manovra adattabile ai peculiari connotati di ciascun caso", "volta ad evocare in campo plurimi operatori dal cui concorso dipende l'esito del bilanciamento tra i principi coinvolti in alcune esperienze particolarmente dolorose di fine vita".

⁷⁷ Tra i numerosi, si pensi al recente caso della disforia di genere, su cui v. Corte cost., 23 luglio 2024, n. 143, in *dejure.it*.



esistenza e le contrapposte istanze di tutela della vita umana”, anche individuando “soluzioni che assicurino all’uno o all’altro una tutela più intensa”⁷⁸.

Così, a differenza della giurisprudenza costituzionale, la quale resta “vincolata nei suoi sviluppi dal materiale normativo già ospitato nell’ordinamento”, “non potendo aggiungere “pezzi” che in esso non si “incastrino” (quasi) alla perfezione”, il legislatore, non dovendo sottostare a tale limite, potrebbe, pur rispettando i principi fissati dalla Corte⁷⁹, introdurre un testo che, nel disciplinare l’aiuto medico a morire, sia in grado di andare oltre quanto già previsto dalla legge n. 219/2017⁸⁰ e reinterpretato dall’ordinanza n. 207/2018 e dalla sentenza n. 242/2019, alla luce delle precisazioni da ultimo apportate con la sentenza n. 135/2024⁸¹.

Con riferimento ad una possibile riforma della materia, ci si deve però chiedere se è ragionevole che lo stesso criterio del sostegno vitale venga contemplato in un eventuale intervento normativo, quale condizione necessaria per accedere alla procedura di aiuto medico a morire⁸². E, inoltre, la sussistenza della dipendenza da tali trattamenti è effettivamente rilevante ai fini della tutela degli interessi e dei valori coinvolti? E, laddove si risponda negativamente ad entrambi i quesiti, sulla base di quale principio il legislatore potrebbe andare oltre l’esistente, ridefinendo la portata sostanziale della tutela da attribuire agli interessi emergenti in questo particolare contesto?

Ora, la Corte ha inteso tracciare una netta linea di demarcazione tra le vicende che riguardano i soggetti dipendenti da trattamenti di sostegno vitale, nell’accezione moderatamente ampliata adottata con il suo ultimo arresto, e quelle, invece, che afferiscono a coloro i quali, pur essendo affetti da una malattia irreversibile che procura loro sofferenze intollerabili, non versino in una situazione di dipendenza da tali trattamenti. Cioché, posta l’eterogeneità di queste situazioni, non ricorrerebbero gli estremi per ritenere irragionevole precludere, in assenza di tale requisito, la possibilità di accesso alla procedura di aiuto a morire e, pertanto, non sussisterebbe alcuna disparità di trattamento.

E ciò in quanto, stante il riconoscimento dell’esistenza di un nesso inscindibile tra la disciplina dell’aiuto al suicidio e quella di cui alla legge n. 219/2017 quale punto di riferimento nella definizione di ciò che il paziente può decidere di rifiutare o sospendere, le uniche condotte ammesse sarebbero quelle consistenti nell’agevolazione del suicidio di un soggetto che, ai sensi dell’art. 1, comma 5, potrebbe già avvalersi del diritto alla rinuncia o al rifiuto di “trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza”.

⁷⁸ V. Corte cost., 18 luglio 2024, n. 135, cit., punto 7.2 del *Considerato in diritto*.

⁷⁹ V. Corte cost., 18 luglio 2024, n. 135, cit., punto 7.2 del *Considerato in diritto*.

⁸⁰ V. P. ZATTI, *L’incompiuta e il diritto alla propria morte. In margine al Commento all’ord. GIP Firenze di Francesca Giardina e Paolo Malacarne*, cit., 428, il quale definisce la legge n. 219/2017 “una ben riuscita “incompiuta” non solo dal punto di vista applicativo ma anche perché “come tale è stata concepita dal legislatore”. Si ritiene, in particolare, che alla libera decisione di non lottare più contro il male segua “un accompagnamento nel declivio che conduce alla soglia del morire, un “aiuto medico” per “lasciar cadere” una morte dignitosa e con la minor sofferenza possibile”. In questa prospettiva, tale legge, pertanto, non si occupa di aiuto al suicidio, anche se “fuor di dubbio è un aiuto attivo ad attuare la scelta di consegnarsi alla morte secondo dignità”, e su questa linea “si ferma e volutamente tace: la legge è passata, qualcuno ha detto, “per un miracolo”; se non avesse taciuto, non sarebbe passata” (corsivi dell’A.).

⁸¹ In questo senso v. P. VERONESI, *A primissima lettura: se cambia, come cambia e se può ulteriormente cambiare il “fine vita” in Italia dopo la sentenza n. 135 del 2024*, cit., 11 s.

⁸² Auspica un mutamento di paradigma dell’assetto giuridico in tema di scelte di fine vita T. VITARELLI, *Verso la legalizzazione dell’aiuto (medico) a morire? Considerazioni “multilivello”*, in *Sistema penale*, 2022, 36 ss., ritenendo, a tal fine, necessaria l’introduzione di una legge permissiva seppur condizionata, che, senza trasformare l’aiuto a morire in una normale modalità di soluzione dei problemi, lo sottoponga però a precise regole, di carattere sostanziale e procedurale. Si dovrebbe trattare, in altri termini, di condizioni non eccessivamente stringenti da legittimare l’aiuto a morire soltanto a favore dei soggetti affetti da patologie irreversibili, sottoposti a terapie o a tecniche artificiali di sopravvivenza, con sofferenze intollerabili o in fase terminale, in quanto, al di là di questi estremi, “esistono situazioni esistenziali e mentali parimenti dolorose e immutabili, in cui l’ultima speranza rimasta è morire”.



Se così è, l'unico ostacolo per poter accostare le due situazioni, connotate in realtà dalla medesima gravità per quanto attiene al soggetto richiedente e da un'identica carica offensiva per quanto riguarda la posizione del terzo agevolatore⁸³, risiederebbe nell'impossibilità per la Corte costituzionale di fornire un apporto interpretativo distonico e contrastante rispetto alla regolamentazione normativa esistente. Ne deriva che, laddove intervenisse, il legislatore potrebbe, invece, avvedendosi delle ingiustificate disparità di trattamento tra le suddette situazioni, optare per l'eliminazione del requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, quale condizione di accesso alla procedura di aiuto medico a morire⁸⁴.

Invero, la previsione di una diversa disciplina tra chi è dipendente da tali trattamenti e chi non lo è non appare giustificata, in quanto l'avverarsi di questa condizione, come aveva condivisibilmente rilevato il G.i.p. di Firenze, scaturisce da circostanze del tutto accidentali, legate alle peculiarità dei casi concreti, essendo strettamente connesse allo stato clinico generale della persona interessata, al modo di manifestarsi della malattia, alla natura delle terapie disponibili in un certo tempo e in un dato luogo, nonché ad un eventuale rifiuto opposto *ab origine* dal paziente⁸⁵. Pertanto, non porre tali situazioni sul medesimo piano in punto di trattamento giuridico appare del tutto irragionevole e, quindi, foriero di ingiuste disparità⁸⁶, in quanto la sussistenza o meno di questo requisito non incide in alcun modo né sull'irreversibilità della malattia né sull'intollerabile sofferenza che ne deriva, che "costituiscono aspetti slegati da un dato – ... del tutto casuale – quale il tipo di trattamento che il paziente riceve in un dato momento"⁸⁷.

Inoltre, la sussistenza o meno del requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale appare del tutto irrilevante ai fini della tutela dei diritti e dei valori di cui la Corte assume necessario il bilanciamento in tali vicende di fine vita. In particolare, come peraltro affermato in più occasioni dalla stessa Corte⁸⁸, se la *ratio* della regolamentazione della fattispecie di suicidio medicalmente assistito risiede nella necessità, costituzionalmente imposta, di tutelare non solo le persone più fragili ma qualunque soggetto da condotte autolesive che possano essere, per le ragioni più varie, non sufficientemente ponderate, risulta evidente che il ricorrere di una situazione di dipendenza da trattamenti di sostegno vitale non rappresenti una condizione utile e ne-

⁸³ V. Trib. Firenze, sez. Giudice per le indagini preliminari, 17 gennaio 2024, cit., punto 3.1, in cui si afferma l'irragionevolezza della differenziazione di disciplina tra tali situazioni, considerato che: "l'unico elemento che in ipotesi le distingue – la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale – non porta con sé, se presente, alcun elemento di segno positivo tale da giustificare una considerazione più benevola da parte dell'ordinamento, né esprime, se assente, maggiore meritevolezza o bisogno di pena dei terzi agevolatori".

⁸⁴ In questa prospettiva, il d.d.l. C. 3101/2021 (c.d. d.d.l. Bazoli) rappresentava un progetto del tutto insoddisfacente, in quanto in esso si continuava a fare riferimento ai "trattamenti di sostegno vitale" (sul punto v. V. DURANTE, *Quando continuare a vivere diventa intollerabile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1368 s.).

⁸⁵ V. Trib. Firenze, sez. Giudice per le indagini preliminari, 17 gennaio 2024, cit., punto 3.1.

⁸⁶ In questo senso, v., tra gli altri, F. GIARDINA-P. MALACARNE, *op. cit.*, 358, in cui, dopo aver ritenuto irragionevole differenziare le situazioni di chi dipenda o meno da trattamenti di sostegno vitale, si afferma che "la vita è cosa diversa dalla mera sopravvivenza e la malattia insopportabile è già, di per sé, un allontanamento dalla vita", così "se la morte altro non è che il pedaggio da pagare alla vita, quando il processo del morire è intollerabilmente doloroso, il pedaggio diviene un prezzo esorbitante, poiché quello che conta davvero non è la morte in sé, ma l'agonia che la precede".

⁸⁷ V. Trib. Firenze, sez. Giudice per le indagini preliminari, 17 gennaio 2024, cit., punto 3.1.

⁸⁸ Come affermato nell'ordinanza n. 207/208 e nella sentenza n. 242/2019 e ribadito in Corte cost., 2 marzo 2022, n. 50, in *dejure.it*, punto 5.3 del *Considerato in diritto*, con cui è stata dichiarata l'inammissibilità del referendum abrogativo del reato consistente nell'omicidio del consenziente di cui all'art. 579 c.p. (su cui v., tra gli altri, M. AZZALINI, *La "scala Shepard" del fine vita. La Consulta e l'impervia road map dell'aiuto nel morire, tra tutela della vita e diritto al proprio sé*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 421 ss.; A. PUGIOTTO, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'inammissibilità degli effetti: metodo e merito della sentenza n. 50/2022*, in *Riv. AIC*, 2022, 83 ss., consultabile su rivistaaic.it; S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma un bilanciamento non costituzionalmente vincolato? Prime note alla sentenza n. 50 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa*, 2022, consultabile su *diritticomparati.it*).



cessaria ai fini del perseguimento di tale obiettivo di tutela. Invero, la presenza di questo requisito non è certamente indice di assenza di una condizione di vulnerabilità né è in grado di apportare alcunché in ordine all'autenticità della determinazione volitiva del soggetto richiedente l'aiuto⁸⁹.

Pertanto, sarebbe opportuno non confondere un'interpretazione etica con un approccio di stampo tendenzialmente paternalistico, sulla base del quale, in mancanza di interferenze esterne, un soggetto malato, in quanto fragile, viene sostanzialmente considerato incapace di assumere una scelta di siffatta portata, quasi a voler creare una categoria intermedia tra capacità e incapacità⁹⁰.

Cosicché, se è vero, come la Corte costituzionale ha già avuto modo in passato di affermare, che il divieto penalmente sanzionato di aiuto a morire “assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere”⁹¹, è anche vero che, laddove non sussista alcun condizionamento, non può ad oggi ritenersi ragionevole privare un soggetto affetto da una malattia irreversibile e perfettamente capace di autodeterminarsi della possibilità di congedarsi dalla vita per liberarsi delle sofferenze intollerabili che patisce, sol perché non sia (ancora) dipendente da trattamenti di sostegno vitale⁹².

4.1. – Con riferimento all'elaborazione di una disciplina su un tema così controverso, con forti implicazioni etiche, è inevitabile rilevare come allo stato il dibattito continui a risentire di una tendenza alla polarizzazione, che condiziona e vizia i termini del bilanciamento tra i beni costituzionalmente tutelati ritenuti in conflitto, ossia l'autodeterminazione e la dignità, da un lato, e la vita, dall'altro.

In realtà, però, si dovrebbe tentare di guardare il problema non attraverso una lente rigida, ma adottando quanto più possibile un approccio attento alla sostanza degli interessi emergenti, che sia in grado di identificare il reale⁹³ ed individuare i valori coinvolti in tali vicende di fine vita, valorizzandone la dimensione intersoggettiva⁹⁴. Così, di fronte ai progressi della scienza e della tecnica che consentono oggi, da un lato, di procrastinare il termine dell'esistenza e, dall'altro, di anticiparlo, mediante la somministrazione o l'autosomministrazione di una sostanza letale, l'ordinamento è chiamato a verificare se, in questo contesto, sia possibile riscontrare l'esistenza di uno o più valori giuridici, che siano realmente espressivi degli interessi dei consociati e che possano intendersi da essi condivisi.

Ed è da questo angolo di osservazione che si rileva come, talvolta, in situazioni patologiche gravi, connotate da insostenibili sofferenze, si verifichi un processo di oggettivazione del corpo, che inizia ad essere per-

⁸⁹ V. Trib. Firenze, sez. Giudice per le indagini preliminari, 17 gennaio 2024, cit., punto 3.1.

⁹⁰ V. M. DOGLIOTTI, *Il faticoso e difficile cammino della Corte costituzionale verso l'affermazione di un dignitoso fine vita*, cit., 1085.

⁹¹ Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, cit., punto 6 del *Considerato in diritto*; nello stesso senso, v. anche Corte cost., 2 marzo 2022, n. 50, cit., punto 5.3 del *Considerato in diritto*.

⁹² In questa prospettiva v. M. PICCINI, *Una legge “gentile” sull'aiuto medico a morire?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2023, 172, la quale, avviando una discussione attorno ad una “prova di testo normativo” in materia di aiuto medico a morire, predisposta dal gruppo di lavoro “Per un Diritto Gentile” nell'ottica di offrire uno spunto di riflessione politico – giuridica sul tema, richiama i requisiti di accesso previsti, ex art. 2, tra i quali non figura il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, in quanto ritenuto irragionevole, ma solo quelli della patologia irreversibile, delle sofferenze fisiche o psichiche che ne derivino e della capacità del soggetto di prendere decisioni libere e consapevoli.

⁹³ V. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Giuffrè, Milano, 1992, 269 ss.

⁹⁴ L. ROMANO, *op. cit.*, 861.



cepito come qualcosa di estraneo da sé, di cui volersi liberare⁹⁵. In altre parole, il corpo diviene un oggetto non più impregnato di quelle connotazioni di carattere soggettivo che lo rendevano “un luogo dell’io” né più contaminato da elementi affettivi ed identitari; da qui il venir meno dell’identificazione tra il sé e il corpo dell’individuo, cosicché il primo non si riconosce più nel secondo, tanto da non volerne più subire le sorti⁹⁶.

In questi casi, il soggetto, laddove sia costretto a vivere nel suo corpo in presenza di una patologia che lo affligge gravemente, può sperimentare una condizione di disidentificazione, destinata a permanere fintantoché non trovi realizzazione la sua personale determinazione volitiva, che, incidendo sulla sua sfera fisica, gli consente di liberarsi dalle sofferenze e riappropriarsi della sua dignità, realizzando istanze afferenti alla sua sfera spirituale⁹⁷; ed è proprio in questo momento che trova nuovamente composizione la dissociazione tra la sua realtà corporea e il suo sé.

Constatata, dunque, la sussistenza di questa esigenza reale⁹⁸, non si tratta più di capire quale delle due visioni, autonoma o eteronoma, debba prevalere, bensì di adeguare le regole alle situazioni di interesse che appaiono giuridicamente rilevanti se colte mediante un approccio complesso⁹⁹, funzionale alla valorizzazione della dimensione sociale¹⁰⁰ e, quindi, intersoggettiva di quel valore su cui converge una molteplicità di punti di vista diversi che si pongono tra loro in una relazione di reciproca comprensione, ossia della dignità umana¹⁰¹, volta al perseguimento del “bene integrale” della persona¹⁰². In altre parole, è assumendo la dignità come crite-

⁹⁵ V. U. GALIMBERTI, *Il corpo*, Feltrinelli, Milano, 1987, ristampa del febbraio 2021, 257 s., secondo il quale “solo il corpo può parlare della morte, e ne parla col suo silenzio. Noi comprendiamo la morte quando evitiamo di interrogare un corpo per non udire il suo silenzio, quando teniamo lontano la nostra vita dalle regioni in cui potremmo incontrare questo silenzio, rivelativo di un corpo degradato a oggetto, ricaduto nella condizione di “cosa”, essendo la cosa ciò che riposa in un’assoluta ignoranza di sé e del mondo”.

⁹⁶ V. P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, 70 ss., il quale definisce “disidentificazione” lo scollamento tra il proprio sé e il corpo “esperito qualche volta come prigioniero, qualche volta come qualcosa che si desidera lasciare o che è divenuto un “corpo estraneo””. Si verificano, in altri termini, quelle che sono state descritte come “le mutazioni di un uomo”, che non gli consentono più di identificarsi con il suo corpo (v. T. TERZANI, *La fine è il mio inizio*, Longanesi, Milano, 2006, 376 s.).

⁹⁷ R. DE STEFANO, *Il problema del diritto non naturale*, Giuffrè, Milano, 1955, 219 ss., assume che la persona umana sia un’entità ontologicamente complessa costituita da più sfere vitali, ciascuna delle quali è assiologicamente caratterizzata da determinati tipi di esistenza (fisica, organica, animata, spirituale), disposti in ordine ascendente e in un senso inclusivo-crescente.

Si può, dunque, ritenere che la dignità interessi tutti i diversi stadi della vita e sia, pertanto, chiamata a proteggere l’intero percorso vitale della persona, a partire dal concepimento e fino alla fase terminale dell’esistenza, in cui il dover essere della dignità è inteso a garantire al paziente “non solo ogni umana solidarietà, ma soprattutto ogni più appropriata assistenza psico-fisica consentita dalle circostanze date (ivi comprese terapie palliative e antidolore: art. 2, l. 219/2017), nel rispetto della sua particolare integrità e identità” (v. V. SCALISI, *op. cit.*, 95).

⁹⁸ Invero, se “raccontare il fatto è la necessaria premessa per trovare, capire, o formulare una norma”, “la narrazione dell’indegno può essere un punto d’appoggio per sottrarre il concetto giuridico di dignità ai rischi della vacuità” (P. ZATTI, *La dignità dell’uomo e l’esperienza dell’indegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 377).

⁹⁹ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir. Annali*, I, Giuffrè, Milano, 2007, 201 ss.

¹⁰⁰ V. M. TRIMARCHI, *L’introduzione alle scienze giuridiche di Angelo Falzea*, in questa *Rivista*, 2024, 6, il quale, richiamando il pensiero espresso da Angelo Falzea, rileva come il processo di adeguamento delle regole alle situazioni di interesse vada colto, con metodo complesso, in una dimensione sociale, ossia “nell’ambito della comunità come luogo dove le esigenze dei singoli e dei gruppi hanno origine, si sviluppano e si affermano”. Cosicché, sulla base del criterio della rilevanza giuridica, “un interesse e una condotta idonea a soddisfarlo integrano valori giuridici nella misura in cui sono conformi all’interesse fondamentale della società”.

¹⁰¹ V. V. SCALISI, *op. cit.*, 26, secondo il quale “il principio di dignità è indissociabile dal principio personalista, perché entrambi facce della stessa medaglia”; in quest’ottica, il primo non è “espressione di un singolo diritto (quello appunto alla dignità), bensì sintesi onnicomprensiva di tutti i possibili effetti giuridici, intesi a tradurre sul piano del dover-essere giuridico e delle corrispondenti modalità attuative l’essere (storico-reale) della persona quale identificato e definito dal principio personalista, al fine di assicurarne una reale *effettività* di tutela” (corsivi dell’A.).

¹⁰² Sul punto v. L. ROMANO, *op. cit.*, 861; E. FAZIO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: profili problematici*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 409, il quale, nel qualificare il principio di dignità umana quale criterio di controllo della legittimità delle determinazioni in tema di fine vita, afferma che “qualunque scelta legislativa sul fine vita non possa non confrontarsi con il principio di dignità, sia esso inteso quale principio oggettivabile oppure piuttosto come autorappresentazione di sé e del senso della vita e dunque priva di oggettività”.



rio non bilanciabile, ma semmai dirimente nell'operazione di bilanciamento di altri valori¹⁰³, che il legislatore può rilevare le analogie tra situazioni egualmente gravi e dolorose nonché i limiti a tali analogie.

Si tratta, però, a ben guardare, di un concetto di dignità che non solo non si può declinare in senso strettamente oggettivo, come se pertenesse a tutti gli uomini in egual misura e a tutte le vite umane che ne sono portatrici, ma non è neanche da intendersi in senso esclusivamente soggettivo, ossia afferente alla percezione personale che ogni soggetto ha del proprio vivere e del proprio morire¹⁰⁴. Ora, è evidente che, nell'individuazione di ciò che deve essere considerato “degno” per il paziente, non si possa prescindere dal suo personale convincimento nonché dalla sua consapevole determinazione volitiva; cosicché, ciò che da uno può essere percepito come degno, per un altro può apparire indegno¹⁰⁵. Tuttavia, non si può dubitare del fatto che dalla sofferenza patita a causa di malattie gravi e irreversibili, quindi intesa nella sua oggettività di realtà tangibile e condivisa, derivino interessi meritevoli di protezione giuridica e ciò indipendentemente dalla percezione soggettiva che il singolo ne può avere.

In questa prospettiva, la dignità, lungi dal sovrapporsi con l'autodeterminazione¹⁰⁶, come invece sostenuto dalla Corte nel suo ultimo arresto, pare invece in grado di veicolarla e conformarla, indirizzandola, sul modello del diritto di autodeterminarsi alla morte, di ben più ampia portata, elaborato dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco¹⁰⁷, verso la tutela dell'interesse a godere di una vita degna¹⁰⁸, mediante il riconosci-

¹⁰³ V. G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 2008, secondo cui: “La *supremitas* della dignità la innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. Essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima”.

¹⁰⁴ Un'interessante punto di vista, a tal riguardo, è quello di A. GORGONI, *L'aiuto al suicidio tra vita, autodeterminazione, integrità e dignità del malato*, in *Giur. it.*, 2020, 1057, il quale ritiene che la dignità debba essere intesa “non già secondo un'incongruente alternativa tra accezione soggettiva o oggettiva, ma più propriamente quale esito del concorso tra libertà e responsabilità della persona, da un lato, e dovere del soggetto (il medico) deputato ad apprestare le condizioni affinché questi due valori si inverino”. In questa logica, “la dignità del paziente si esprime nell'interazione tra il potere di decidere sul proprio corpo in coerenza con la propria identità e integrità e l'attività di supporto tecnico e professionale del medico”. Cosicché, laddove il paziente sia costretto a rimanere in vita “in spregio alla propria concezione del vivere”, ricorrerà “una lesione della sua dignità/identità”.

¹⁰⁵ V. S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine vita*, Giuffrè, Milano, 2012, 239, il quale sul tema ritiene preferibile che venga adottata “una normazione “leggera” e di garanzia – ad imitazione di quanto già accaduto, peraltro, dagli inizi degli anni '70 con la legislazione sul divorzio, sull'aborto e sul diritto di famiglia in generale – che consenta a ciascun individuo, nel perimetro dei “paletti” fissati dal Parlamento, di agire nel rispetto della *propria* interpretazione di dignità umana” (corsivo dell'A.).

¹⁰⁶ V. P. ZATTI, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, cit., 377, il quale rileva “un eccesso di malleabilità del concetto”, addirittura “una «vacuità» nascosta sotto un'apparente intensità di significato”, tanto che sul piano dell'applicazione casistica il fondamento stesso della dignità sembra annebbiarsi, “ma tutt'altro che vacua è l'esperienza della dignità; e tanto più l'esperienza dell'indegno”.

¹⁰⁷ V. *Bundesverfassungsgericht*, 26 febbraio 2020, cit., parr. 201 ss., in cui si afferma che il diritto di autodeterminarsi alla morte trovi fondamento nel più ampio “diritto generale della personalità”, che risulta da combinato disposto degli artt. 2, comma 1, e 1, comma 1, della *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, e, quindi, rispettivamente, dal diritto al libero sviluppo della propria personalità e dal principio dell'intangibilità della dignità umana. In questi casi, in altri termini, ricorre una decisione caratterizzata da un significato esistenziale, in quanto fondamentale espressione della capacità di autodeterminazione e di autoresponsabilità del soggetto, la cui portata non può essere limitata a particolari ipotesi nelle quali venga in rilievo una certa condizione di salute, ossia la sussistenza di malattie gravi o incurabili, o una certa fase della vita (v. par. 209). Invero, laddove l'esercizio di tale diritto venisse consentito solo in presenza di determinati presupposti, significherebbe che si è operata una valutazione delle motivazioni di colui che ha assunto la scelta di fine vita, che si porrebbe in contrasto con l'idea, su cui si basa il *Grundgesetz*, della dignità dell'uomo e del suo libero svolgimento in autonomia e autoresponsabilità (v. par. 210). In linea con i principi fissati dalla Corte costituzionale tedesca, si pone la sentenza della Corte costituzionale austriaca, la quale afferma che il diritto di decidere in ordine alla propria morte, in quanto aspetto inerente al principio del rispetto della propria vita privata previsto dall'art. 8 CEDU, non possa dipendere dalla sussistenza di patologie, condizioni personali o circostanze avverse della vita (v. *Verfassungsgerichtshof*, 11 dicembre 2020, cit., in G. BATTISTELLA, *Il reato di aiuto al suicidio al vaglio della Corte costituzionale austriaca*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, 322; A. DE PRETIS, *La Corte costituzionale austriaca cancella il divieto di assistenza al suicidio*, in *Nomos*, 2020, 2).

¹⁰⁸ In questo senso v. V. SCALISI, *op. cit.*, 26, il quale afferma che: “la *persona* è la sostanza mentre la *dignità* (quale complesso di diritti e doveri ad essa finalizzati) rappresenta la sua forma intrinseca di tutela” (corsivi dell'A.).



mento al malato, in presenza di adeguate garanzie di carattere sostanziale e procedurale¹⁰⁹, del diritto ad essere aiutato a morire per liberarsi dalle sofferenze. Cosicché, la fattispecie costitutiva di tale diritto risulterebbe da tre sole componenti essenziali, ossia la capacità di autodeterminarsi, la malattia irreversibile e la sofferenza fisica o psichica intollerabile, senza che rilevi in alcun modo il trattamento che tale malattia o tale sofferenza ricevano.

Verrebbe, dunque, in rilievo una situazione soggettiva autonoma, che deriva dalla combinazione del principio dell'intangibilità della dignità umana e del diritto di autodeterminazione, cui, in ambito convenzionale, ci si riferisce, ai sensi dell'art. 8 CEDU, con la pregnante espressione di "diritto al libero sviluppo della propria personalità"¹¹⁰. Un diritto, certamente "infelice"¹¹¹, ma prima di tutto "umano"¹¹².

¹⁰⁹ Con riferimento a questo profilo v. *La richiesta di aiuto medico a morire: raccomandazioni sul ruolo dei comitati etici e delle strutture pubbliche del Servizio Sanitario Nazionale*, versione del 30 settembre 2024 che tiene conto della sopravvenuta sentenza n. 135/2024, consultabile su dirittogentile.it, predisposta dal gruppo di lavoro "Per un diritto gentile" sul tema dell'aiuto medico a morire. In particolare, le dieci raccomandazioni proposte si fondano sui seguenti principi: la centralità della persona che chiede l'accesso a una procedura di aiuto medico a morire; l'importanza di poter contare su procedure chiare e trasparenti che consentano di gestire le richieste di aiuto medico a morire; la necessità che le procedure siano il più possibile uniformi, a garanzia dell'esigenza della parità di trattamento dei cittadini su tutto il territorio nazionale e per evitare trattamenti diversi e contrastanti, che darebbero luogo a inevitabili discriminazioni; l'importanza di chiarire la distinzione tra il ruolo delle strutture sanitarie del servizio pubblico competenti a esaminare la richiesta della persona, anche avvalendosi di una commissione tecnica eventualmente istituita per la verifica dei requisiti richiesti dalla sentenza n. 242/2019, e quello dei comitati etici, legato alla tutela dei diritti e dei valori della persona con riguardo alla situazione di particolare vulnerabilità in cui si trovi la persona richiedente.

¹¹⁰ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Pretty c. Regno Unito*, cit., par. 61, in cui si afferma che: "the concept of "private life" is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person... It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity... Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8 ... Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world". Nello stesso senso v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2011, *Hass c. Svizzera*, cit., par. 50 s., laddove si legge che: "In the light of this case-law, the Court considers that an individual's right to decide by what means and at what point his or her life will end, provided he or she is capable of freely reaching a decision on this question and acting in consequence, is one of the aspects of the right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention"; 19 luglio 2012, *Koch v. Germany*, par. 51 s.; 13 giugno 2024, *Dániel Karsai v. Hungary*, cit., par. 135, in cui si afferma che: "the Court considers that the applicant's interest in having access to PAD relates to core aspects of his right to respect for his private life enshrined in Article 8 of the Convention. It concerns respect for his autonomy, physical and mental integrity and for human dignity, which is the very essence of the Convention".

¹¹¹ L'espressione si deve a M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1 ss.

¹¹² Così lo definisce G. FORNERO, *Il diritto di andarsene. Filosofia e diritto del fine vita tra presente e futuro*, Utet, Torino, 2023, 59 ss., il quale, con il sintagma "diritto di morire" intende "la facoltà di fatto e di diritto, basata sul principio di autodeterminazione della persona, di rinunciare liberamente alla propria vita, ossia il diritto – di fronte a determinate circostanze e sofferenze che agli occhi di chi le esperisce appaiono "invivibili" e lesive della propria dignità – di congedarsi volontariamente dalla propria vita, sia per mano propria sia con l'intervento di altri".



GIOVANNI GALASSO

Ricercatore di Diritto civile – Università degli Studi di Palermo

IL RUOLO DELL'AUTONOMIA CONTRATTUALE NEL CONTESTO DELLA FILIERA AGRICOLA E ALIMENTARE: LA VENDITA SOTTOCOSTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le clausole di ripartizione del valore nella filiera agroalimentare. – 3. La funzione dell'equità dell'accordo nel contrasto alle pratiche sleali nella filiera agroalimentare. – 4. Criteri di regolazione e il ricorso alle buone pratiche. – 5. La vendita sottocosto nella filiera agroalimentare per un pricing responsabile. – 6. Una lettura in chiave rimediabile delle pratiche sleali. – 7. Riflessioni finali.

1. – L'impatto sempre maggiore che la disciplina dei rapporti B2B determina nella filiera agricola e alimentare mette in risalto, da una parte, il tema della autonomia contrattuale all'interno del processo organizzativo del mercato¹; dall'altra, l'esigenza di un'azione regolatoria conforme ed efficace, sia a livello nazionale che europeo, affinché il potere negoziale del privato sia esercitato in modo da garantire il buon funzionamento del mercato agricolo, sempre più aperto alla logica del libero scambio². È questa una tendenza chia-

¹ La legislazione riguardante i contratti di fornitura di prodotti agricoli e agroalimentari in Italia è stata oggetto di diversi interventi nel corso degli anni. Oltre all'art. 62, comma 2, d.l. n. 1/2012, ora abrogato dall'art. 12 del d.lgs. n. 198/2021, che disciplinava i contratti di cessione dei prodotti agroalimentari, vanno menzionati altri rilevanti atti normativi.

La legge n. 88/1988, che trattava degli accordi interprofessionali e dei contratti di coltivazione e vendita, è stata successivamente sostituita dal d.lgs. n. 102/2005. Quest'ultimo ha avuto l'obiettivo di regolamentare i rapporti contrattuali tra i vari attori della filiera agroalimentare, inclusi produttori, trasformatori e distributori.

A livello europeo, il Regolamento n. 1308/2013, più volte modificato e integrato, contiene le regole della organizzazione comune del mercato agricolo. Questo regolamento ha stabilito norme specifiche per i contratti di fornitura di prodotti agricoli e agroalimentari all'interno dell'Unione Europea, con l'obiettivo di promuovere la trasparenza e l'equità nelle transazioni commerciali lungo l'intera catena di approvvigionamento alimentare.

Un aspetto di sicuro rilievo nell'ambito dei contratti di cessione dei prodotti agroalimentari è rappresentato dalla relazione e combinazione tra regole di concorrenza e di funzionamento del mercato agricolo. Negli ultimi anni, il dibattito economico-giuridico si è focalizzato sull'ampliamento, o meno, dell'area del diritto concorrenza nei rapporti di filiera che riguardano i prodotti agricoli e alimentari. Per un'accurata disamina delle implicazioni e dell'evoluzione legislativa sia in Italia che all'estero riguardo ai rapporti contrattuali aventi ad oggetto prodotti agricoli e alimentari, cfr. A. JANNARELLI, *Profili del sistema agro-alimentare e agro-industriale. I rapporti contrattuali nella filiera agro-alimentare*, Cacucci, Bari, 2018. Per i rapporti tra regole di concorrenza e disciplina della dipendenza economica nei rapporti di cessione dei prodotti agroalimentari, cfr. I. CANFORA, *Raggiungere un equilibrio nella filiera agroalimentare. Strumenti di governo del mercato e regole contrattuali*, in *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, AA.VV., a cura di L. Scaffidi, V. Zeno-Zencovich, Roma, 2020, 237-250; L. RUSSO, *Le clausole contrattuali "ingiustificatamente gravose" nei contratti della filiera Agroalimentare*, in *Rivista di diritto Agrario*, 1/2020, 220-253.

² Ad avviso di Canfora, è "con la PAC 2014-20, (che) per la prima volta il diritto europeo interviene direttamente sulla conformazione del contratto di cessione dei prodotti agroalimentari, in un quadro normativo transitato da un modello fondato sul governo pubblicistico del mercato, a un progressivo rafforzamento del ruolo dei privati nel governo della filiera", *op. ult. cit.*, 240. In generale,



ra nella evoluzione legislativa in materia agricola, allorché, come chiarisce il Considerando 6 della Direttiva 2019/633 “*in un contesto di politica agricola decisamente più orientato al mercato rispetto al passato, proteggersi dalle pratiche commerciali sleali è ora più importante per gli operatori presenti nella filiera agricola e alimentare*”³. Questa prospettiva, eminentemente funzionale, fa emergere con maggiore evidenza come il rapporto contrattuale B2B, ed in generale le modalità attraverso le quali si crea e si sviluppa la relazione tra gli operatori economici all’interno della filiera *from farm to fork*⁴, si configuri sempre di più come un intricato connubio di discipline autonome ma interconnesse. In questo scenario sorgono diverse sfide che richiedono un approccio olistico e flessibile da parte del legislatore e degli interpreti⁵. Tale approccio mira a definire un quadro normativo chiaro e adattabile che favorisca un funzionamento efficace e trasparente del mercato agricolo e alimentare, garantendo al contempo la protezione dei soggetti più deboli e promuovendo una concorrenza equa e sostenibile⁶. Non si vuole con questo enfatizzare una dimensione, quella della complessità, tipica anche di altri ambiti. Tuttavia, nel contesto specifico della filiera agroalimentare, dove tale complessità è particolarmente evidente a causa della sua natura multifattoriale, spicca la necessità di interventi correttivi che trovano nell’autonomia negoziale un luogo privilegiato, consentendo alle parti di individuare un punto di equilibrio nelle loro relazioni commerciali⁷. L’eterogeneità dei fini nella regolazione della filiera

sulla funzione del diritto privato per il raggiungimento di obiettivi di regolazione e tutela del mercato, ed in particolare sulla la scelta e i rischi di affidare agli istituti del diritto privato una funzione regolatoria del mercato cfr. M. MAUGERI-A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, 2009.

³ Sull’importanza dell’incidenza della Direttiva 2019/633 in materia di pratiche commerciali sleali sulla catena di approvvigionamento agricolo, v. V. DASKALOVA, *Regulating Unfair Trading Practices in the EU Food Supply Chain: Between Market Making and Market Correcting*. In *Global Food Value Chains and Competition Law*, a cura di I. Lianos-A. Ivanov-D. Davis, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, 373-396. Analoghi rilievi sulla Direttiva sono stati mossi dalla dottrina tedesca: in particolare, sul processo attuativo in Germania, cfr. L. GLÖKER, *Richtlinien- und wettbewerbskonforme Auslegung bestimmter Verbote unlauterer Handelspraktiken im Agrarorganisationen-und-Lieferketten- Gesetz*, in *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, vol. 20, 4/2022, 377-417.

⁴ L’espressione *from farm to fork* costituisce una fortunata formula di sintesi attraverso la quale si è sviluppato il dibattito non solo giuridico che mette in risalto gli aspetti e le molteplici implicazioni (giuridiche, sociali, economiche ed ambientali) legate alla produzione ed immissione nel mercato dell’alimento. La regolamentazione più recente ha evidenziato una tendenza ad ampliare l’area di intervento coinvolgendo anche altri settori considerati di grande rilevanza economica. È il caso ad esempio dei prodotti florovivaistici. L’evoluzione del processo legislativo ha, infatti, esteso la disciplina delle pratiche sleali nell’ambito della filiera agroalimentari, accogliendo una definizione di prodotto agroalimentare “allargata”, cioè attraendo dentro l’orbita del prodotto vegetale destinato all’alimentazione tutti i prodotti vegetali ricompresi nell’Allegato I del TFUE. In un primo tempo, la legislazione nazionale ha adottato misure di contrasto alle pratiche sleali legate alla deperibilità del solo prodotto agricolo destinato all’alimentazione (carattere di deperibilità che l’art. 62, comma 4, d.l. n. 1/2012, riferiva solamente ai prodotti alimentari), per poi passare su impulso del legislatore europeo ad occuparsi in modo più incisivo anche della produzione agricola non alimentare (v. adesso la definizione di prodotti agricoli e alimentari deperibili, contenuta nell’art. 2, comma 1, lett. m, d.lgs. n. 198/2021). Questo allargamento ha consentito, ad esempio, di estendere le regole sul rispetto dei termini di pagamento per i prodotti deperibili anche ai fiori e alle piante, precedentemente esclusi.

⁵ Sulla pluralità di ambiti che sono coinvolti dalla disciplina delle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare, ed in particolare sull’intrecciarsi dei profili di *regulation* e antitrust, v. N. LUCIFERO, *Le pratiche commerciali sleali nel sistema delle relazioni contrattuali tra imprese nella filiera agroalimentare*, 2017.

⁶ La dottrina non ha mancato di cogliere come uno degli obiettivi fondamentali del legislatore in questa materia, vale a dire la giusta remunerazione della parte debole nella filiera agroalimentare, venga perseguito dal legislatore europeo sia attraverso la fissazione delle regole (competitive) del gioco, che riguardano il funzionamento del mercato – è il caso delle norme che prevedono un regime derogatorio del settore agricolo alla disciplina antitrust – sia per il tramite delle regole, per così dire dirette, cioè che incidono sulla singola relazione individuale e che attengono al contratto, intervenendo sul contenuto, sulla forma e sulle condotte. Il riferimento è a G. D’AMICO, *La giustizia contrattuale nelle filiere agro-alimentari*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2/2022. In particolare, sottolinea l’A. come l’obiettivo di garantire la “giusta” remunerazione degli operatori agricoli “è suscettibile di essere affrontato sia a livello (di regolamentazione) del mercato, sia attraverso regole che riguardano (direttamente) i rapporti contrattuali che si instaurano tra gli attori economici che vengono in rilievo, cit., 416. Sull’argomento cfr. anche, S. PAGLIANTINI, *Dal B2C al B2B: una prima lettura della dir. (UE) 2019/633 tra diritto vigente ed in fieri*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1/2020.

⁷ Il c.d. eccezionalismo agricolo nell’ambito della produzione di filiera è stato analizzato dalla dottrina straniera e italiana. Recen-



agricola e alimentare (funzionamento efficiente del mercato agricolo e alimentare, salvaguardia delle parti deboli, sicurezza alimentare, promozione di un mercato concorrenziale equo e solidale), infatti, richiede un approccio normativo che consenta alle parti di trovare un punto di equilibrio capace di promuovere la formazione di un rapporto negoziale equo, sostenibile e basato sulla considerazione delle diverse prospettive e interessi delle parti coinvolte⁸.

Sotto tale angolazione, una regolazione che si fonda su di una profonda consapevolezza delle dinamiche in atto nella filiera agricola e alimentare impone ai regolatori e agli attori coinvolti nel settore un'azione (collettiva ed individuale) che si conformi e si renda compatibile alle peculiarità e ai cambiamenti che si verificano all'interno della filiera stessa⁹.

Ciò implica interventi che tengano in giusta considerazione le evoluzioni di mercato, i processi produttivi, le esigenze dei consumatori e le sfide che il settore agroalimentare è chiamato ad affrontare; in altri termini implica una *governance* capace di promuovere una gestione equilibrata della filiera agroalimentare e di favorire una produzione agricola sostenibile¹⁰.

Una prima emersione di tale linea di *policy* risale già al 2009 allorché, in seguito alla crisi dei prezzi nella filiera alimentare verificatasi tra il 2007 e il 2008, la Commissione Europea è intervenuta con la “*Comunicazione sul miglior funzionamento della filiera agroalimentare*”, sottolineando la necessità di adottare misure efficaci per tutelare i consumatori e garantire una distribuzione equa del valore aggiunto lungo l'intera catena, nonché individuando azioni di miglioramento volte a promuovere l'integrazione e la competitività nel settore, con l'obiettivo di sviluppare una *governance* capace di gestire in modo equilibrato la filiera agroalimentare, favorendo la sostenibilità della produzione agricola e assicurando una distribuzione equa dei benefici lungo l'intera catena¹¹.

temente ed in riferimento all'aspetto della sostenibilità v. I. CANFORA, *La normativa speciale dell'impresa agricola nel quadro di un sistema agroalimentare sostenibile in Europa*, in *Przegląd Prawa Rolnego*, fasc. 1 (30) (2022): 45-55. Il tema della peculiarità dell'agricoltura nella progettazione e nella gestione delle filiere agroalimentari è oggetto di un'approfondita disamina da parte di A. JANNARELLI, *Profili del sistema*, cit. Secondo l'A., l'eccezionalità agricola si manifesta per una serie di fattori distintivi che caratterizzano il settore agricolo rispetto ad altri settori produttivi. Questi fattori includono la dipendenza dalle risorse naturali, la stagionalità delle attività agricole, la variabilità delle condizioni meteorologiche, i rischi legati alla produzione e alla commercializzazione dei prodotti agricoli, nonché la presenza di normative specifiche che regolano l'agricoltura. Da ciò, evidenzia l'A., nasce l'esigenza di un approccio differenziato nella gestione delle filiere agroalimentari. Questo include la promozione di politiche e strumenti specifici per il settore c.d. dell'agribusiness, l'adattamento delle normative e delle regolamentazioni al contesto agricolo e la considerazione dei principi di equità e giustizia nella progettazione dei contratti e delle relazioni commerciali all'interno delle filiere.

In conclusione, l'eccezionalità agricola, evidenziata dalla dottrina e dall'A. richiama l'attenzione sulla necessità di considerare le specificità dell'agricoltura nella gestione delle filiere agroalimentari. Questo aspetto è fondamentale per garantire un sistema agricolo e alimentare equo, sostenibile e in grado di rispondere alle sfide del settore agricolo.

⁸ Sul tema dell'impatto della Direttiva 2019/633 nel contesto regolatorio generale della filiera agroalimentare, v. I. CANFORA, *Le pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE*, in *Diritto Agroalimentare*, n. 1/2023.

⁹ Un'attenta valutazione della collocazione dell'impresa agricola nella filiera produttiva è compiuta da M. IMBRENDA, *Profili contrattuali della filiera agroalimentare*, in *Annuario del Contratto 2022*, a cura di A. D'Angelo-V. Roppo, Giappichelli, Torino, 50-79.

¹⁰ La produzione sostenibile costituisce la nuova frontiera dell'agribusiness. Ciò comporta la promozione di pratiche agricole sostenibili, l'adozione di politiche che favoriscano la riduzione degli sprechi alimentari, la promozione di sistemi di produzione e distribuzione alimentare a basso impatto ambientale e la valorizzazione dei prodotti locali e tradizionali.

In sintesi, l'approccio basato sulla sensibile comprensione delle dinamiche della filiera agroalimentare deve includere la sostenibilità come elemento chiave, affrontando le sfide attuali e future del settore in modo equilibrato e responsabile. Sul punto, v. G. GUZZARDI, *Formalismo negoziale e tutele nei contratti della filiera agroalimentare*, in *I Contratti*, n. 5, 2022, 56. Da ultimo, C. SARTORIS, *Doveri di informazione delle imprese sostenibili e consumo responsabile nel settore agroalimentare*, in *Persona e mercato*, 2/2024.

¹¹ Cfr. L. COSTANTINO, *Il Ruolo dell'autorità garante della concorrenza e del mercato nel settore Agroalimentare*, in *Trattato di diritto agrario*, a cura di L. Costato-A. Germanò-E. Rook Basile, vol. 3, Utet, Torino, 2011, 230-247.



Obiettivi quest'ultimi che la Commissione reputa conseguibili aumentando la trasparenza delle informazioni lungo la filiera stessa, giacché chiarezza ed equità rappresentano elementi chiave per stimolare la concorrenza e migliorare la capacità di risposta alle fluttuazioni dei prezzi.

La trasparenza garantisce ai produttori agricoli una migliore comprensione dei prezzi di mercato e delle esigenze dei consumatori, consentendogli di prendere decisioni più informate nella gestione delle loro attività. I trasformatori e i distributori possono avere, d'altra parte, accesso alle informazioni sulla disponibilità di materie prime, programmando la produzione per adeguarsi alle esigenze del mercato. I consumatori, infine, possono conoscere l'origine e le caratteristiche dei prodotti, ed anche le pratiche aziendali utilizzate, elementi che agevolano la loro capacità di assumere scelte consapevoli.

In sintesi, quando gli attori della filiera hanno accesso alle stesse informazioni, le aziende possono competere in base alla qualità, all'innovazione e alla sostenibilità¹². Ciò promuove un ambiente di mercato più equo, in cui le aziende sono incentivate a migliorare le proprie pratiche e a offrire prodotti di qualità e rende chiare le ragioni di un approccio, da parte dei regolatori, volto ad affrontare le questioni specifiche della filiera agroalimentare in modo mirato ed efficace, per garantire il benessere dei produttori, la sicurezza alimentare dei consumatori e la sostenibilità ambientale¹³.

Ora, in un contesto siffatto, la mediazione per via contrattuale, ovvero il ruolo di un'autonomia negoziale libera in quanto non perturbata da abusi unilaterali di impari rapporti di forza, può costituire uno strumento di promozione del dinamismo di mercato, specialmente quando si considera il settore agroalimentare, noto per la sua notevole eterogeneità. In questa chiave deve leggersi la crescente attenzione di questi ultimi anni giusto verso i rapporti contrattuali della filiera agroalimentare, culminata con la Direttiva 2019/633¹⁴ espressione della acquisita consapevolezza delle esigenze e delle sfide proprie di questo segmento di mercato e strumento di introduzione di misure ad hoc, idonee a garantire un ambiente di scambio più equilibrato¹⁵. Ve-

¹² La trasparenza e la tracciabilità dei dati diventano elementi chiave per garantire una distribuzione equa del valore lungo la catena produttiva. Cfr. M. IMBRENDA, *op. cit.*, 69.

¹³ Sull'importanza della comunicazione, della trasparenza e dell'informazione nel mercato alimentare, ed in particolare sull'analisi della rilevanza della posizione del consumatore e delle ricadute della regolamentazione dei mercati cc.dd finali all'interno della filiera agroalimentare, v. N. LUCIFERO, *La comunicazione simbolica nel mercato alimentare: marchi e segni del territorio*, in *Trattato di diritto agrario*, vol. III, 322-421.

¹⁴ In senso critico, riguardo alla possibilità di migliorare il funzionamento delle relazioni di mercato nelle filiere agroalimentari attraverso misure di contrasto alle pratiche commerciali sleali "ad ampio spettro", trascurando "le oggettive diversità che presentano le stesse relazioni contrattuali tra i soli operatori agricoli ed i loro interlocutori in relazione peraltro alle specificità dei prodotti agricoli volta a volta coinvolti", si è espresso A. JANNARELLI, *Profili del sistema agro-alimentare*, cit., 262. L'A. ritornando sull'argomento, *La "giustizia contrattuale" nella filiera agro-alimentare: considerazioni in limine all'attuazione della direttiva n. 633 del 2019 a proposito della Direttiva 633*, in *Giust. civ.*, 2021, sembra mettere in luce le difficoltà e le incertezze di "interventi disciplinari volti a contrastare, al livello delle singole relazioni, le sole ipotesi di abuso di dipendenza economica", in quanto: "a) sono destinati ad incidere in misura decisamente marginale sul complessivo sistema. Esse, infatti, non sono chiamate a far fronte al fisiologico mal-funzionamento strutturale del mercato competitivo, ma solo a fronteggiare specifici fenomeni patologici e discriminatori, la cui presenza può solo aggravare, a livello microeconomico, un già persistente squilibrio sistemico; b) meno che mai possono, dunque, valere come alternativi o in funzione di supplenza, rispetto a ben altri interventi che contribuiscano a combattere i limiti operativi che presentano i mercati agricoli e che richiedono l'applicazione di uno strumentario che operi a livello macroeconomico e di sistema", v. in particolare p. 222.

¹⁵ Il tema è ampiamente trattato nella letteratura giuridica. Tra le ultime opere di riferimento, M. IMBRENDA, *op. cit.* Un'analisi completa ed approfondita è stata condotta da A. JANNARELLI, nei due volumi, *Profili del sistema agro-alimentare: i rapporti contrattuali nella filiera agro-alimentare*, cit., e *Profili del sistema agro-alimentare: soggetti e concorrenza*, II ed., Cacucci, Bari, 2018. Sulla dipendenza dalla parte agro-industriale, v. L. COSTANTINO, *L'integrazione verticale per contratto nel settore agro-alimentare: fattispecie giuridica e disciplina applicabile*, in *Contr. impr.*, 6, 2013, 1448; sia consentito richiamare anche G. GALASSO, *Governance della filiera tra intervento pubblico e autonomia privata*, 2020.



ro è, come osservato, che un'impostazione del genere non si presenta esente da rischi, giacché *“lasciare all'autonomia privata, la concreta possibilità di adottare clausole in grado di incidere proprio sul complessivo equilibrio economico del rapporto”* vale quanto dire del non tenere conto che quelli in esame sono rapporti *“strutturalmente precari per via della debolezza dei produttori agricoli”*¹⁶.

Tuttavia, l'espansione del ruolo dell'autonomia contrattuale procede, nel contesto che ci occupa, a misura del progressivo diradarsi degli interventi pubblici e ad esso è difficile disconoscere un tratto di ineluttabilità. In proposito, la dottrina ha rilevato che l'ampia valorizzazione del ruolo e dei contenuti del contratto nella filiera agroalimentare e l'opera di mediazione svolta attraverso lo strumento negoziale sono accresciute in modo inversamente proporzionale al progressivo rallentamento degli interventi correttivi di sostegno di carattere pubblico¹⁷.

2. – Come si è detto, è solo con la progressiva erosione del sistema di intervento pubblico che l'attività di produzione primaria e l'immissione del bene nel mercato subiscono un radicale cambiamento rispetto alle condizioni di circolazione del prodotto agricolo, inevitabilmente esposto alle fluttuazioni della domanda e alle alterazioni del mercato connesse ai pur contrastanti e ciclici fenomeni di mutamento della catena di approvvigionamento¹⁸.

A questo mutamento si è accompagnata la crescente volontà di dare importanza ed impulso ai diversi segmenti della filiera in cui si svolgono le transazioni economiche. Centrale è il tema della ripartizione del valore generato lungo la catena, cioè della giusta distribuzione dei profitti tra gli attori coinvolti, considerando fattori come i costi di produzione, i rischi assunti e il surplus di valore prodotto. La loro corretta definizione e applicazione, oltre a costituire la premessa per una tutela effettiva della parte economicamente più debole della relazione, contribuisce a promuovere una maggiore equità e sostenibilità economica nella filiera¹⁹.

Sul versante normativo particolarmente significativo è l'art. 172-*bis* del Regolamento 2021/2115 rubricato *ripartizione del valore*, che nell'offrire una specifica indicazione in ordine ai meccanismi di distribuzione sottolinea la rilevanza dell'autonomia negoziale nel processo di attribuzione (e creazione) del valore²⁰.

¹⁶ Così A. JANNARELLI, cit., in *Giust. civ.*, 225.

¹⁷ Da ultimo I. CANFORA, *Le pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE.*, in *Diritto Agroalimentare*, 1/2023, 43-68. L'A. così sintetizza il fenomeno che prende avvio dal Regolamento n. 1308/2013: *“Il profondo ripensamento della struttura della politica agricola, attuato con i regolamenti del 2013, per effetto della liberalizzazione dei mercati, com'è noto, ha fortemente ridimensionato le misure di intervento, con l'abbandono degli strumenti di contingentamento e dei meccanismi dirigitici di mercato e nel contempo ha ridefinito l'ambito di regolazione entro cui può muoversi l'autonomia privata”*, 45. In termini analoghi si è espressa la dottrina tedesca, L. GLÖCKNER, *op. cit.*, 389.

¹⁸ A. JANNARELLI, *Profili del sistema agro-alimentare e agro-industriale: i rapporti contrattuali*, cit., 2018.

¹⁹ Le clausole di ripartizione del valore possono costituire, tra l'altro, strumenti potenti per incentivare pratiche sostenibili e responsabili lungo la catena, ad esempio premiando gli agricoltori che adottano pratiche agricole rispettose dell'ambiente o garantendo un prezzo equo per l'alta qualità dei prodotti. In questa direzione si sono orientati alcuni trasformatori industriali che hanno inserito nel contenuto contrattuale di cessione dei prodotti agroalimentari clausole volte a riconoscere un maggior valore economico alla produzione di grano duro avente determinate caratteristiche legate al territorio e all'uso di determinate tecniche di produzione. Cfr. <https://www.barillagroup.com>.

²⁰ Quest'ultima norma dispone che *“le associazioni di agricoltori, possono convenire con gli operatori posti a valle della filiera clausole di ripartizione del valore, comprendenti utili e perdite di mercato, determinando le modalità di ripartizione tra di loro di eventuali evoluzioni dei relativi prezzi del mercato per i prodotti interessati o di altri mercati di materie prime”*. Le clausole di ripartizione del valore sono uno meccanismo utile a mantenere in equilibrio il rapporto in presenza di fattori esterni che incidono sul contenuto della prestazione. La dottrina ha sottolineato come la maggiore utilità economica della clausola si ricava sul profilo della stabilità complessiva e sulla tenuta della relazione contrattuale, piuttosto che sulla tutela della parte più vulnerabile e più esposta alle flut-



In realtà il regolatore, come ha correttamente evidenziato la dottrina, si preoccupa, qui, di garantire una soluzione capace di mettere in sicurezza l'operazione economica in sé, mantenendola in una posizione di equilibrio economico a fronte delle eventuali perturbazioni dei mercati²¹. Ma è possibile anche, senza eccessive forzature, prospettare una diversa e più estesa lettura dell'art. 172-*bis* sopra citato.

Sulla scia delle indicazioni che provengono dal legislatore e dalla dottrina, la questione del valore del bene agricolo come esito di un processo di mercato e di produzione, si sostanzia, infatti, di numerosi elementi che la differenziano in maniera qualificante dalle dinamiche degli altri prodotti.

Il valore di un prodotto agricolo è influenzato non solo dalla sua qualità intrinseca, ma anche da una serie di fattori peculiari, quali ad esempio l'origine geografica, le pratiche di coltivazione impiegate, le condizioni ambientali, la presenza di più varietà e altre caratteristiche che conferiscono al bene una qualità distintiva. Nell'impostazione tradizionale, che fa perno in generale sulla catena di valore, ed esige perciò una traduzione ed un riconoscimento formale, sembra mancare la precisa consapevolezza della rilevanza del rapporto produttore-venditore, che rischia di restare limitato il più delle volte al solo pericolo (esterno e di mercato) legato alle fluttuazioni dei prezzi²².

Ora, lo strumento contrattuale come "regolatore" degli effetti del processo di distribuzione del valore nella filiera agroalimentare si inserisce dentro un contesto normativo certamente più ampio, in sintonia con i nuovi obiettivi della politica agricola comune (PAC)²³, venendo ad assumere un ruolo rilevante di governo e promozione della distribuzione, orientandola in una prospettiva di maggiore equità, consentendo alle imprese agricole, in un contesto di filiera, di poter negoziare in modo indipendente le condizioni contrattuali²⁴.

Il Regolamento n. 1308/2013 in materia di organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli²⁵, che

tuazioni del prezzo. I. CANFORA, *Le pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE*, in *Diritto Agroalimentare*, n. 1, 2023.

²¹ È ancora CANFORA, *op. ult. cit.* che in termini critici osserva come in questa circostanza l'ambito di tutela non è rappresentato, come si potrebbe pensare, dalla protezione del surplus di valore creato dal produttore soggetto debole della relazione di filiera, ma dal valore complessivo dell'operazione, mettendola in sicurezza dall'eventuali fluttuazioni negative del prezzo e dei costi.

²² All'impostazione tradizionale sembra anche adattarsi lo stesso art. 172-*bis* del Regolamento 2021/2115 nel momento in cui richiama criteri di ripartizione legati alla evoluzione dei prezzi e alle condizioni del canale di distribuzione. Il valore dei prodotti agricoli e alimentari viene solitamente valutato in base ai prezzi di mercato, tenendo conto della domanda e dell'offerta, delle condizioni economiche e delle fluttuazioni dei prezzi e la qualità del prodotto avviene generalmente in relazione al suo impatto sul valore di mercato.

Questa prospettiva tende a focalizzarsi sulla valutazione economica e sul rendimento finanziario nella catena del valore, senza necessariamente approfondire le dinamiche relazionali tra i produttori e i venditori o considerare aspetti qualitativi, come l'impatto ambientale o la sostenibilità.

Negli ultimi anni, sono tuttavia emerse nuove prospettive, come l'approccio basato sui sistemi alimentari sostenibili, che cercano di integrare considerazioni sociali, ambientali ed economiche nella valutazione del valore dei prodotti agricoli e alimentari.

²³ Si tratta della PAC 2023-2027.

²⁴ Il rilievo che assume l'aspetto del riconoscimento dell'attributo della qualità del prodotto agricolo e l'esigenza di cogliere sul piano della differenziazione (giuridica) la sua sfumatura e il suo diverso atteggiarsi rispetto ai prodotti non agricoli è particolarmente evidenziato dalla dottrina più attenta e sensibile. Rook-Basile, nel sottolineare ancor di più l'autonomo significato della qualità del prodotto alimentare che racchiude una serie di elementi estrinseci al prodotto, afferma come si tratta di "gusto del cibo che contiene un gusto per le cose cui non si vuole più rinunciare perché essenziali alla vita; un cibo che ci nutre, ma che ci assicura anche che gli alberi rimarranno là dove sono, gli uccelli non moriranno, i pesci si riprodurranno nei mari e il cielo tornerà ad essere azzurro, in una sintesi di qualità che oltrepassa le caratteristiche organolettiche per coinvolgere un modello di vita", E. ROOK BASILE, *La mano invisibile del rischio*, in AA.VV., *I Diritti della Terra e del Mercato Agroalimentare*, Utet, Torino, 2016, 1090.

²⁵ Questo Regolamento che riguarda l'organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli nell'Unione Europea ed è noto anche con la sigla "OMC" o "Common Market Organization" (CMO), costituisce un importante pilastro della politica agricola comune (PAC) dell'Unione Europea, adottato per regolare e stabilire le norme relative all'organizzazione comune dei mercati agricoli all'interno dell'Unione Europea.



fornisce la cornice alla Direttiva 2019/633²⁶, ha inserito, a seguito della modifica operata dal Regolamento n. 2393/2017, una specifica previsione (art. 157, lett. c, n. xv) che attribuisce alle Organizzazioni interprofessionali il compito di stabilire clausole standard di ripartizione del valore. Da questa previsione, che espressamente rinvia all'art. 172-*bis* del Regolamento sopra richiamato – evocandosi un'esigenza di protezione del valore economico complessivo dell'operazione di scambio – è possibile trarre un utile indice di valutazione di quelle regole di attribuzione e ripartizione del valore che pongono al centro l'esigenza del riconoscimento del surplus di valore a favore di chi effettivamente contribuisce a crearlo. In questo scenario, le Organizzazioni Interprofessionali avranno la possibilità di fissare, già a monte dell'accordo di cessione, le modalità e i termini dei benefici derivanti dall'operazione di scambio.

Le clausole di ripartizione del valore possono, infatti, costituire strumenti di rilievo nel contesto delle pratiche commerciali, in grado di incentivare comportamenti responsabili e sostenibili all'interno della catena di approvvigionamento. In particolare, queste clausole possono adempiere ad una funzione di premialità, riconoscendo un valore aggiuntivo agli agricoltori che adottano pratiche agricole rispettose dell'ambiente e che si distinguono per la produzione di prodotti di alta qualità. La premialità può manifestarsi attraverso l'istituzione di un prezzo equo per tali prodotti, fornendo un incentivo concreto affinché gli agricoltori si impegnino nella produzione sostenibile. Esempi concreti di tali clausole possono essere riscontrati nell'ambito dei contratti di cessione di prodotti agroalimentari, ove le parti hanno inserito disposizioni atte a riconoscere un valore economico superiore alla produzione di grano duro caratterizzato da specifiche qualità legate al territorio e all'utilizzo di tecniche di produzione particolari. Questi casi fanno emergere come le clausole di ripartizione del valore possano offrire un contributo significativo alla promozione di pratiche agricole sostenibili, valorizzando e incentivando gli agricoltori che si dedicano alla salvaguardia ambientale e alla creazione di prodotti di elevata qualità.

L'approccio al problema sul versante privatistico, senza trascurare certamente la natura multifattoriale, è stato quello di muoversi in una logica di partecipazione e condivisione verso una progettualità di filiera, che attraverso la previsione per via contrattuale di clausole specifiche garantisca agli allevatori ed olivicoltori per un certo periodo una remunerazione adeguata e utile per superare i momenti di crisi economica²⁷.

Già queste considerazioni mostrano come occorra valutare e misurare lo sforzo compiuto dal legislatore nella ricerca del giusto equilibrio nella regolamentazione delle misure volte al buon funzionamento del mercato agroalimentare. Uno sforzo sempre più orientato a ridefinire i termini del ciclo negoziale nell'immissione del bene agricolo nel mercato esaltando l'area dell'autonomia contrattuale nel suo aspetto dinamico, mettendo in giusto risalto *“l'elemento propulsore dell'attività che i soggetti dispiegano nell'intero ciclo negoziale”*²⁸ e dischiudendo gli spazi che le dinamiche di mercato e di integrazione di filiera mirano a comprimere.

In questo contesto, il legislatore è chiamato a svolgere un compito fondamentale nella individuazione delle misure più efficaci per favorire il buon funzionamento del mercato agroalimentare. Ed in questa prospettiva l'ampliamento e il consolidamento dell'autonomia contrattuale, volti a chiarire le indicazioni/limitazioni di fondo provenienti dal nostro impianto codicistico nella formazione e determinazione del contenuto con-

²⁶ Di funzione complementare della Direttiva rispetto al Regolamento n. 1308/2013 e che ne fa da completamento, parla I. CANFORA, *Le pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE.*, in *Diritto Agroalimentare*, 1/2023, 56 e 57.

²⁷ Cfr. Il Sole24ore, *Agricoltura, tensioni anche per l'olio d'oliva*, 14 febbraio 2019, 11.

²⁸ G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese: diritto dei contratti e regole di concorrenza*. Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza, Giuffrè, Milano, 1983, 95.



trattuale (buona fede e correttezza), sembrano rappresentare la via maestra in quanto possono favorire l'innovazione e la flessibilità, consentendo alle parti di adattarsi alle mutevoli condizioni di mercato. Nel contempo, la tutela (e la tenuta) dei soggetti deboli, primi fra tutti i produttori agricoli, diventa essenziale in modo particolare nel settore agroalimentare che si caratterizza (negativamente) per la presenza di una maggiore concentrazione di potere economico dei trasformatori (industriali) e dei distributori, con possibili effetti negativi sulla concorrenza e sull'accesso al mercato dei produttori più piccoli²⁹.

3. – La Direttiva 2019/633 nel Considerando 16 avverte che: “*Nel decidere se una particolare pratica commerciale è da considerarsi sleale è importante ridurre il rischio che il ricorso ad accordi equi tra le parti, volti a creare efficienza, venga limitato*”³⁰. Si delinea così chiaramente l'equazione equità dell'accordo-efficienza del mercato di cui sono corollario regole intese a presidiare un'adeguata correzione delle asimmetrie informative nonché più in generale volte a garantire chiarezza e trasparenza dell'operazione economica-commerciale.

La disciplina italiana di recepimento dà a ciò ampio riscontro. Sembra chiaro, infatti, che il legislatore in questa occasione abbia ben colto la *policy* della Direttiva, la quale muovendosi verso il rafforzamento generale del potere di autoregolazione dispone l'adozione di un approccio basato su un intervento di armonizzazione minima. Ciò, da un lato, consente ai legislatori interni di avere ampi margini di manovra nell'implementazione dell'elenco delle pratiche sleali, dall'altro lato, offre un chiaro e definito criterio guida contro i rischi di un irrigidimento eccessivo delle relazioni contrattuali. Imponendo un sistema di “gradualità” (*black e grey list*) nella valutazione del carattere di slealtà della pratica commerciale, si è aperta la via della sterilizzazione delle pratiche sleali attraverso un accordo di programmazione chiaro e “voluto”.

In questa chiave, il sistema di gradualità, basato sulla categorizzazione delle pratiche commerciali in *black list* (pratiche decisamente sleali e vietate) e *grey list* (pratiche potenzialmente sleali che richiedono ulteriori valutazioni), consente una gestione più sfumata e adattabile delle pratiche commerciali. Questo approccio normativo riconosce chiaramente che non tutte le situazioni di slealtà sono equivalenti e che alcune possono essere mitigate o corrette attraverso interventi specifici e mirati, capaci di considerare attentamente la variabilità delle pratiche commerciali e delle dinamiche di mercato che mutano significativamente da un contesto all'altro.

Nel segno della cifra di armonizzazione minima della Direttiva (art. 3, comma 2) la disciplina in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, contenuta nel d.lgs. 8 novembre 2021, n. 198, riproduce, infatti, nelle sue linee essenziali l'impianto delineato dalla medesima Direttiva 2019/633. Ciò vale sicuramente in relazione alle fattispecie vietate – alla loro graduazione in base all'appartenenza alla *black o alla grey list* – sebbene in ordine al loro trattamento il legislatore eurounitario

²⁹ V., G. D'AMICO. *La giustizia contrattuale nelle filiere agro-alimentari*, cit.

³⁰ La disposizione prosegue chiarendo che è importante stabilire una distinzione tra le pratiche che sono chiare e univoche nei contratti di fornitura o in accordi successivi tra le parti e quelle pratiche che vengono introdotte dopo l'inizio dell'operazione senza previo accordo. In particolare, la norma suggerisce che le modifiche unilaterali e retroattive apportate alle condizioni chiare e univoche dell'accordo di fornitura dovrebbero essere vietate.

Tuttavia, il Considerando sottolinea che alcune pratiche commerciali possono essere reputate sleali per la loro natura intrinseca, indipendentemente dalla volontà negoziale. L'obiettivo della norma è garantire che le pratiche commerciali siano trasparenti, chiare e concordate tra le parti, ma allo stesso tempo proteggere da pratiche (sleali) che potrebbero arrecare un pregiudizio in seno al contesto entro il quale è destinato a operare il contratto di fornitura, cioè il mercato di riferimento.



rimandi all'autonomia dei singoli ordinamenti municipali³¹. Giusto le previsioni di carattere per così dire sostanziale fanno risaltare il nucleo teleologicamente più qualificante di direttive e disciplina interna di recepimento, costituito appunto da misure intese a salvaguardare accordi equi e – compiutamente – ad ostacolare pratiche sleali, quali manipolazione dei prezzi, pubblicità ingannevole, trattamento discriminatorio dei concorrenti, con l'obiettivo di creare un ambiente di mercato equo e trasparente in cui le imprese possano competere in modo leale e i consumatori possano prendere decisioni informate³².

Il diritto comune dei contratti, in particolare, l'autonomia negoziale assurge così a posizione centrale nel processo di regolazione del mercato seppure a valle di un'opera di conformazione legislativa³³. Interessante è notare, a tale riguardo, come già la legge delega n. 53/2001 contenesse, all'art. 7, lett. *b*, una disposizione volta ad orientare³⁴ il legislatore delegato a mantenere, e ulteriormente definire, i principi generali di buone pratiche commerciali. Questi principi includono trasparenza, buona fede, correttezza, proporzionalità e reciproca correttezza delle prestazioni cui gli acquirenti di prodotti agricoli e alimentari debbano attenersi prima, durante e dopo l'instaurazione della relazione commerciale.

Uno spunto in tale direzione parrebbe, del resto, provenire dal nostro legislatore a proposito dell'introduzione del parametro dei costi medi di produzione nel giudizio di valutazione della buona fede. Inizialmente, il Regolamento attuativo dell'art. 62 aveva adottato esplicitamente questo criterio, affermando che prezzi notevolmente al di sotto dei costi medi di produzione dei prodotti agricoli costituivano un comportamento contrario alla buona fede e alla correttezza nelle relazioni commerciali.

Successivamente, il legislatore ha modificato questa disposizione in modo più incisivo. L'art. 10-*quater*, nei commi 2, 3 e 4, d.l. 29 marzo 2019, n. 27, convertito in legge n. 44 del 21 maggio 2019, dopo aver affidato all'Istituto di servizi per il mercato agricolo alimentare (ISMEA) il compito di determinare mensilmente i costi medi di produzione agricoli (comma 2), ha stabilito che qualsiasi prezzo contrattuale inferiore a questa soglia costituisca una pratica commerciale sleale (comma 3), sanzionabile dall'AGCM (comma 4).

Una simile prospettiva che pone al centro dello scrutinio della abusività il criterio dei costi di produzione e investe in pieno il fronte delle tecniche di attuazione delle regole e divieti posti dal diritto della concorrenza, ha perso importanza, soprattutto ad opera del d.lgs. n. 198/2021 che abrogando le disposizioni dei commi 1, 3, 4 e 5 dell'art. 10 *quater* ha essenzialmente ridimensionato questo parametro, considerandolo ora solo come un possibile indicatore di prestazioni eccessivamente onerose (comma 2).

Questa evoluzione, non priva di oscillazioni, mostra una scelta più matura da parte del legislatore italiano – certamente più coerente e preferibile nell'attuale contesto eurounitario – data la limitata oggettività del parametro e i rischi di distorsioni economiche in un sistema competitivo. La rilevanza di tale questione non è sfuggita alla dottrina che ha sottolineato, fin dall'entrata in vigore dell'abrogato art. 62, i limiti di una regola

³¹ Il punto è chiaramente evidenziato da G. D'AMICO, *op. cit.*

³² V. anche G. GUZZARDI, *op. cit.*

³³ La conferma di ciò emerge chiaramente anche sul piano legislativo, in quanto la Relazione ha più volte sottolineato l'esigenza di una solida struttura contrattuale e di un comportamento corretto delle parti. Il contratto viene così riconosciuto come uno strumento fondamentale per garantire un mercato equilibrato e giusto. Su tale profilo V. G. VETTORI, *Verso una società sostenibile*, in *Persone e mercato*, 3/2021.

³⁴ Sulla duplicità dell'intervento normativo, da una parte rivolto allo specifico ambito della regolazione del mercato e dall'altro alla disciplina contrattuale, si sofferma G. D'AMICO, *op. cit.* Con specifico riguardo all'art. 9 della legge n. 192/1998 che rappresenta insieme al previgente art. 62 della legge, la norma di riferimento in materia di slealtà contrattuale nei rapporti B2B, è stato evidenziato dalla dottrina che i principi e le regole che devono fare da cornice e combinarsi necessariamente con la disposizione che sanziona la condotta abusiva “si riverranno nel diritto antitrust e della concorrenza in generale”, P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006, 36.



così rigida in un sistema agroalimentare orientato al libero mercato, avvertendo che l'intervento regolatorio sui costi medi di produzione potrebbe alterare il funzionamento naturale del mercato e la libera formazione dei prezzi.³⁵

Un ulteriore segnale di chiarezza su questo aspetto da parte del legislatore attuale si può cogliere nel medesimo art. 5, comma 1, lett. *b*, d.lgs. n. 198/2021. Qui i costi medi di produzione rilevati dall'ISMEA assurgono ad elementi utili per valutare il carattere "eccessivamente" gravoso della prestazione del venditore, mentre il Regolamento attuativo previgente, come detto, si riferiva a questo parametro come indicativo di una prestazione "ingiustificatamente" gravosa. Ora, il carattere della prestazione (in)giustificata sembra essere considerato più correttamente un attributo delle prestazioni accessorie, separando la prestazione principale di cessione del prodotto agricolo e alimentare dal carattere strumentale delle prestazioni accessorie.³⁶

Da ultimo, il legislatore è nuovamente intervenuto con l'art. 4 del d.l. 15 maggio 2024, n. 63, introducendo definizioni più chiare di "costo medio di produzione" e "costo di produzione". Quest'ultimo intervento sembra riproporre una visione rigida e cristallizzata della relazione contrattuale nella filiera agroalimentare. Le modifiche apportate agli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 198/2021 dal citato decreto legge influenzerebbero significativamente la determinazione dei prezzi e la gestione delle relazioni contrattuali tra le parti coinvolte.

Tale intervento legislativo, pur con l'intento di apportare maggiore chiarezza e precisione normativa, rischia di mancare l'obiettivo. In particolare, la rigidità introdotta dalla fissazione di parametri specifici come il "costo medio di produzione" e il "costo di produzione" può produrre l'effetto controproducente di irrigidire le dinamiche contrattuali e alterare il naturale funzionamento del mercato. Questo può risultare dannoso sia per i produttori agricoli, che si trovano vincolati da criteri che non riflettono le loro effettive condizioni operative, sia per i consumatori, che potrebbero dover affrontare prezzi meno competitivi e una minore varietà di prodotti disponibili.

La preoccupazione principale è che la determinazione amministrativa di tali costi nonché l'obbligatorietà di indicare i costi di produzione possa limitare la libera contrattazione tra le parti, imponendo vincoli che potrebbero risultare inadeguati rispetto alle specificità e alle variabili del mercato agroalimentare. L'introduzione di questi parametri potrebbe infatti influenzare negativamente la capacità delle imprese di negoziare prezzi in modo flessibile, rispondendo alle reali condizioni di mercato e alla competitività³⁷.

³⁵ È stato infatti affermato da JANNARELLI come la fissazione in sede amministrativa di un costo medio di produzione come parametro al di sotto del quale non si dovrebbe definire contrattualmente il prezzo altera il funzionamento del mercato e la libera formazione dei prezzi, in termini non diversi da quanto si verificherebbe se l'Autorità fissasse direttamente il prezzo "politico" del bene: in entrambi i casi si è in presenza di interventi regolatori del mercato. A. JANNARELLI, *Prezzi dei prodotti agricoli nei rapporti di filiera*, in *Rivista di diritto agrario*, 2019, 566.

³⁶ Riguardo all'uso dell'espressione "ingiustificatamente gravosa" contenuta nell'art. 62 del d.l. n. 1/2012, ora abrogato, in relazione all'art. 9 della legge n. 192/1998 sull'abuso di dipendenza economica e delle possibili interrelazioni tra le due disposizioni, anche in merito all'imposizione di prezzi di acquisto, si veda L. RUSSO, *Le clausole contrattuali "ingiustificatamente gravose" nei contratti della filiera agroalimentare*, in *Rivista di diritto agrario*, 1/2020, 220-253.

³⁷ V. le penetranti critiche mosse da FEDERALIMENTARI, durante l'iter parlamentare, all'introduzione di forme di disclosure dei costi produzione nonché l'utilizzo del concetto di costo medio di produzione, che evidenziano ulteriori problematiche legate alla trasparenza e alla competitività del mercato. Le perplessità della Federazione che riunisce le maggiori associazioni nazionali di categoria dell'Industria degli alimenti e delle bevande, sono rilevanti e riguardano la natura sostanziale e il merito di un approccio legislativo che incide sulle dinamiche commerciali, imponendo la divulgazione di dati commerciali sensibili, quali quelli relativi ai costi di produzione. La definizione dei costi e il loro richiamo all'art. 3 del d.lgs. n. 198/2021 favorirebbe la diffusione di informazioni normalmente riservate, con il rischio di incentivare pratiche di allineamento dei prezzi. Tale scenario finirebbe con l'irrigidire il mercato, scoraggiando l'ottimizzazione dei processi e delle imprese più efficienti, con il paradossale effetto di incentivare l'approvvigionamento di materie prime da fornitori esteri, <https://www.senato.it>.

Inoltre, rimangono irrisolti i dubbi già sollevati dalla letteratura economica-giuridica circa le difficoltà in ordine all'individua-



Inoltre, la rigidità normativa può portare a conseguenze indesiderate, quali l'eterodeterminazione del prezzo, mettendo in ombra le variabili di mercato e delle specificità delle diverse filiere agroalimentari. Questo significa che il prezzo contrattuale potrebbe essere determinato più dai parametri amministrativi che dalle effettive dinamiche di domanda e offerta, alterando la concorrenza e la libera formazione dei prezzi. A ciò si aggiunga la considerazione che l'intreccio di interessi che il nostro legislatore intende proteggere attraverso l'uso dello strumento dei costi medi rischia di compromettere proprio gli interessi dei soggetti più vulnerabili, ovvero quelli maggiormente esposti ai rischi di prevaricazione. In particolare, la letteratura economica ha ampiamente dimostrato come l'aumento della pressione sui prezzi finisca per gravare sui piccoli produttori e fornitori. Ciò accade perché la determinazione del valore medio di produzione tende a riflettere le condizioni delle aziende più grandi e più efficienti, capaci di sfruttare le economie di scala. Questo fenomeno rischia di oscurare le limitate economie di scala e le minori capacità di investimento che caratterizzano i piccoli produttori agricoli³⁸.

Se a ciò si aggiunge la discrepanza tra la normativa nazionale e l'approccio adottato a livello europeo, che non include il parametro dei costi di produzione come possibile indicatore di abusività del comportamento, il rischio di distorsione del mercato appare ulteriormente amplificato. Questa divergenza di *governance* solleva preoccupazioni concrete riguardo agli effetti negativi che potrebbero ricadere sulle realtà più vulnerabili, nonostante le intenzioni di protezione previste dalle normative.

Ebbene, all'interno di tale scenario, o meglio, entro il perimetro delineato dal legislatore nazionale, è possibile intravedere nello strumento protettivo dei costi medi un'interpretazione che eviti letture suscettibili di compromettere la competitività delle imprese e il corretto funzionamento del mercato, calibrandosi sulle indicazioni provenienti dalle fonti normative eurounitarie. Il parametro dei costi di produzione (medi e non) dovrebbe essere utilizzato come un riferimento indicativo volto a mettere in chiaro termini e modalità di attuazione del contratto piuttosto che come un limite fisso e invalicabile. Con la fondamentale differenza però che, pur fornendo una base per valutare la congruità dei prezzi praticati, esso non dovrebbe automaticamente costituire una condotta prevaricatoria, a meno che non vi siano altri chiari elementi di abuso o scorrettezza, come l'unilateralità della determinazione delle condizioni economiche del contratto³⁹.

zione e alla verifica dei criteri di determinazione dei costi di produzione e sugli oneri che ne deriverebbero per gli operatori economici, prevalentemente costituiti da PMI. Tali difficoltà risultano particolarmente onerose in presenza di numerose operazioni di acquisto e/o di un elevato numero di fornitori.

³⁸ Su un possibile "recupero" di valenza del riferimento del parametro dei costi medi di produzione nel giudizio di liceità della vendita sottocosto, anche alla luce delle indicazioni normative eurounitarie, si sofferma G. VERSACI, *Gli abusi "complementari" nei contratti della filiera agroalimentare. Note a margine dell'art. 5, d.lgs. n. 198/21*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 3/2022, 710. L'autore sottolinea che l'elemento di maggior rilievo è l'introduzione dell'unilateralità dell'operazione come momento determinante/scriminante, presupponendo ai fini dell'accertamento dell'illiceità della pratica commerciale che il prezzo sottocosto sia stato imposto dall'acquirente.

³⁹ A. JANNARELLI, *Prezzi dei prodotti agricoli nei rapporti di filiera*, in *Rivista di diritto agrario*, 2019, 566.

Un ulteriore segnale di chiarezza su questo aspetto da parte del legislatore attuale è possibile coglierlo nel medesimo art. 5, comma 1, lett. b. I costi medi di produzione rilevati dall'ISMEA, infatti, posso fornire elementi utili al fine di valutare il carattere "eccessivamente" gravoso della prestazione del venditore, dove diversamente il Regolamento attuativo si riferiva ad esso come elemento sintomatico di una prestazione "ingiustificatamente" gravosa. Il carattere della (in)giustificata prestazione sembra adesso invece, in modo più corretto, essere considerato un attributo della prestazione accessoria, meglio ad un giudizio che tende a scindere la prestazione principale costituita dalla cessione del prodotto agricolo e alimentare dal carattere strumentale delle prestazioni accessorie.

Sull'uso dell'espressione "ingiustificatamente gravosa" contenuta all'art. 62 del d.l. n. 1/2012, ora abrogato, in relazione all'art. 9 della legge n. 192/1998 in materia di abuso di dipendenza economica e delle possibili interrelazioni tra le due disposizioni in relazione anche all'imposizione di prezzi di acquisto, v. L. RUSSO, *Le clausole contrattuali "ingiustificatamente gravose" nei contratti della filiera agroalimentare*, in *Rivista di diritto agrario*, 1/2020, 220-253.

Su un possibile "recupero" del riferimento alla media dei costi medi ad opera del medesimo decreto legislativo "quale parametro di illiceità della vendita sottocosto, si esprime G. VERSACI, *Gli abusi "complementari" nei contratti della filiera agroalimentare. No-*



4. – È però con l'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 198/2021, in modo specifico, che vengono forniti i criteri di valutazione che comprendono la correttezza e la trasparenza delle informazioni durante le fasi precontrattuali, l'assunzione, ad opera di tutte le parti della filiera, dei propri rischi imprenditoriali, la giustificabilità delle richieste e la conformità dell'esecuzione alle condizioni precedentemente concordate.

L'impiego dello strumento negoziale costituito dagli accordi e dai contratti quadro previsti nel comma 1 dello stesso art. 6, e soprattutto la presenza delle organizzazioni di categoria quali garanzie e nuclei centrali per la formazione di un contenuto negoziale equo, conferma e corrobora la considerazione del richiamo del legislatore al necessario ricorso ad una chiara e ben definita individuazione delle regole, sia nel momento perfezionativo del contratto quadro che nella fase esecutiva rappresentata dall'accordo di cessione⁴⁰. Ne risulta in tal modo valorizzata l'autonomia, strutturale e funzionale, dei canoni di conformità, stabiliti in termini di reciprocità e condivisione (dei rischi e dei costi), tanto più se si considerano la loro emersione e rilevanza nella dimensione dinamica e progressiva (dell'operazione di cessione del bene) rispetto al momento statico della formazione dell'accordo. In questa cornice appare dunque giustificata la rimeditazione dell'imposizione di limiti generali a talune pratiche ritenute astrattamente ed in sé vietate, che ha condotto il legislatore a prospettare in modo più persuasivo una valutazione caso per caso, più attenta all'utilità pratica e alle intenzioni delle parti. Il riferimento è in generale alle pratiche contenute nella *grey list* dove appare in tutta evidenza l'effetto paralizzante e di immunizzazione, di cui parla la dottrina, dell'accordo rispetto all'abusività della pratica⁴¹. Ma di maggior evidenza in questa prospettiva è la curvatura, in chiave espansiva, dell'attività negoziale all'interno della disciplina della vendita del sottocosto e della clausola c.d. di reso. Tali ultime pratiche commerciali hanno attirato la maggiore attenzione dei regolatori, non solo per la loro ampia diffusione ma anche per le difficoltà di riconoscere limiti e benefici di efficienza nel loro utilizzo⁴².

te a margine dell'art. 5, d.lgs. n. 198/21", in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 3/2022, 710. L'A. sembra comunque sottolineare che l'elemento di maggior rilievo è costituito dall'aver introdotto e posto come momento determinante/scriminante l'unilateralità dell'operazione, che presuppone ai fini dell'accertamento dell'illiceità della pratica commerciale che il prezzo sottocosto sia stato frutto di un'imposizione da parte dell'acquirente.

Da ultimo il nostro legislatore è nuovamente intervenuto, con l'art. 4 del d.l. 15 maggio 2024, n. 63, introducendo delle definizioni più chiare come "costo medio di produzione" e "costo di produzione". Questo ulteriore e contingente provvedimento legislativo torna a prospettare una visione rigida e cristallizzata della relazione contrattuale all'interno della filiera agroalimentare. Le modifiche apportate in particolare agli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 198/2021, ad opera del citato decreto legge, finirebbero, infatti, con l'influenzare la determinazione dei prezzi e la gestione delle relazioni contrattuali tra le parti coinvolte.

⁴⁰ Sulla rilevanza dell'uso degli strumenti di autonomia collettiva e sulla predisposizione del contenuto contrattuale v. da ultimo M. IMBRENDA, *op. cit.*, 70 ss.

⁴¹ È S. PAGLIANTI, *L'attuazione della Direttiva 2019/633/UE e la «toolbox» del civilista*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2/2022, 393-414, ad indicare come l'esimente dell'accordo rischi di costituire "un downgrade di tutela per il fornitore", a meno che, avverte l'A. di "ritenere che la trattativa del d.lgs. n. 198/21 non sia quella che funziona da fatto impeditivo del sindacato di vessatorietà nell'area dei contratti b2c. Non dunque una negoziabilità bensì una negoziazione effettiva: altrimenti, se dovessimo dare credito a questa suggestione, non c'è un accordo che sia munito di una qualità redimente". Aggiungendo in ogni caso "come la contrattualità del comma 4° (dell'art. 4 del d.lgs. n. 198/21) affranca od emancipa da un'illiceità che altrimenti si darebbe." p. 399.

⁴² L'iter legislativo che ha condotto all'approvazione definitiva del decreto legislativo in oggetto è stato caratterizzato da una serie di modifiche, integrazioni e ripensamenti che hanno segnato le fasi del dibattito parlamentare. La proposta di legge n. c. 1277 del 17 ottobre 2018, inizialmente presentata, introduceva un divieto di vendita sottocosto per i prodotti agricoli e agroalimentari, nonché il divieto di ricorso alle aste telematiche per la fornitura degli stessi prodotti. Tale proposta, tuttavia, fu successivamente ritirata.

In seguito, venne depositata la proposta di legge AC 1549, avente ad oggetto, tra l'altro, l'etichettatura e la tracciabilità dei prodotti agricoli e alimentari, il divieto di vendita sottocosto degli stessi e la delega al Governo per la regolamentazione e il sostegno delle filiere etiche di produzione. Questo testo, in particolare, invitava il Governo a modificare il regolamento disciplinante le vendite sottocosto (decreto del Presidente della Repubblica 6 aprile 2001, n. 218), prevedendo l'introduzione di un divieto specifico riguardante i prodotti alimentari freschi e deperibili.

Tuttavia, in sede di Commissione, la norma originaria è stata modificata, consentendo la vendita sottocosto entro i limiti e le mo-



Con l'art. 6 del d.lgs. n. 198/2021, in particolare, ancor più si rinsalda il modello delle buone pratiche e l'attribuzione del carattere di "slealtà" dal loro discostarsene. La disposizione, come si è detto, dopo aver precisato (e ribadito) che si considerano "attuativi dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza" gli accordi ed i contratti di filiera della durata minima di tre anni e i contratti di cessione (con il contenuto fissato dall'art. 3) conformi alle condizioni contrattuali definite nell'ambito degli accordi quadro ovvero che siano conclusi con l'assistenza delle rispettive organizzazioni professionali maggiormente rappresentative a livello nazionale rappresentate in almeno cinque camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, ovvero nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, anche per il tramite delle loro articolazioni territoriali e di categoria, aggiunge "che i contratti di cessione si considerano conformi ai principi di buona fede, correttezza e trasparenza quando sono retti, sia nella loro negoziazione che nella successiva esecuzione, dai seguenti criteri: conformità dell'esecuzione a quanto concordato; correttezza e trasparenza delle informazioni fornite in sede precontrattuale; assunzione ad opera di tutte le parti della filiera dei propri rischi imprenditoriali; giustificabilità delle richieste".

Qui ad assumere maggiore valenza è la dimensione di rapporto, colto dall'art. 6 del d.lgs. n. 198/2021 nella sua unità, dal momento della sua formazione fino alla sua esecuzione; il discostamento dei criteri indicati nell'art. 6 è insito nella determinazione unilaterale o attraverso patti non univoci nell'assetto negoziale, che tradiscono quanto concordato inizialmente e gli esiti attesi dalle parti.

Altri momenti di emersione di tale tendenza legislativa possono essere colti, sia pure in termini negativi, nell'art. 3, comma 2, che ha introdotto la c.d. *grey list*, e nelle altre previsioni volte a ricondurre l'abusività della condotta alla mancata negoziazione della clausola. La sterilizzazione dell'abusività della clausola o della condotta tramite l'accordo, inteso come regolamento autodeterminato da entrambi i contraenti, mette in luce l'esatta collocazione del ruolo dell'autonomia privata e della sua funzione di autointegrazione rispetto al principio di equità e proporzionalità dello scambio in chiave oggettiva o di "voluto" dal mercato⁴³.

Certo, questa nuova prospettiva non appare idonea a riequilibrare una relazione connotata da asimmetria. Ma è sicuramente utile perché rappresenta in termini generali una prima risposta allo stesso ordine di problemi ai quali si è chiamati a dare una soluzione, non appena si ponga in rilievo che non tutte le pratiche sleali sono da mettere sullo stesso piano rispetto all'assetto negoziale definitivo e complessivo⁴⁴.

Parte della dottrina d'altro canto non ha mancato di evidenziare l'esigenza di non "mortificare" l'autonomia delle parti con interventi esterni che finiscono con il "fare il contratto per loro", ma, al contrario, di favorire interventi sulla disciplina contrattuale che "possano indurre a ricercare regole ulteriori" ed interne al contratto per "adeguare la disciplina alle mutate esigenze, in coerenza con l'assetto negoziale stabilito nel contratto"⁴⁵.

Volendo restringere l'attenzione intorno alle due fattispecie delle buone pratiche e del sottocosto deve osservarsi che entrambe le discipline che il legislatore ha voluto esplicitamente varare fissano il loro baricentro giusto nella necessità di arginare un esercizio abusivo della libertà negoziale proprio attraverso l'esaltazione della autonomia contrattuale e del potere di autoregolazione riconosciuto ai privati.

dalità previste dall'art. 7 del d.lgs. n. 198/2021. La modifica introdotta riflette il tentativo di individuare un punto di equilibrio tra la necessità di tutelare gli operatori agricoli, particolarmente vulnerabili a dinamiche di mercato sleali, e l'obbligo di garantire una flessibilità regolamentare compatibile con le esigenze operative del mercato, soprattutto per i prodotti freschi e deperibili, che richiedono un trattamento normativo maggiormente adattabile in ragione della loro deperibilità e della volatilità della domanda.

⁴³ Di una prospettiva normativa volta ad accentuare la funzione autointegrativa della buona fede, parla E. CAMILLERI, *Contratti a valle: rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2008, 400.

⁴⁴ In termini negativi, riguardo alla scelta del legislatore europeo di "limitare la valutazione di abusività (...) alla sola ipotesi in cui manchi un accordo tra le parti", si è espresso A. IULIANI, *op. cit.*, 756.

⁴⁵ *Ibidem*.



Una lettura più attenta delle norme in esame fa emergere come lo scrutinio del legislatore sulle modalità di esercizio dell'autonomia contrattuale è, in queste due occasioni, focalizzato verso le condotte corrette dei paciscenti piuttosto che verso i termini (normativi ed economici) equi dello scambio⁴⁶. Occorre avvertire che il richiamo alla buona fede posto dall'art. 6 a fulcro del controllo della buona pratica – sia nel comma 1, a proposito degli accordi e dei contratti di filiera (che, come si è detto, sono considerati “attuativi” della clausola generale); sia nel comma 2, in riferimento alla “conformità” dei contratti di cessione, – non ripropone elementi e valori esterni all'accordo e al mercato reale entro cui lo scambio si realizza. Questo dato è senz'altro più evidente in relazione all'esplicito appuntarsi della disposizione in esame all'adozione di un contenuto contrattuale ispirato alle buone prassi e ad una negoziazione assistita, laddove “*la trasparenza, la buona fede e la correttezza nelle relazioni commerciali*” assumono rilievo solo se ed in quanto non associati ad un contratto quadro o ad un accordo assistito, di cui fungano da cartina di tornasole.

Vero è che tale disposizione omette di definire in cosa consista una buona pratica commerciale mentre si preoccupa solo di fissare i contenuti distintivi di tale prassi contrattuale, cioè che l'accordo sia connotato da una durata minima di tre anni e che contenga gli elementi essenziali di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 198/2021. Vero è pure che la medesima norma ha ristretto l'ambito delle organizzazioni poste a tutela delle parti a quelle maggiormente rappresentative⁴⁷. Tuttavia, non pare che possa dubitarsi del fatto che viene comunque evocato un giudizio di contrarietà al canone della correttezza in assenza di una partecipazione effettiva alla definizione del contenuto contrattuale. L'interprete dovrà in altri termini necessariamente ricostruire una regola d'azione calibrata sulle indicazioni provenienti dagli accordi a monte, ed esclusivamente su questa base, seppure avvalendosi di indici rilevatori, scrutinare l'agire di quella tra le parti che detenga la maggiore forza contrattuale⁴⁸. Analoga considerazione può sostanzialmente valere in relazione alla disciplina della vendita sottocosto, a partire da quanto è dato desumere dall'art. 7 ove si dichiara che la vendita sottocosto è consentita, nel rispetto del d.lgs. n. 114/1998 e del d.P.R. 6 aprile 2001, n. 218, “*solo nel caso di prodotto invenduto a rischio di deperibilità o nel caso di operazioni commerciali programmate e concordate*”.

Invero, la “lettura” del sottocosto in termini di (libera) strategia di marketing o manifestazione di determinazione del prezzo subordinata all'onere partecipativo della controparte ben può inquadarsi all'interno di un fenomeno complesso, che registra risposte diverse in ordine alla portata che si intende riconoscere all'esercizio del potere di pressione dell'acquirente sul fornitore (ridimensionandolo o meno)⁴⁹. Attraverso un uso corretto di questa pratica commerciale si è, infatti, in grado di dar vita a vantaggi competitivi e a benefici in termini di contenimento dei costi e di migliori condizioni di accesso al bene da parte del consumatore. L'ammissibilità del “sottocosto” può senza dubbio essere (ri)considerata come un elemento fondamentale per il controllo dell'efficienza di un meccanismo di formazione del prezzo basato sulla competizione tra imprese. L'AGCM non ha mancato di sottolineare come questa pratica possa costituire un potente strumento concor-

⁴⁶ Tuttavia, è innegabile che il provvedimento a volte presenta delle discontinuità, se non delle contraddizioni, nel momento in cui si calibra il rimedio in funzione di ripristino automatico dei valori di scambio (è il caso dell'art. 6, comma 3).

⁴⁷ V. in senso critico A. JANNARELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali nella filiera agro-alimentare: criticità e prospettive*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2/2022, cit.

⁴⁸ Accordi e intese in senso lato riferiti alle linee guida stipulate in sede di confronto tra i rappresentanti delle organizzazioni professionali e di categoria.

⁴⁹ Una chiara indicazione in questo senso si trae adesso dalla regolamentazione specifica e concreta sulla vendita sottocosto dei prodotti agricoli contenuta nel d.lgs. n. 198/2021, dove all'art. 7 si stabilisce che: “la vendita sottocosto dei prodotti agricoli è consentita nel caso di prodotto invenduto a rischio di deperibilità oppure nel caso di operazioni commerciali programmate e concordate con il fornitore in forma scritta” art. 7, d.lgs. n. 198/2021.



renziale nel contesto del settore del commercio al dettaglio⁵⁰. Tale attività, quando valutata nella sua giusta prospettiva, riveste un ruolo cruciale nel garantire una vigilanza costante e rigorosa sull'efficacia del processo di determinazione dei prezzi, nel quale la sana competizione costituisce l'elemento cardine (v. *infra* § 7)⁵¹.

Gli interventi normativi sin qui richiamati delineano, dunque, un chiaro ordine di considerazioni che fa riferimento ad un modello di *governance* flessibile, diverso, se non addirittura antitetico, rispetto a quello delineato dalle disposizioni di cui agli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 198/2021. Quest'ultimo si fonda esclusivamente sull'imperatività ed inderogabilità delle norme, incarnando una tendenza all'eteronormazione del rapporto contrattuale che pone dei limiti all'autonomia non lasciando margini di discrezionalità alle parti per potere adattare il regolamento contrattuale alle specifiche esigenze della relazione individuale⁵².

Il legislatore, in un contesto di regolazione del mercato agricolo, con l'obiettivo di promuovere l'equità nelle dinamiche negoziali caratterizzate da asimmetrie di potere contrattuale ed economico, come si è detto, pone un'enfasi significativa sul ruolo cruciale dell'autonomia privata e delle sue modalità di esercizio⁵³.

⁵⁰ V. *infra* nel testo a proposito della pratica del sottocosto e della disciplina contenuta nell'art. 7 del d.lgs. n. 198/2021.

⁵¹ Tra i vantaggi maggiori di questa strategia commerciale si è soliti annoverare la capacità di attrazione dei consumatori, in quanto le vendite sottocosto attirano l'attenzione dei consumatori che sono alla ricerca di affari e di prezzi convenienti. Questo può portare a un aumento del traffico nei negozi o sulle piattaforme di e-commerce che promuovono queste offerte. I consumatori sono spinti a sfruttare l'opportunità di acquistare prodotti a un prezzo ridotto, che altrimenti potrebbero non essere in grado di ottenere.

Inoltre, le vendite sottocosto possono essere un modo efficace per attirare nuovi clienti. L'offerta di prezzi allettanti può fungere da incentivo per i consumatori che altrimenti potrebbero non essere interessati a visitare un determinato negozio o a fare acquisti presso un determinato rivenditore. Questo può condurre a un aumento della base clienti e a una maggiore visibilità del marchio.

Sebbene le vendite sottocosto comportino un margine di profitto ridotto o in alcuni casi addirittura una perdita, possono portare a un aumento delle vendite complessive. L'effetto di richiamo dei prezzi scontati può indurre i consumatori a fare acquisti più frequenti o a spendere di più nel tentativo di approfittare delle offerte limitate nel tempo.

Ancora, offrire vendite sottocosto può contribuire a creare una relazione di fiducia e fedeltà con i clienti. Se i consumatori fossero soddisfatti dell'esperienza di acquisto e del valore ottenuto dai prezzi scontati, potrebbero diventare clienti abituali e continuare a fare acquisti anche a prezzi pieni.

Da non trascurare il vantaggio competitivo che le vendite sottocosto possono dare agli operatori commerciali che sono in grado di offrire prezzi più bassi rispetto ai concorrenti. Questo può influenzare le scelte di acquisto dei consumatori e spostare la domanda verso il rivenditore che offre il prezzo più conveniente. Effetti positivi in una logica di mercato concorrenziale possono determinarsi anche nei confronti dei piccoli operatori economici. L'aumento di visibilità della parte più forte, generalmente della GDO o del trasformatore industriale, può comportare una maggiore consapevolezza del pubblico nei confronti dei prodotti e dei servizi offerti dai rivenditori più piccoli che, a loro volta, possono sfruttare l'aumento dell'interesse dei consumatori per le vendite sottocosto per diversificare la loro offerta. Ad esempio, possono selezionare prodotti complementari o alternativi a quelli offerti dai grandi rivenditori e offrirli a prezzi competitivi. Ciò può attrarre consumatori che desiderano una scelta più ampia e che potrebbero successivamente esplorare ulteriormente l'assortimento del rivenditore. Inoltre, i rivenditori più piccoli possono sfruttare la loro dimensione locale per promuovere i valori di vicinato, l'attenzione personalizzata e l'approccio più focalizzato al servizio clienti. Questi fattori possono essere un'alternativa attraente rispetto alle grandi catene di distribuzione, che potrebbero essere percepite come meno personalizzate o meno radicate nella comunità locale. Anche il processo di fidelizzazione dei clienti può essere condotto dai piccoli imprenditori se riescono a offrire un'esperienza d'acquisto positiva durante il periodo delle vendite sottocosto, possono sfruttare questa opportunità per creare una base di clienti fedeli. I rivenditori più piccoli, d'altra parte, godono della possibilità di formare connessioni locali basate sul senso di appartenenza alla comunità, collaborando con altri negozi locali, possono organizzare eventi o partecipare a iniziative comunitarie così aumentando la visibilità del negozio e creare un senso di solidarietà tra i consumatori locali.

⁵² Sul quale, da ultimo, v. C. ANGIOLINI, *La lista nera e la lista grigia di pratiche commerciali sleali vietate nella filiera agricola e alimentare: l'art. 4 d.lgs. n. 198/2021 nel prisma dei rimedi privatistici*, in *Le nuove leggi Civili e Commentate*, 3/2022, 681 ss.; G. VERSACI, *Gli abusi "complementari nei contratti della filiera agroalimentare. Note a margine dell'art. 5, d.lgs. n. 198/2021*, in *Le nuove leggi Civili e Commentate*, 3/2022, 707 ss. Sul medesimo profilo, in relazione alle indicazioni provenienti del legislatore europeo, S. PAGLIANTINI *Dal B2C al B2B: una prima lettura della Dir. (UE) 2019/633 tra diritto vigente e in fieri*, in *Le nuove leggi Civili e Commentate*, 1/2020, 220 ss.; sui tratti rimediali più qualificanti della normativa di recepimento della Direttiva 2019/633 v. dello stesso A. *L'attuazione della Direttiva 2019/633/ue e la toolbox del civilista*, in *Le nuove leggi Civili e Commentate*, 2/2022.

⁵³ Cfr. al riguardo, la riflessione critica di G. SALVI, *Principi generali e durata minima nei contratti di cessione di prodotti agri-*



Questo approccio, centrato sulla valorizzazione della relazione individuale che si sviluppa all'interno del mercato regolamentato, si focalizza sul riconoscimento degli interessi reali dei soggetti coinvolti, sulla fiducia reciproca e sulla capacità di comprensione dei bisogni delle parti interessate. Il suo obiettivo è ridurre le disuguaglianze e favorire una maggiore equità nelle transazioni commerciali, mediante una regolamentazione capace di bilanciare le dinamiche di potere negoziale tra le parti. Questa regolamentazione non mira a limitare o soffocare le parti, ma piuttosto a promuovere la loro autonomia e capacità di autoregolarsi, aprendo spazi per negoziazioni più efficaci e orientate al perseguimento di obiettivi specifici e condivisi, come la creazione di valore a lungo termine. Operando, per così dire, all'interno del rapporto contrattuale, essa si fonda sugli interessi concreti dei contraenti e sulla relazione particolare che li unisce. In questo modo, viene istituita, o meglio promossa, una continuità tra le innovazioni più rilevanti e apparentemente dirompenti del diritto contrattuale europeo.

Si assiste, in tal modo, ad una torsione degli strumenti privatistici e dell'autonomia privata in termini di efficienza della struttura del settore agricolo e alimentare e dell'immissione nel mercato del prodotto⁵⁴.

La prospettiva adottata dal legislatore (nazionale o europeo) al fine di garantire una corretta distribuzione tra le parti di diritti, obblighi e rischi economici derivanti dal contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari in un contesto di concorrenza, implica la valorizzazione delle regole del diritto privato e della trasparenza contrattuale⁵⁵. Questo approccio normativo, basato su una logica di flessibilità, favorisce, tra l'altro, il raggiungimento degli obiettivi di politica agricola e ambientale, meglio adeguandosi alle esigenze contingenti del settore⁵⁶.

Un'attenta e approfondita analisi delle modalità di esercizio dell'autonomia contrattuale si rivela per il legislatore cruciale per rispondere adeguatamente alle specificità e alle molteplici sfide intrinsecamente associate al segmento del mercato agroalimentare. Tale scrutinio non si esaurisce in un giudizio di conformità del contratto di cessione del prodotto alle esigenze economico-sociali in linea con gli obiettivi di politica agricola e ambientale.

Attraverso un'opportuna applicazione e riformulazione delle norme negoziali, si possono incentivare pratiche agricole sostenibili, promuovere la salvaguardia ambientale e migliorare le condizioni lavorative all'interno della filiera agroalimentare. Tale approccio normativo, oltre a favorire una maggiore equità nelle transazioni commerciali, costituisce un potente strumento per integrare obiettivi di sostenibilità e responsabilità sociale nel tessuto contrattuale, orientando il settore verso modelli operativi più etici e duraturi. Di conse-

coli e alimentari. Un private enforcement inefficace», in Le Nuove Leggi Civili Commentate, 3/2022, 679, il quale, seppure rileva il tendenziale ricorso da parte del legislatore all'uso degli strumenti negoziali ad in particolare ad un sistema private enforcement per governare le asimmetrie contrattuali, non manca di osservare come le norme contenute nell'art. 3 del d.lgs. n. 198/2021 a proposito della durata del contratto di cessione: "integrano ancora un modello 'debole' e una soluzione di per sé inefficace rispetto all'esigenza che si vuole perseguire (i.e. la salvaguardia della parte agricola dei contratti di cessione), assumendo le forme di un private enforcement inadeguato e, comunque, carente sul piano della tecnica di salvaguardia degli interessi coinvolti".

⁵⁴ Un'attenta analisi al tema della dialettica tra regole di mercato concorrenziale e regole del singolo rapporto individuale, in relazione alle forme rimediali che il diritto privato è in grado di esibire in funzione della salvaguardia di interessi generali, è offerta da E. CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit. Su una lettura degli istituti di diritto privato in funzione di regolazione dei mercati, v. R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2020, 134 ss. La giurisprudenza europea ha più volte sottolineato come la disciplina di contrasto alle pratiche contrattuali sleali rappresenti un fulcro del sistema di organizzazione del mercato agricolo. Il riferimento è alle sentt. CGUE C-2/2018, 13 novembre 2019.; C-333/14, 23 dicembre 2015, da ultimo C-400/19, 11 marzo 2021.

⁵⁵ Si veda in proposito A. ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, annuario del contratto 2015, a cura di A. D'Angelo, V. Roppo, Giappichelli, Torino, 8, 1.

⁵⁶ In argomento cfr. A. NICITA, *Deterrenza, sanzioni e mercato. Una riflessione economica*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit.



guenza, le relazioni contrattuali si configurano non solo come strumenti per la regolamentazione degli scambi economici, ma anche come veicoli preferenziali per l'implementazione di strategie volte alla sostenibilità e alla giustizia sociale⁵⁷.

La trasparenza contrattuale diventa uno strumento chiave per garantire una corretta dinamica concorrenziale e un equilibrio tra le parti coinvolte nella filiera agroalimentare. Essa permette di migliorare la comprensione delle condizioni contrattuali da parte dei contraenti e promuove una maggiore attenzione non solo riguardo alla fase esecutiva, ma anche una rivalutazione degli impegni assunti nelle fasi che precedono il contratto di cessione, inscindibilmente connessi all'operazione contrattuale complessiva posta in essere prima, dopo e durante la vicenda negoziale.

Questa curvatura privatistica ad opera del legislatore (nazionale ed europeo) volta da un lato a promuovere un controllo sulla corretta dinamica concorrenziale anche nel comparto agricolo e alimentare, esaltando il ruolo dei poteri privati sotto il profilo della costruzione e dell'esecuzione del programma contrattuale ed in particolare valorizzando la trasparenza contrattuale, deve muoversi anche lungo una medesima direttrice che intende, perseguendo una logica a geometrie variabili, connotare la disciplina delle relazioni contrattuali nell'ambito della filiera agroalimentare di ampi margini di flessibilità funzionali al conseguimento di obiettivi (contingenti) di politica agricola e ambientale⁵⁸. Da questo punto di vista la filiera agroalimentare costituisce un utile banco di prova per la sua vocazione a racchiudere in sé una serie di regole giuridiche legali e convenzionali che appaiono peculiari di certe fattispecie, come la vulnerabilità degli agricoltori o le caratteristiche del bene ceduto, per citare soltanto le più significative. Il miglioramento e il rafforzamento del potere negoziale della parte debole e l'adozione di valide misure di contrasto alle pratiche commerciali sleali, sono, infatti, aspetti intimamente connessi al potenziamento e all'ottimizzazione del sistema di distribuzione del prodotto agroalimentare⁵⁹. La consapevolezza dell'importanza di questa stretta relazione, ma anche dell'esigenza di reagire ai fallimenti e alle crisi del settore attraverso un approccio articolato capace di mettere in giusto risalto la naturale compenetrazione di regole di organizzazione del mercato e regole di protezione della parte debole, fa da sfondo agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 198/2021.

Il contrasto alle pratiche commerciali sleali tra imprese, in questa dimensione, mette a fuoco l'esigenza di non svalutare o circoscrivere le manifestazioni di libertà di iniziativa economica ma, al contrario, di migliorare le modalità di regolazione e di attuazione dello scambio avente ad oggetto il prodotto agricolo o alimentare⁶⁰.

⁵⁷ Cfr. I. CANFORA, *La normativa speciale dell'impresa agricola nel quadro di un sistema agroalimentare sostenibile in Europa*, cit.

⁵⁸ In questa direzione va letto, tra l'altro, l'art. 210-bis del Regolamento (UE) n. 1308/2013, introdotto dal Regolamento (UE) n. 2021/2021 per facilitare gli accordi di sostenibilità tra gli operatori della filiera agroalimentare, rendendoli compatibili con le regole della concorrenza dell'Unione Europea. Questa misura è stata adottata dalla Commissione con l'obiettivo di incentivare tali accordi, in quanto considerati essenziali per promuovere una transizione verso un sistema alimentare più sostenibile e per rafforzare la posizione dei produttori agricoli. La Commissione ha sottolineato questa necessità con la Comunicazione C/2023/14446, nella quale vengono fornite indicazioni operative per l'applicazione dell'articolo 210 bis. Questa Comunicazione mira a chiarire le modalità con cui gli operatori della filiera agroalimentare possono stipulare accordi di sostenibilità senza incorrere in violazioni delle norme sulla concorrenza. In particolare, si delineano i criteri e le condizioni che tali accordi devono rispettare per essere considerati leciti e conformi al quadro normativo europeo.

⁵⁹ Sull'uso della disciplina del contratto come momento di regolazione del mercato agricolo, v. R. ALESSI, *Tecniche di regolazione del mercato agro-industriale e diritto comune*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2018, 111 ss.

⁶⁰ Da questo punto di vista sembra lampante la distanza con il precedente intervento legislativo in materia. Il riferimento è all'art. 62 del d.l. n. 1/2012, adesso abrogata dal decreto legislativo. Quest'ultima disposizione che conteneva una trama spessa di divieti non è stata in grado in realtà di incidere in modo determinate sullo squilibrio delle relazioni commerciali nell'ambito della cessione dei prodotti agricoli. Si noti al riguardo la critica pressoché unanime mossa dalla dottrina. Con viva lucentezza, R. PARDOLESI, *I contratti funzionali alla circolazione e alla gestione di beni e servizi*, in G. GITTI-M. MAUGERI-M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, il Mulino, Bologna, 2012, 120). L'A. nel sottolineare l'eccessiva ed ingiustificata limitazione all'esercizio della libertà



Più che muoversi dentro una logica strettamente sanzionatoria, le due disposizioni da ultimo richiamate, offrono spunti di notevole rilievo in ordine alla necessità di individuare regole di proporzionalità, correttezza ed equità dello scambio ispirate ad una dimensione dialogica e collaborativa tra i soggetti protagonisti (e antagonisti) della filiera agroalimentare⁶¹.

In questo contesto, la disciplina delle pratiche sleali resta sempre più ancorata al funzionamento e all'organizzazione del mercato agricolo e al tema dei rapporti di fornitura⁶².

In tal modo il legislatore, europeo e municipale di recepimento, consegna la salvaguardia della libertà e della formazione del consenso – naturalmente tutelata dal diritto civile – ad una disciplina di regolazione del mercato agricolo, sebbene orientata al raggiungimento degli obiettivi indicati nell'art. 39 TFUE, tra i quali rientra, è bene qui evidenziarlo, il sostegno del reddito degli agricoltori e la tutela del loro benessere⁶³. Tuttavia, oggi, malgrado affiorino di tanto in tanto tentativi di segno opposto, difficilmente si può negare il naturale innesto delle regole della concorrenza nell'ambito della politica agricola⁶⁴, benché in questo senso sembra più palesarsi una funzione “servente” della disciplina antitrust rispetto agli obiettivi della Politica Agricola Comune, in un'ottica volta ed esaltare i momenti unitari e sistematici⁶⁵. A ciò si aggiunga l'ulteriore consapevolezza del legislatore e della dottrina che il mercato agricolo e alimentare non è declinabile nei soli termini di produzione e di efficienza, al solo scopo di migliorare ed innovare l'attività di immissione e messa

contrattuale sottolinea come il legislatore abbia fissato “principi ostativi come mai prima d'ora all'esercizio dell'autonomia privata”. In questo senso, A. JANNARELLI, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agro-alimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012, n. 27: un pasticcio italiano in salsa francese*, in *Rivista di diritto agrario*, 2012., S. PAGLIANTI, *Il “pasticcio” dell'art. 62 l. 221/2012: integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo ovvero responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente?*, in *Persona e Mercato*, 1/2014, 46.

⁶¹ Il legislatore italiano, pur non ripudiando le misure (e le regole) sanzionatorie da applicare alle pratiche sleali inserite negli art. 4 e 5 del d.lgs. n. 198/2021 propone un diverso profilo al quale guardare al fenomeno delle pratiche commerciali, distinguendo in esso due diversi ambiti di intervento, cui far corrispondere due blocchi di discipline: ad una parte gli artt. 4 e 5, dall'altra parte gli art. 6 e 7.

⁶² Questa prospettiva emerge con maggiore evidenza negli interventi della Commissione e nell'iter che ha portato all'emanazione della direttiva 2019/633, di cui il d.lgs. n. 198/2021 costituisce, com'è noto, strumento di recepimento. Come ribadisce la Direttiva, cons. 3, la problematica delle pratiche sleali nella filiera agroalimentare è stata posta al centro dell'attenzione del Forum di alto livello *per un migliore funzionamento della filiera alimentare*, svoltosi nel 2011. Il Forum di alto livello, voluto e guidato dalla Commissione, ha elaborato una serie di principi di buone prassi nelle relazioni verticali nella filiera alimentare. Tali principi e regole di comportamento sono stati sostanzialmente trasposti nell'attuale d.lgs. n. 198/2021. Tale tendenza legislativa viene rilevata anche in dottrina, in questo senso, S. PAGLIANTI, *L'attuazione della Direttiva 2019/633/ue e la toolbox del civilista*, cit., 393.

⁶³ Sulle difficoltà di una chiara messa a fuoco della base giuridica della Direttiva 2019/633 ed in particolare sulla circostanza che l'obiettivo del miglioramento del reddito dei produttori agricoli viene meglio perseguito ed attuato sulla base di altre misure specifiche, quali ad esempio il sistema dei pagamenti diretti, v. H. SCHEBESTA, *Unfair trading practices in the food supply chain: regulating right?*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2018, 690-700. La nostra dottrina, d'altro canto, non ha mancato di sottolineare come il Regolamento n. 1308/2013 sull'organizzazione del mercato agricolo, rappresenti la prima scaturigine di tutela contrattuale dei produttori agricoli in relazione alle forme di abuso del distributore e trasformatore industriale, v. A. JANNARELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali nella filiera agro-alimentare*, cit.

⁶⁴ Sul difficile rapporto tra politica agricola e politica della concorrenza nella disciplina delle relazioni agroindustriali, Cfr. A. JANNARELLI, *Dal caso «indivia» al regolamento omnibus n. 2393 del 13 dicembre 2017: le istituzioni europee à la guerre tra la PAC e la concorrenza diritto agroalimentare*, in *Diritto agroalimentare*, 3/2018, 109 ss.

⁶⁵ La CGUE, C_675/2015, 14/11/2017 ha affermato che l'art. 42 del TFUE prevale sugli obiettivi del trattato in materia di concorrenza e riconosce altresì il potere del legislatore dell'UE di decidere in quale misura le norme sulla concorrenza debbano essere applicate nel settore agricolo (...) “Così, nel perseguire gli obiettivi di instaurazione di una politica agricola comune e di creazione di un regime di concorrenza non falsata, l'articolo 42 TFUE riconosce la preminenza della politica agricola comune rispetto agli obiettivi del Trattato nel settore della concorrenza e il potere del legislatore dell'Unione di decidere in quale misura le regole di concorrenza trovano applicazione nel settore agricolo (v. in tal senso, sentenze del 5 ottobre 1994, Germania/Consiglio, C-280/93, EU:C:1994:367, punto 61, e del 12 dicembre 2002, Francia/Commissione, C-456/00, EU:C:2002:753, punto 33)”. Per un approfondimento della sentenza e sui profili di maggiore criticità della decisione v. A. JANNARELLI, *Dal caso «indivia»*, cit., 109 ss.



in circolazione del prodotto agricolo, ma deve combinarsi e completarsi con gli altri obiettivi della PAC⁶⁶.

Una conferma in tal senso si trae dall'art. 210-*bis* del Regolamento n. 1308/2013, introdotto ad opera del Regolamento 2021/2117 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021, che mette in rilievo, nelle relazioni di filiera agroalimentari, l'obiettivo della sostenibilità ambientale⁶⁷. Si delinea quindi una prospettiva più ampia e funzionale, che necessita di un approccio elastico e dinamico, in grado di adattarsi ai cambiamenti e alle diverse funzioni richieste⁶⁸. Questa prospettiva, peraltro, è pure più sensibile nel valutare i processi di cambiamento nelle politiche agricole⁶⁹.

Oggi, il tema della sostenibilità fa emergere il bisogno di incentivare il ricorso ai codici di condotta e allo stesso tempo l'esigenza di interventi normativi più efficaci volti a introdurre regole di organizzazione e funzionamento del mercato che possano incidere direttamente sulle modalità di svolgimento dell'attività di impresa nella dimensione sia distributiva che produttiva, con l'intento di incentivare accordi interprofessionali volti a declinare in termini di sostenibilità lo scambio dei prodotti agricoli e alimentari⁷⁰.

In questo variegato contesto il legislatore europeo, attraverso il Regolamento n. 1308/2013, pone in rilievo l'importanza della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e in generale dei profili di formazione e contenuto del contratto, che si riferiscono all'equità (economica) del rapporto negoziale in un mercato concorrenziale. Il riferimento è al Considerando 138 del Regolamento da ultimo richiamato dove si sottolinea come: *L'uso di contratti scritti formalizzati... può anche contribuire a evitare determinate pratiche commerciali sleali. In mancanza di una normativa dell'Unione relativa a tali contratti, gli Stati membri possono, secondo il diritto contrattuale nazionale, decidere di rendere obbligatorio l'uso di contratti di questo tipo, purché sia rispettato il diritto dell'Unione e, in particolare, sia rispettato il corretto funzionamento del mercato interno e dell'organizzazione comune dei mercati*". Questa indicazione riferita alla scelta di imporre l'uso della forma scritta ed un contenuto minimo essenziale al contratto di cessione, già nel 2013 metteva in

⁶⁶ In tal senso M. IMBRENDA, *op. cit.* In particolare, l'A. afferma come "la capacità di 'saper vendere' nel modo più conveniente i propri prodotti – non è fine a sé stesso quanto piuttosto proteso alla sostenibilità ambientale, sociale ed economica e, più in generale, alle strategie di *Green Deal* europeo", 56.

⁶⁷ La sostenibilità coniuga l'aspetto dello sviluppo economico con l'esigenza di tutela del contesto nel quale si svolge l'attività di produzione e di immissione del bene nel mercato. In questo senso, l'art. 210-*bis* del Regolamento n. 1308/2013, introdotto con Regolamento 2021/2117 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021, specifica che le politiche agricole sono volte all'uso sostenibile e alla protezione del paesaggio, delle acque e dei suoli; alla transizione verso un'economia circolare, alla riduzione degli sprechi alimentari; alla prevenzione e riduzione dell'inquinamento; alla protezione e al ripristino della biodiversità e degli ecosistemi; alla produzione di prodotti agricoli con modalità che riducano l'uso di pesticidi e ne gestiscano i rischi derivanti da tale uso, o che riducano il pericolo di resistenza antimicrobica nella produzione agricola e al rispetto della salute e del benessere degli animali.

⁶⁸ Su tale aspetto si è soffermata la Commissione nel Report "Strategic Dialogue on the Future of EU Agriculture" del 2024 affermando come solo attraverso un approccio integrativo e olistico sarà possibile affrontare le complesse sfide del sistema agroalimentare, garantendo la sostenibilità, l'efficienza e l'equità, in linea con gli obiettivi della Politica Agricola Comune (PAC) e le esigenze della società contemporanea: "The political and institutional structures governing the agri-food system must enable this coherence through an integrative and holistic approach and design, breaking away from silo thinking among stakeholders and within institutions." <https://agriculture.ec.europa.eu>, 77.

⁶⁹ Su questi profili e sull'esigenza di individuare nuovi approcci nelle politiche agricole e alimentari per affrontare le nuove sfide ambientali e garantire un futuro sostenibile, resiliente e competitivo per i sistemi agroalimentari in Europa, v. *Ibidem*, In ordine alla circostanza che le regole di organizzazione non si lasciano ricondurre a un'unica ratio regolatoria, potendo mirare al raggiungimento di più obiettivi in considerazione della natura degli interessi coinvolti e del tipo di mercato di riferimento, v. R. NATOLI, *op. cit.*, 142.

Il diritto privato regolatorio si avvale infatti di un ampio ventaglio di principi e strumenti, alcuni comuni a tutti i settori regolati e altri, invece, tipici di alcuni settori soltanto. Tali tecniche e strumenti – generali o particolari – risentono, ovviamente, delle finalità della regolazione e del tasso di maturità concorrenziale raggiunto da ciascun mercato regolato.

⁷⁰ Ciò, come rileva G. VETTORI, vale in particolare per il contratto che "è coinvolto in questo nuovo ordine ed è del tutto plausibile una nuova conformazione dettata da un interesse pubblico volto ad uno sviluppo sostenibile", *cit.*, 466.



luce un importante angolo prospettico della relazione negoziale che conferma – senza offrire una soluzione o delle misure specifiche – una lettura del contratto in chiave funzionale al raggiungimento di una molteplicità di obiettivi⁷¹.

In questo ordine di idee si muovono i più recenti interventi della giurisprudenza europea, che non hanno mancato di sottolineare come la disciplina delle pratiche scorrette nella filiera agroalimentare – il cui luogo elettivo deve essere il rapporto contrattuale/individuale – costituisca un imprescindibile tassello della *governance*, che deve fare da completamento al sistema di organizzazione e funzionamento del mercato agricolo improntato ad un modello concorrenziale⁷².

L'impostazione che si è sintetizzata nei termini essenziali va incentrata sul sistema di contrasto alle pratiche sleali attraverso un'analisi delle disposizioni del d.lgs. n. 198/2021 capace di mettere in risalto i nessi che affidano all'autonomia privata l'attuazione di un nuovo schema di comportamento degli attuali protagonisti della filiera agroalimentare, a partire dalla ipotesi regolata dall'art. 6 del medesimo decreto legislativo.

Quest'ultimo, come si è detto, dopo gli artt. 4 e 5 che contengono gli elenchi delle pratiche sleali, graduandole a seconda della maggiore o minore gravità (*black e grey list*), inserisce una specifica disposizione epigrafata buone pratiche commerciali (art. 6)⁷³. Tuttavia, non fornisce, come ci si potrebbe attendere, un elenco di ciò che costituisce appunto una buona pratica, ma la sua determinazione viene affidata al regolamento contrattuale, stabilendosi, al comma 1 che si considerano attuativi dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza nelle relazioni commerciali tra acquirenti e fornitori di prodotti agricoli ed alimentari gli accordi ed i contratti di filiera che abbiano durata di almeno tre anni nonché i contratti di cui all'art. 3 conformi alle condizioni contrattuali definite nell'ambito degli accordi quadro. Il legislatore aggiunge inoltre la fattispecie dei contratti di cessione, individuandola come modello contrattuale idoneo a far veicolare buone prassi a condizione che contenga i seguenti elementi essenziali, ai fini dello scrutinio di correttezza: “*conformità dell'esecuzione a quanto concordato; correttezza e trasparenza delle informazioni fornite in sede precontrattuale; assunzione ad opera di tutte le parti della filiera dei propri rischi imprenditoriali e giustificabilità delle richieste*”⁷⁴.

La scelta normativa è stata in sostanza di affidare alle parti e quindi al regolamento contrattuale il potere di integrare e completare il quadro normativo di riferimento in merito alle buone pratiche. Fissata la cornice con gli artt. 3, 4, 5 e 7, il legislatore rimette dunque al programma negoziale e al suo contenuto, il compito di trovare il giusto equilibrio e perequare l'asimmetria, considerando l'accordo idoneo a superare le carenze di informazione e di potere contrattuale ed economico delle parti.

⁷¹ La circostanza che i vincoli di contenuto e di forma nella filiera agroalimentare “non assicurano affatto la congruità del corrispettivo” e che, soprattutto il secondo, sia idoneo a perseguire una pluralità di interessi particolari e generali in quanto capace di cristallizzare e rendere “immediatamente percepibile un elemento rilevante per l'operazione economica” è sostenuto, tra gli altri, da Iuliani, A. cit., 760.

⁷² Questa esigenza è avvertita in particolare dalla Corte di Giustizia nella causa CGUE C-2/18, 13 novembre 2019. Qui, la Corte ha avuto modo di precisare come le misure di contrasto alle pratiche scorrette devono inserirsi e coordinarsi con le regole di funzionamento del mercato agricolo disciplinato dal Regolamento n. 1308/2013. Nello stesso senso da ultimo, CGUE C-400/19 del 11 marzo 2021 a proposito degli interventi legislativi volti ad incidere sui margini di profitto. In questa occasione i giudici hanno ribadito come gli interventi legislativi degli Stati membri sui meccanismi di fissazione dei prezzi, incidendo sulla libera determinazione del prezzo di vendita, falsano il libero gioco della concorrenza che costituisce una componente essenziale del Regolamento n. 1308/2013 che è espressione del principio della libera circolazione delle merci in condizioni di concorrenza effettiva.

⁷³ Per un primo commento alla disposizione, v. L. VIZZONI, *op. cit.*, 734 ss.

⁷⁴ Il legislatore in questa circostanza ha voluto porre il suggello ai criteri specifici contenuti nell'Allegato A del d.m n. 199/2012 attuativo dell'art. 62, d.l. n. 1/2012, che a sua volta ha avuto il merito di introdurre nel nostro ordinamento i principi elaborati in sede europea dal Forum di Alto livello costituito in seno alla Commissione



In questa occasione l'art. 6 del d.lgs. n. 198/2021 sembrerebbe riferirsi ad un generico fenomeno e ad una certa tendenza di economia del mercato che esalta il consenso e la libertà dei privati, piuttosto che introdurre/imporre misure comportamentali specifiche⁷⁵. È certo, invece, che proprio il richiamo agli accordi, ai contratti di filiera, ai contratti quadro e di cessione, serve a costruire una serie di regole rigorose ma al tempo stesso coerenti con un modello dinamico di rilevanza della parte economicamente e contrattualmente debole che pone al centro il reale assetto dei bisogni e degli interessi economici delle parti. Da un'analisi più attenta (e da una lettura più ampia che riguarda anche altri aspetti relativi al buon funzionamento del mercato agro-alimentare) la scelta sembra andare oltre la semplice sollecitazione o espressione di favore, verso l'introduzione per via contrattuale di buone prassi economiche.

Ed in questa direzione, il legislatore delegato non ha mancato di accogliere le segnalazioni espresse dal legislatore europeo e del nostro Parlamento in sede di delega. Il riferimento è al citato Considerando n. 16 della Direttiva 2019/633, che riferendosi alla necessità di una graduazione rispetto all'illiceità delle clausole abusive suggerisce, agli Stati membri, l'introduzione di una *grey list*, spingendo nella direzione di dare maggiore rilevanza agli accordi funzionali a riequilibrare il rapporto e avvertendo i legislatori degli Stati membri che *“nel decidere se una particolare pratica commerciale è da considerarsi sleale è importante ridurre il rischio che il ricorso ad accordi equi tra le parti, volti a creare efficienza, venga limitato. È quindi opportuno operare una distinzione tra le pratiche che sono previste in termini chiari ed univoci negli accordi di fornitura o in accordi successivi fra le parti e pratiche messe in atto dopo l'inizio dell'operazione, senza essere state preventivamente concordate, in modo tale da vietare unicamente le modifiche unilaterali e retroattive apportate alle condizioni chiare ed univoche pertinenti dell'accordo di fornitura. Alcune pratiche commerciali sono però considerate sleali per loro stessa natura e non dovrebbero essere soggette alla libertà contrattuale delle parti”*.

La delega legislativa, dal canto suo, sul punto è ancora più chiara vincolando esplicitamente il governo a *“mantenere e ulteriormente definire i principi generali di buone pratiche commerciali di trasparenza, buona fede, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni a cui gli acquirenti di prodotti agricoli e alimentari debbano attenersi prima, durante e dopo l'instaurazione della relazione commerciale”* (art. 7, comma 1, lett. b).

L'art. 6 del d.lgs. n. 198 /2021 si (ri)volge, dunque, all'autonomia negoziale in due distinti momenti, ma preoccupandosi allo stesso tempo di circoscrivere il perimetro della relazione contrattuale, incardinando l'intera operazione economica dentro un modello negoziale specifico, da utilizzare per la cessione del prodotto agricolo e alimentare. L'art. 6, comma 1, fa riferimento agli accordi e ai contratti di filiera, nonché ai contratti quadro di fornitura. Per quanto riguarda i contratti di cessione, il medesimo comma distingue tra i contratti di cessione che si possono definire esecutivi del contratto quadro e i contratti individuali di cessione stipulati in assenza di contratti quadro, ma conclusi con l'assistenza delle rispettive organizzazioni professionali maggiormente rappresentative a livello nazionale. L'art. 6, comma 2, contempla anche la possibilità di stipulare contratti di cessione individuali in modo autonomo, fuori cioè dalla sequenza accordo-quadro/contratto di cessione. In questa ipotesi non vi è una presunzione o una forma di automatismo come nel comma 1, che si ricava dalla locuzione *“si considerano attuativi”*, ma si utilizza la diversa espressione *“si considerano conformi”* alle buone pratiche, i contratti di cessione che rispettino i quattro criteri specifici definiti dalla medesima disposizione.

Si tratta in buona sostanza di affidarsi ad una contrattazione che vincola le parti alla ricerca di un punto di reale equilibrio normativo ed economico, un modello che da questo punto di vista si contrappone anzi si po-

⁷⁵ Cfr. A. JANNARELLI, *La “giustizia contrattuale” nella filiera agro-alimentare: considerazioni in limine all'attuazione della direttiva n. 633 del 2019*, in *Giust. civ.*, 2/2021, 199.



ne in aperto contrasto con la modalità di predisposizione unilaterale del contratto e delle condizioni generali di contratto di cui agli artt. 1341 e 1342 cod. civ.

La *ratio legis* consiste nel conformare il comportamento dei protagonisti ed in particolare di instaurare comportamenti virtuosi e responsabili. Lo sforzo del legislatore (europeo e di riflesso nazionale) è volto, infatti, in prima battuta a mettere in chiaro i termini rilevanti delle operazioni economiche poste in essere dalle imprese in un contesto di filiera; cui fa seguito l'individuazione degli strumenti ritenuti più efficaci per correggere le condotte potenzialmente pregiudizievoli per le parti, per i terzi e per la collettività. La regolamentazione, in questa ottica, si inserisce a pieno titolo dentro la disciplina del contratto quadro e delle intese di filiera di cui al d.lgs. n. 102/2005, atto quest'ultimo – richiamato, non a caso, dall'art. 2 del d.lgs. n. 198/2021 – volto a migliorare l'efficienza del mercato agricolo e alimentare⁷⁶.

L'intervento normativo spinge verso un cambiamento di paradigma che consiste nell'individuare in un contesto complesso ed articolato, come quello della filiera agricola e alimentare, in modo chiaro le buone pratiche commerciali che possono incidere favorevolmente ed efficacemente verso una relazione più equa, solidale e sostenibile⁷⁷. Gli obiettivi di sostenibilità, in questo scenario mirano, quindi, alla conformazione dell'azione dei soggetti economici privati al soddisfacimento dei loro interessi, senza pregiudicare le possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri⁷⁸.

Proseguendo lungo questo tracciato, nel mese di luglio del 2021 è stato pubblicato il Codice di condotta dell'Unione Europea sulle pratiche commerciali e di *marketing* responsabili nella filiera agroalimentare. Si tratta di un lavoro che è stato portato a termine attraverso il dialogo e il contributo di numerose imprese e organizzazioni rappresentative delle filiere agroalimentari con l'obiettivo di incoraggiare gli operatori del settore ad adottare pratiche commerciali sostenibili nell'interesse comune⁷⁹. Un'iniziativa che si inserisce dentro il solco tracciato dalla strategia *Farm to Fork* e più in generale nell'ambito del c.d. *Green Deal* europeo. Il nuovo modello mira alla creazione di filiere agroalimentari sostenibili dal momento della produzione fino all'immissione del prodotto nel mercato⁸⁰.

5. – Da questo punto di vista, la pratica del sottocosto rappresenta un punto focale particolarmente significativo poiché evidenzia il bilanciamento tra il controllo normativo e la promozione della libertà contrattuale. In molti contesti, il sottocosto si è rivelato un problema persistente, con effetti negativi su agricoltori e operatori della filiera agroalimentare. Tuttavia, il passaggio dalla proibizione a una disciplina del sottocosto,

⁷⁶ Occorre avvertire, al riguardo, che il raggio di azione del d.lgs. n. 198/2021, non può ritenersi del tutto coincidente con quello del d.lgs. n. 102/2005, almeno nella fattispecie in esame. Il d.lgs. n. 198/2021 si riferisce sotto il profilo della vulnerabilità soggettiva a tutti i fornitori che a diverso titolo operano all'interno della filiera e che si relazionano, direttamente e indirettamente, con l'acquirente. L'ambito del d.lgs. n. 102/2005 è tendenzialmente determinato, riconducendosi al primo livello della catena, cioè alla fornitura dei beni da parte del produttore agricolo. Una sovrapposizione del d.lgs. n. 198/2021 con il Regolamento n. 1308/2013, con riferimento ai fornitori agricoli viene individuata da A. JANNARELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali nella filiera agro-alimentare: criticità e prospettive*, cit., 21.

⁷⁷ Cfr. al riguardo, G. VETTORI, *ult. op. cit.* Analogamente M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2020.

⁷⁸ Com'è noto questa idea di sviluppo sostenibile risale all'elaborazione svolta dalle Nazioni Unite nel 1987 all'interno del Report of the World Commission on Environment and Development. *Our Common Future*, <https://digitallibrary.un.org>.

⁷⁹ Dal 2009 la Commissione ha intrapreso una serie di iniziative volte a stimolare una legislazione in grado di introdurre negli ordinamenti nazionali regole specifiche in materia di contrasto alle pratiche commerciali su base nazionale e volontaria, riguardanti le pratiche commerciali sleali attuate nella filiera alimentare.

⁸⁰ Cfr. G. SPOTO, *Le filiere agroalimentari e i divieti di pratiche commerciali sleali*, in *Europa e Diritto Privato*, 1/2022, 185 ss.



come si dirà a breve, indica in modo univoco come la soluzione a questo problema non è necessariamente rappresentata da misure sanzionatorie o demolitorie volte a impedirne l'uso. Ma, al contrario, dalla presa d'atto che tali forme di tutela determinerebbero un effetto di *overdeterrence*, scoraggiando gli attori della filiera agroalimentare dall'agire in modo autonomo e dalla ricerca di soluzioni innovative per affrontare le sfide del settore. Diversamente, prende corpo l'idea di affrontare la questione in modo più equo ed equilibrato, affidandosi alla forza dell'autonomia contrattuale e alla capacità delle parti coinvolte di autoregolarsi, ponendo le condizioni affinché esse possano raggiungere accordi vantaggiosi e sostenibili nel contesto di un mercato competitivo. Il potere di autoregolazione delle parti, in questo caso, se sottoposto ad uno scrutinio attento alle finalità perseguite e agli interessi tutelati dalla norma, consentirebbe agli attori della filiera di negoziare condizioni che riflettano meglio le loro esigenze e le loro realtà. Questa prospettiva favorirebbe la formazione di prezzi equi per gli agricoltori per la cessione dei loro prodotti e ai consumatori l'accesso ad alimenti sicuri e di non scarsa qualità, senza tuttavia soffocare la flessibilità necessaria per adattarsi alle sfide di un settore in continua evoluzione, mantenendo la capacità degli operatori economici di rispondere in modo flessibile alle dinamiche del mercato.

Tutto ciò è evidenziato dal chiaro proposito del nostro legislatore, il quale ha voluto inserire una specifica indicazione sulla modalità di svolgimento della pratica commerciale del sottocosto. Il riferimento è all'art. 7, comma 1, lett. *h*, legge n. 53/2021 (legge di delegazione europea 2019-2020), che vincola il Governo ad introdurre una modifica alla disciplina generale delle vendite sottocosto, di cui al d.P.R. 6 aprile 2001, n. 218, *“definendo in modo puntuale condizioni e ambiti di applicazione”* (art. 7).

In attuazione alla disposizione citata, l'art. 7 del d.lgs. n. 198/2021 sulla disciplina della vendita sottocosto già dall'epigrafe della disposizione indica in modo inequivocabile il superamento della logica astratta e meramente sanzionatoria⁸¹. Qui, infatti, come già visto, il legislatore, al comma 1, ha previsto che la vendita sottocosto è consentita – all'interno della cornice normativa generale fissata dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 e dal d.P.R. 6 aprile 2001, n. 218, – nel caso di *“prodotto invenduto a rischio di deperibilità”* ovvero nel caso di *“operazioni commerciali programmate e concordate con il fornitore in forma scritta”*. Così, il giudizio di meritevolezza si concentra sia sotto l'aspetto della convenienza e dell'efficacia dello scambio, che sotto il profilo delle modalità attraverso le quali la vendita sottocosto viene realizzata nel concreto regolamento predisposto dalle parti.

⁸¹ L'art. 7, d.lgs. n. 198/2021, recita: “Disciplina delle vendite sottocosto di prodotti agricoli ed alimentari”.

1. Fermo restando quanto previsto dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 nonché dal decreto del Presidente della Repubblica 6 aprile 2001, n. 218, relativamente alle procedure e alle sanzioni ivi disciplinate, la vendita sottocosto dei prodotti agricoli e alimentari freschi e deperibili è consentita solo nel caso di prodotto invenduto a rischio di deperibilità oppure nel caso di operazioni commerciali programmate e concordate con il fornitore in forma scritta.

2. È, in ogni caso, vietato imporre al fornitore condizioni contrattuali tali da far ricadere sullo stesso le conseguenze economiche derivanti, in modo diretto o indiretto, dal deperimento o dalla perdita dei prodotti agricoli e alimentari venduti sottocosto non imputabili a negligenza del fornitore.

3. In caso di violazione della disposizione di cui al comma 1, il prezzo stabilito dalle parti è sostituito di diritto, ai sensi dell'articolo 1339 del codice civile, dal prezzo risultante dalle fatture d'acquisto oppure, qualora non sia possibile il riscontro con le fatture d'acquisto, dal prezzo calcolato sulla base dei costi medi di produzione rilevati dall'Istituto di servizi per il mercato agricolo alimentare – ISMEA ovvero, in mancanza di quest'ultimo, dal prezzo medio praticato per prodotti simili nel mercato di riferimento.

La necessità di intervenire in modo drastico, introducendo un divieto generalizzato alla pratica del sottocosto dei prodotti agricoli e alimentari, era stata avvertita dal legislatore. Il riferimento è in particolare alle proposte di legge A.C. 1277 (ritirato) e A.C. 1549 (destinato ad essere assorbito nella proposta di legge delega), emblematico è, a tale riguardo, il titolo di quest'ultima proposta che segnala immediatamente l'intento perseguito dal legislatore di vietare la vendita sottocosto dei prodotti agricoli e agroalimentari (*Disposizioni concernenti l'etichettatura, la tracciabilità e il divieto della vendita sottocosto dei prodotti agricoli e agroalimentari, nonché delega al Governo per la disciplina e il sostegno delle filiere etiche di produzione*).



Pur dovendosi riconoscere l'ammissibilità delle pratiche di vendita sottocosto, in quanto, tra l'altro, espressione della libera negoziazione del prezzo, bisogna tener conto delle condizioni imposte dall'art. 7. La disposizione, nell'attribuire alle parti la facoltà di concludere contratti di vendita sottocosto, prevede che tale accordo, da un lato, realizzi interessi "esterni" meritevoli di tutela (consumatore e mercato), dall'altro lato, non comporti uno squilibrio economico per la parte fornitrice.

Non v'è dubbio che dalla formulazione della disposizione in esame, sebbene non snella e di non immediata interpretazione, il legislatore individui un diverso punto di equilibrio tra le diverse esigenze dei contraenti, non più basato sulla illiceità evidente di tale pratica. In altre parole, anziché semplicemente vietare o considerare come illegale la modalità di vendita del sottocosto, il legislatore si sforza di individuare un equo bilanciamento che tenga conto di diverse esigenze e interessi. Per certi versi appare più vantaggiosa per l'acquirente-distributore, giacché non gli viene impedito in determinate circostanze di offrire prezzi di acquisto allettanti e fuori mercato. Per altri, risulta più garantita la posizione del fornitore, il quale vede immediatamente privata di efficacia la clausola del sottocosto che eventualmente non rispettasse i requisiti dell'inventuto e della reperibilità oltre le altre circostanze previste dalla disciplina generale. Ma vi è un ulteriore elemento da evidenziare ai fini del nostro discorso, volto ad analizzare i momenti di una disciplina ispirata ad un approccio di *governance*. Il riferimento è alla circostanza che la scelta del sottocosto non sia frutto di un atto unilaterale, cioè di una libera determinazione dell'acquirente, ma di un'operazione di marketing programmata e concordata con il fornitore in forma scritta.

Ora, posto che non tutte le vendite sottocosto possono ritenersi a priori abusive o dannose e che questo carattere, viceversa, va determinato con riguardo all'interesse del fornitore, se ne deduce che la connotazione di "slealtà" della pratica qui esaminata si deve estrinsecare in una condotta di scorrettezza valutata in base all'interesse concreto e non in astratto. Tanto più che l'ordinamento non mostra in alcun modo di considerare abusiva la vendita sottocosto, anzi la considera positiva riguardo all'interesse del consumatore.

Si tratta di una novità nel panorama della filiera agroalimentare. Quello che la prassi e la teoria hanno messo in evidenza nella vicenda della integrazione per via contrattuale della filiera è l'ingerenza del grande distributore e/o trasformatore industriale rispetto alle modalità di svolgimento dell'attività imprenditoriale del produttore. È il caso del disciplinare di produzione che fissa standard specifici riguardo alla coltivazione ed all'allevamento (uso di specifiche sementi, sostanze diserbanti e pesticidi, numero di controlli veterinari, ecc.), che naturalmente ha un'immediata ricaduta sulle condizioni economiche e in particolare sugli oneri di produzione⁸².

Nel caso, invece, dell'attività di marketing programmata di cui si è detto, si assiste ad un'ingerenza da parte del fornitore sulle scelte di marketing dell'acquirente-distributore. Le scelte e le strategie volte all'immissione nel mercato del prodotto agricolo compiute a valle da parte dell'acquirente devono essere condivise e quindi trovare l'assenso a monte da parte del fornitore/produttore⁸³. Risulta evidente che tale misura sarà

⁸² Cfr. A. JANNARELLI, *Profili giuridici del sistema agro-alimentare e agro-industriale. I rapporti contrattuali*, cit., 2018.

⁸³ Ciò, come detto, rappresenta una novità di assoluto rilievo in considerazione della posizione dell'operatore agricolo, in quanto si rovescerebbero i termini della relazione negoziale. Come evidenzia la dottrina, infatti, una delle più significative caratteristiche del c.d. *contract farming* è proprio la dimensione d'ingerenza da parte del trasformatore industriale nell'attività di produzione primaria. Il trasformatore industriale, che di solito è un'azienda di trasformazione o un acquirente finale, fornisce al produttore primario le specifiche dettagliate riguardanti la qualità, le quantità richieste e, talvolta, anche le pratiche agronomiche e le tecniche di coltivazione da seguire.

Il produttore primario si impegna a conformarsi a queste specifiche e ad adottare le modalità di produzione richieste per soddisfare le esigenze dell'acquirente. Ciò può includere l'uso di determinati metodi di coltivazione, l'applicazione di determinati input agricoli, l'adempimento di standard di qualità specifici, il rispetto di norme ambientali o altre direttive stabilite dal trasformatore industriale.

Questa dimensione d'ingerenza da parte del trasformatore industriale è vista come una delle peculiarità del *contract farming*.



tanto più efficace quanto maggiore sarà la forza contrattuale del fornitore, e dunque essenziale il ruolo svolto dall'organizzazione dei produttori. In questo caso, è quanto mai necessario che le organizzazioni dei produttori possano emanciparsi dall'ormai riduttivo compito di regolazione-aggregazione dell'offerta, sviluppando vere e proprie strategie di marketing per quanto necessariamente condivise con la controparte ⁸⁴.

A proposito del percorso normativo della pratica del sottocosto, la dottrina recentemente ha parlato di una sorta di immunità ⁸⁵. Un'immunità che in un contesto di asimmetria può apparire pericolosa e da guardare con sospetto, ma che alla luce delle considerazioni svolte – a proposito dell'esigenza di una tutela della parte debole dentro un quadro di compatibilità con le regole di organizzazione e dunque in un'ottica di corretta dinamica concorrenziale – può invece restituire quella coerenza alla regola, ma anche efficacia in termini di protezione degli interessi individuali (della parte debole, compreso il consumatore).

La questione – come è facile intuire – non sta tanto nell'applicazione, o meno, di misure restrittive (generalizzate) all'uso della pratica del sottocosto dei prodotti agricoli o alimentari, quanto nel ragionamento su come questa operazione deve essere effettuata e, soprattutto, nella funzione che al suo interno all'“accordo equo” viene ora esplicitamente assegnata.

Non mancano del resto chiari segnali normativi provenienti dall'Ue che riguardano l'intera disciplina delle pratiche sleali in questa materia. In questo senso è la stessa Direttiva che offre un solido appiglio alla scelta del nostro legislatore che si traduce in una sorta di declassamento della vendita sottocosto dalla *black* alla *grey list*. La Direttiva 2019/633 mira, come sottolinea acutamente la dottrina, ad assicurare che determinate operazioni commerciali attuate discrezionalmente dall'impresa in fase di distribuzione o di vendita finale al consumatore non producano effetti negativi diretti o indiretti per il fornitore. Il focus è l'impatto negativo che in concreto può verificarsi a seguito dell'adozione di una specifica operazione a valle compiuta unilateralmente dal distributore-parte forte. Così impostati i termini della questione, il legislatore si affida alla capacità della regola (negoziale) di individuare all'interno del contenuto contrattuale la soluzione ottimale che, usando le parole della nostra dottrina più sensibile, è il migliore strumento per trasformare le scelte di politica commerciale “*in una variabile consegnata ad un accordo che ne fissa le condizioni*” ⁸⁶. A questo punto, potrebbe sorgere il problema se la scelta di praticare una vendita sottocosto possa essere consentita quando non incida sulla corretta remunerazione del fornitore. La risposta, dentro una cornice normativa europea e domestica che mette a fuoco gli scopi di protezione del fornitore, dovrebbe essere senz'altro positiva, salvo ov-

Mentre può offrire vantaggi come l'accesso a mercati sicuri, la garanzia di vendita e la trasferibilità del rischio, può anche sollevare questioni riguardanti la dipendenza economica dei produttori primari e la perdita di autonomia decisionale nella gestione delle proprie aziende.

L'obiettivo principale di questa ingerenza è garantire la coerenza e la conformità alla domanda del mercato da parte dei produttori primari, assicurando che i prodotti soddisfino le specifiche richieste dagli acquirenti. Tuttavia, è importante valutare attentamente i termini e le condizioni dei contratti di *contract farming* per garantire che siano equi e sostenibili per entrambe le parti coinvolte. Sul tema v. A. JANNARELLI, *I contratti nel sistema agroalimentare*, in *Trattato di diritto agrario*, a cura di L. Costato-A. Germanò-E. Rook Basile, 2011, cit., 428 ss.

⁸⁴ Stenta ad emergere questa nuova prospettiva dai più recenti interventi normativi, che a proposito delle finalità e degli scopi dell'Organizzazione di produttori riconosciute ripropone la tralatizia formula della programmazione. Il riferimento è all'art. 17, comma 3, lett. b, n. 1, legge 9 marzo 2022, n. 23, *Disposizioni per la tutela, lo sviluppo e la competitività della produzione agricola, agroalimentare e dell'acquacoltura con metodo biologico*, che aggiunge tra gli obiettivi da inserire negli statuti delle OP quello di “programmare la produzione e l'adeguamento della stessa alla domanda, dal punto di vista sia quantitativo sia qualitativo”.

⁸⁵ L'espressione è attinta da Pagliantini, il quale avverte dei rischi di un effetto immunizzante di una disciplina volta semplicemente ad assicurare il rispetto formale e chiaro del regolamento contrattuale. S. PAGLIANTINI, *Dal b2c al b2b: una prima lettura della dir. (ue) 2019/633 tra diritto vigente ed in fieri*, cit., 236.

⁸⁶ *Ivi*, 245.



viamente che il prezzo sottocosto non produca dei riflessi negativi a danno di altri soggetti o leda altri interessi sovraindividuali ritenuti rilevanti per l'ordinamento. Ma in questi ultimi casi lo scrutinio spetterebbe all'autorità garante della concorrenza e del mercato, che dovrà valutare l'eventuale presenza di una strategia predatoria e in generale l'assenza di perturbazioni dell'assetto libero concorrenziale del mercato ⁸⁷.

Nella disciplina delle pratiche sleali nella filiera agricola e alimentare (europea e domestica), essendo l'atto unilaterale a costituire la dissonanza, ciò che si intende impedire è l'uso della pratica del sottocosto ed il suo inserimento all'interno di un'attività di promozione non concertata e basata su di una strategia imprenditoriale (su base individuale) che rischia di ripercuotersi negativamente sulla relazione con il produttore. Fuori da tale ipotesi, lo scrutinio infatti si sposta sui vantaggi e sulle efficienze della prassi del sottocosto e si riespande la forza propulsiva dell'autonomia privata, sub specie di accordo leale ed equo ⁸⁸. In questo caso, il compito di partecipazione del fornitore, al cui assolvimento è subordinata la liceità della pratica del sottocosto, restituisce alla manifestazione di volontà negoziale la risposta più adatta ed efficiente permettendo alle parti di adattarsi meglio alle condizioni di mercato e di migliorare la propria efficienza economica ⁸⁹. Da questo punto di vista anche per la filiera agroalimentare sembra valere l'orientamento positivo che fin dall'inizio della regolamentazione del sottocosto ha espresso l'autorità garante della concorrenza e del mercato a proposito di tale pratica: "(...) le vendite sottocosto sono un potente strumento concorrenziale soprattutto tra gli esercizi della grande distribuzione organizzata: si consente in tal modo al consumatore di acquistare a basso prezzo prodotti di largo consumo scegliendo tra le diverse promozioni offerte da operatori tra loro in concorrenza" ⁹⁰.

⁸⁷ Non risulta che finora ci siano stati interventi in questo senso nel settore agroalimentare. Un precedente di *predatory price* è invece costituito dalla decisione dell'AGCM del 17 aprile 2002, che ha sanzionato il comportamento dell'impresa in posizione dominante la quale aveva adottato una strategia del sottocosto "idonea a ridurre il grado di concorrenza effettiva nel mercato, a scoraggiare l'ingresso di nuovi operatori efficienti e, conseguentemente, a favorire l'innalzamento dei prezzi nel lungo periodo" (punto 203, Provvedimento A 267 n. 10650): <https://www.agcm.it>.

⁸⁸ La dottrina tedesca a questo proposito non ha mancato di porre in evidenza come in determinate condizioni è più efficiente che la scelta del prezzo sottocosto sia affidata ad una decisione del produttore, unico in grado di potere meglio valutare e gestire la convenienza dell'operazione commerciale. L'esempio più evidente è rappresentato dalle vendite dei panettoni durante il Natale e delle successive svendite legate alla fine del breve periodo per la festività. A questo proposito si fa notare come, il produttore di panettoni o uova di Pasqua possiede una conoscenza approfondita del costo unitario marginale dei propri prodotti e del loro prezzo unitario quando vengono venduti nei supermercati. Prima del 24 dicembre egli è in grado di calcolare con precisione il suo guadagno su ogni panettone e utilizzarlo per valutare l'equità della transazione.

Dal punto di vista economico, la situazione diventa critica solo quando il rischio di rivendita diventa ingestibile per il produttore e il fornitore. Ad esempio, ciò può accadere se il rivenditore si riserva il diritto di decidere quanti panettoni devono ancora essere consegnati prima di Natale. Tuttavia, fintanto che il fornitore mantiene il potere di prendere decisioni riguardo alla fornitura all'interno della gestione degli scaffali, un accordo equo può essere stabilito e dimostrarsi sufficientemente efficiente.

In questo contesto, è essenziale evitare decisioni unilaterali del rivenditore o l'applicazione di regole di divieto del sottocosto. L'accordo equo permette al produttore di valutare in modo accurato il proprio profitto e contribuisce a una gestione efficiente della catena di approvvigionamento. Mantenendo un potere decisionale condiviso nella gestione del "rifornimento" e nella "manutenzione degli scaffali", si promuove un ambiente di cooperazione e si raggiunge un equilibrio che favorisce tutte le parti coinvolte. Cfr. L. GLÖCKNER, *Kartellrecht-Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2021, 400.

⁸⁹ A tacere del fatto che la stessa nozione di deperibilità non è affatto univoca e lascia ampi margini di discrezionalità al produttore che mantiene il potere decisionale e il controllo sul proprio prodotto.

La *shelf life* di un prodotto, ovvero il periodo di tempo in cui si ritiene che il prodotto sia sicuro da consumare o utilizzare, è stabilita dal produttore considerando diversi fattori come la natura del prodotto, le caratteristiche di conservazione e i requisiti normativi di sicurezza. Questo intervallo di tempo può variare considerevolmente tra diversi prodotti e dipende da fattori come la freschezza degli ingredienti utilizzati, il tipo di confezionamento e le modalità di conservazione consigliate.

È compito del produttore, sulla base delle sue conoscenze scientifiche e delle valutazioni di sicurezza, determinare il periodo di tempo in cui ritiene che il prodotto mantenga le sue caratteristiche organolettiche e rimanga sicuro per il consumo. Questa decisione può essere influenzata da diverse considerazioni, tra cui l'obiettivo di fornire ai consumatori prodotti di alta qualità e sicuri.

⁹⁰ AS207, del 21 dicembre 2000 "Schema di Regolamento per la disciplina delle vendite sottocosto".



Al medesimo risultato è giunta in fine anche la nostra giurisprudenza. Ricorda, infatti, l'ordinanza della Cassazione 7 febbraio 2020, n. 2980, come *“la scelta di un imprenditore in ordine alla politica dei prezzi sia in via di principio lecita, trattandosi di un comportamento strettamente legato alle valutazioni di rischio, che solo a lui competono, nel rispetto, naturalmente, delle regole sulla disciplina del commercio. Mentre l'‘utilità sociale’, dalla medesima disposizione costituzionale prevista a limite della libertà d'impresa, va intesa pur sempre con riguardo al c.d. interesse del mercato, ossia a quello che nuoce o giova al buon funzionamento del medesimo, e, quindi alla generalità dei consumatori: e non al mero interesse di un altro concorrente a non essere messo in difficoltà (...) Donde la conclusione secondo cui la vendita sottocosto (o comunque a prezzi non immediatamente remunerativi) è contraria ai doveri di correttezza ex art. 2598 cod. civ., comma 1, n. 3, solo se si connota come illecito antitrust, in quanto posto in essere da una impresa in posizione dominante e praticata con finalità predatorie. La vendita sottocosto è favorevole ai consumatori ed al mercato, sino a quando non giunga alla soppressione della concorrenza, e, perciò, si traduca in un danno per gli stessi consumatori ed il mercato, onde solo in tale ultima situazione si realizza l'illecito concorrenziale da dumping interno.”*

Alcune pronunce della Corte di giustizia confortano tale orientamento, laddove censurano, a norma della Direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali, il divieto generale di vendita sottocosto ⁹¹.

6. – Lo scrutinio di abusività nel nostro ordinamento, in merito all'esercizio del potere o della libertà di determinazione del prezzo nei contratti di cessione dei prodotti agricoli, non segue un criterio uniforme. In alcuni casi, il controllo sull'abusività delle condotte prescinde dal carattere impositivo o unilaterale della decisione. È questo il caso del divieto di utilizzo delle gare e delle aste elettroniche a doppio ribasso (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 198/2021). In altre situazioni, invece, la valutazione della slealtà della condotta è meno rigida, tenendo conto di quanto concordato dalle parti e del contesto specifico in cui si inserisce l'accordo, come avviene per le vendite sottocosto (art. 7, d.lgs. n. 198/2021).

La prima indicazione particolarmente rilevante, nel primo caso, emerge dal I comma dell'art. 5 del d.lgs. sopra richiamato, e consiste nella posizione di netto disfavore espressa dal nostro legislatore verso tale prassi, che viene vietata indipendentemente dalle intenzioni delle parti o delle dinamiche della scelta dei fornitori di partecipazione alla gara. In questa fattispecie, sembra delinearsi una presunzione assoluta di slealtà, che prescinde sia dall'esistenza di alternative adeguate, sia dal comportamento del soggetto leso, configurando così un'ipotesi di abuso *in re ipsa*, comminata da una sanzione amministrativa particolarmente elevata in considerazione della gravità del fatto e della sua reiterazione fino a stabilire la sospensione dell'attività. Al contrario, nulla prevede la medesima disposizione in ordine alla sua ricaduta sul piano privatistico – al netto della previsione generale del 4 comma dell'art. 1 che riconosce natura imperativa agli artt. 3, 4, 5 e 7 e la nullità delle clausole e dei patti contrari che si discostano dagli elementi contrattuali in essi indicati – lasciando all'interprete il compito di individuare le conseguenze che si riflettono sul contratto a seguito del comportamento vietato ⁹². Dal punto di vista del diritto dei contratti la regola violata non può che essere ricondotta ad una fase interna al rapporto negoziale che attiene al momento formativo del contratto e che va riferita alla volontà

⁹¹ V. fra le altre CGUE 19 ottobre 2017, n. 295/16.

⁹² La nullità parziale contemplata al comma 4 dell'art. 1, non può che riferirsi ad una parte dell'art. 5, relativa alle singole clausole e/o accordi che si caratterizzano per il loro carattere impositivo a danno della parte debole che, tra l'altro, non sempre coincide con il soggetto fornitore.



delle parti di utilizzare il mezzo delle gare e delle aste elettroniche a doppio ribasso per l'acquisto dei prodotti agricoli e alimentari⁹³. Nel contesto della filiera agroalimentare e della cessione del prodotto agricolo e alimentare, il *buyer power* viene esercitato, a giudizio del nostro legislatore, comprimendo eccessivamente verso il basso il prezzo di vendita, compromettendo la sostenibilità economica del venditore, individuato come parte contrattuale debole. Dunque, una regolamentazione di per sé lacunosa sul versante del *private enforcement* ma, soprattutto, fortemente punitiva sull'opposto versante del *public enforcement*, che finisce per operare una netta frattura tra i due piani rimediali.

Invero, l'ordito della disciplina di per sé molto equivoco e soprattutto fortemente carente sul piano dei rimedi contrattuali, disegna un sistema misto di *enforcement*, nel quale affidare alle Autorità amministrative di contrasto (ICQRF e AGCM) un ruolo attivo nella prevenzione e repressione delle condotte sleali.

Vi è da rilevare che sul piano dei rimedi contrattuali – proprio in ragione della lacuna legislativa che, comunque la si voglia considerare, non può ritenersi una semplice svista, soprattutto in considerazione dell'attenzione che il nostro legislatore ha voluto riservare alla fattispecie e alla risposta data in chiave sanzionatoria-amministrativa – in dottrina si è interpretata la scelta del legislatore intravedendo in essa l'esigenza di garantire stabilità e certezza all'operazione economica oggetto dell'accordo negoziale; da cui far conseguire l'esclusione di una reazione esprimibile in termini invalidanti ma anche risarcitori e proponendo una lettura "articolata e coordinata di rimedi"⁹⁴. Si tratta di un'interpretazione densa di conseguenze sul piano teorico. Non è certamente possibile, in questa sede, ripercorrere analiticamente un dibattito così articolato e complesso. Tuttavia, si può affermare con certezza che l'elaborazione dottrinale si è pacificamente orientata sempre più decisamente verso un'indagine sui possibili interventi correttivi facendo discendere vieppiù un'obbligazione di risarcimento in capo alla parte forte del contratto⁹⁵.

Tuttavia, sia che si faccia ricorso al rimedio risarcitorio, sia che si opti per il meccanismo invalidante, emerge con costanza la necessità di valorizzare appieno la portata imperativa dei divieti contro le pratiche sleali messe in atto dalla parte forte del rapporto contrattuale, portata che non appare del tutto riconducibile alla sola disciplina risarcitoria, richiedendo un approccio più incisivo per garantire una tutela adeguata.

Questa esigenza trova un riscontro sistematico nell'art. 1440 cod. civ., disposizione legislativa che rileva una serie di concordanze il cui interesse è immediatamente percepibile⁹⁶. Il vantaggio offerto da quest'ultimo dispositivo codicistico risiede nella sua natura per così dire ibrida, a cavallo tra rimedio risarcitorio e rimedio invalidante. Sebbene, infatti, si inserisca nell'alveo della responsabilità esibisce anche delle

⁹³ Le gare elettroniche a doppio ribasso sono state originariamente introdotte e utilizzate dalla Pubblica Amministrazione, il pre-vigente d.lgs. n. 50/2016 individua in esse un valido strumento per ottimizzare la spesa pubblica, garantendo prezzi competitivi nei processi di approvvigionamento. L'obiettivo di queste gare era di stimolare la concorrenza tra i fornitori, riducendo così i costi per l'amministrazione pubblica. Tuttavia, la procedura è stata da ultimo modificata, l'art. 41, comma 14, del nuovo codice, in applicazione del criterio di delega di cui all'art. 1, comma 2, lett. t, legge n. 78/2022, stabilisce, infatti, che "I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso". Quest'ultima modifica legislativa mira a garantire che i fornitori non siano costretti dalla stazione appaltante a comprimere eccessivamente i costi associati alla sicurezza e alla qualità del lavoro, promuovendo così una maggiore equità e sostenibilità nelle gare pubbliche evitando allo stesso tempo il rischio di sottostimare le retribuzioni dei lavoratori impiegati nell'esecuzione delle commesse pubbliche.

⁹⁴ Il riferimento è a S. PAGLIANTINI, *Dal b2c al b2b: una prima lettura della dir. (ue) 2019/633 tra diritto vigente ed in fieri*, cit., 240.

⁹⁵ In questo senso, G. D'AMICO, *op. cit.* Diversa invece l'opzione interpretativa di A. ALBANESE, che individua la funzione correttiva-adequatrice e l'esigenza di protezione del contraente debole all'interno del rimedio invalidante che in questo contesto "legittima quindi un'interpretazione evolutiva e razionale della disciplina della nullità, che consente di conservare il contratto, depurato dei contenuti iniqui e integrato nelle parti invalide dalla disciplina dispositiva di legge", cit., 28.

⁹⁶ A tale conclusione sembra pervenire la dottrina con riferimento a tutte le ipotesi di sovraprofitto vietato, S. PAGLIANTI, *Le regole del mercato agroalimentare tra sicurezza e concorrenza*, a cura di S. Carmignani e N. Lucifero, cit., 80.



patologie genetiche contrattuali che si intendono tuttavia immunizzare in ragione di un'esigenza superiore che mira al raggiungimento del risultato contrattuale finendo con lo svolgere in tal modo un'operazione di sintesi tra i due differenti rimedi⁹⁷.

È altrettanto vero che una soluzione applicativa affine è contenuta nello stesso d.lgs. n. 198/2021, dove il risultato che il legislatore intende raggiungere viene garantito da un congegno normativo simile. Il riferimento è all'art. 7, che prevede un rimedio di salvaguardia dell'operazione specifico per le vendite sottocosto che non rispettano le condizioni fissate dalla normativa. In questa circostanza, la norma impone un meccanismo correttivo di sostituzione automatica, ossia un'integrazione coattiva ex art. 1339 cod. civ. L'effetto, in tal caso, si sostanzia nel garantire che il risultato prodotto rimanga il più possibile fedele all'assetto negoziale fissato dalle parti. Il raggio di azione della norma è, infatti, ben delimitato riferendosi al disallineamento del prezzo peggiorativo per il venditore rispetto a quanto indicato nella fattura d'acquisto, preoccupandosi cioè di rimanere coerenti alla pianificazione pattizia. Solo in assenza di questo specifico ancoraggio negoziale (fattura di acquisto) sarà consentito all'interprete di muoversi fuori dai confini del patto, integrando il contenuto della clausola sul prezzo attraverso i criteri oggettivi stabiliti dalla legge (costi medi di produzione rilevati dall'ISMEA ovvero prezzo medio praticato per prodotti simili nel mercato di riferimento).

Ebbene, nonostante gli artt. 1440 e 1339 cod. civ. operino su piani e con modalità diverse, entrambi perseguono un obiettivo comune: garantire la salvaguardia dell'assetto contrattuale desiderato dalle parti. Questi rimedi correggono gli squilibri presenti nel contratto senza alterare il programma negoziale, assicurando così che il contratto venga eseguito in conformità con l'intenzione originaria delle parti.

Per altro verso, la portata di questi indici normativi del più volte richiamato decreto legislativo, conduce a ritenere che l'art. 1440 cod. civ. costituisca una misura di protezione più specifica e mirata rispetto alla disposizione di cui all'art. 1337 cod. civ. per due ordini di ragione. In primo luogo, la presenza del divieto espressamente previsto ne rimarca il maggior disvalore attribuito alla fattispecie in esame e dunque la sua collocazione a ridosso dell'invalidità e del vizio del consenso, che a giudizio del nostro legislatore si atterrebbe come una ipotesi di consenso "estorto". In secondo luogo, perché l'area di incidenza del danno di cui all'art. 1440 cod. civ., viene perimetrata sulla base dell'apprezzamento della reale entità del pregiudizio subito dal fornitore, cioè ai termini sperequati del contenuto contrattuale e alla sconvenienza del contratto concluso, facendovi giuridicamente rientrare la sola porzione del danno riferita all'effettivo sacrificio patito. Dunque, l'obiettivo perseguito per il tramite dell'art. 1440 cod. civ. è quello di risarcire la porzione di danno derivante dalla differenza tra il minor prezzo ottenuto dalla gara a doppio ribasso e quello maggiore che si sarebbe ottenuto in base al ricorso ad un corretto e lecito negoziato sul prezzo, lasciando sullo sfondo e inalterato il restante contenuto contrattuale. Certamente si tratta di una ridefinizione della funzione risarcitoria consegnata all'art. 1440 cod. civ. e alla figura del dolo incidente forzando i limiti della capacità espansiva del suo contenuto⁹⁸.

Quanto fin qui esposto mette in chiaro che questa prospettiva rimediabile, basata su una reinterpretazione degli artt. 1440 e 1339 cod. civ., spinta dalla necessità di individuare regole più efficienti e orientate al corretto funzionamento del mercato e di una sua diversa organizzazione – basata sulla valorizzazione della libertà d'iniziativa economica – non intacca l'applicazione dell'art. 1337 cod. civ. Anzi, essa restituisce a tale disposizione una coerenza maggiore e una migliore corrispondenza al suo ambito di operatività, riconoscendole la

⁹⁷ Il cui testo recita, infatti, che "le previsioni di cui agli articoli 3, 4, 5 e 7 del presente decreto costituiscono norme imperative e prevalgono sulle eventuali discipline di settore con esse contrastanti, qualunque sia la legge applicabile al contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari. È nulla qualunque pattuizione o clausola contrattuale contraria alle predette disposizioni. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto".

⁹⁸ V. in questo senso E. CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., *passim*, ma spec. p 444



funzione di criterio elastico e aperto. In questa chiave, l'art. 1337 cod. civ. è inteso a coprire tutte le condotte scorrette non espressamente contemplate dal contratto o dalla legge, ma che comunque incidono negativamente sull'equilibrio dei costi e dei benefici nel contratto di cessione, alterandone la corretta esecuzione⁹⁹.

Sul piano generale è ormai acquisito che il principio di buona fede e di correttezza sono chiamati a svolgere una funzione di equità e giustizia in ogni settore dei rapporti privati e in questi termini i numerosi richiami contenuti nel d.lgs. n. 191/2021 appaiono particolarmente appropriati proprio in considerazione del delicato contesto economico e sociale del settore agroalimentare.

Ma se la disciplina del risarcimento *ex art.* 1337 cod. civ., cioè per violazione della clausola generale della buona fede, è in grado di riprodurre questo risultato non si può tuttavia ignorare che la prospettiva da essa delineata non esibisce con la medesima nettezza i contorni e la precisione dei profili offerti dai criteri di cui agli artt. 1440 e 1339 cod. civ.

L'art. 1339, com'è noto, rinvia alla previsione di singole disposizione – può discutersi piuttosto se la legge cui la norma rinvia sia solo quella consacrata in un atto che ha valore formale di legge – laddove il contenuto del principio di buona fede e di correttezza non è certo consacrato in altre disposizioni e tende ad orientarsi a valori diversi ed esterni al regolamento contrattuale, essendo chiamata ad assolvere una diversa funzione che integra ed amplia il piano dell'obbligazione prevista dalla fattispecie contrattuale rimettendo in assetto l'operazione contrattuale verso uno scambio compatibile con regole del mercato concorrenziale e, nel settore agroalimentare, orientandolo verso il raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 39 TFUE, assumendo una veste conformatrice.

In altri termini il richiamo alla buona fede ed il suo concretizzarsi in un'obbligazione altra rispetto a quella contrattuale è indispensabile per colmare ed integrare il contenuto del regolamento trovando la sua operatività in assenza di una specifica previsione a garanzia del corretto esplicarsi di relazioni competitive all'interno della filiera agroalimentare consentendo di orientare e riallineare i benefici e rischi dell'operazione contrattuale e impedendone che siano intercettati e catturati da altri soggetti, con il pericolo di costituire una nuova posta di speculazione o di accaparramento meramente speculativo¹⁰⁰.

È da osservare che, sul profilo degli effetti, il piano rimediale deve presentare uno schema che possa definirsi stabile, pur rimanendo articolato e flessibile. Per garantire un assetto contrattuale "equilibrato", è necessaria una combinazione di effetti: da un lato, l'effetto invalidante, che mira a rimuovere il contenuto considerato vessatorio, colmandolo in relazione al contenuto del programma negoziale (ad es. per il divieto della vendita sottocosto il prezzo previsto nella fattura di acquisto); dall'altro, l'effetto risarcitorio-indennitario, che ripristina in modo adeguato gli svantaggi e i benefici derivanti dall'operazione economica di cessione del bene.

Si è infatti evidenziato, guardando sia alla disciplina eurolimitaria che a quella municipale di recepimento, come l'impressione che tutto resti affidato esclusivamente a termini puntualmente e positivamente definiti venga attenuata proprio alla luce del nuovo modo di intendere l'intervento dello Stato nella regolazione del mercato, ben espresso dal divieto di cui al richiamato Considerando 6 della Direttiva 2019/633 di porre in essere interventi che limitano l'uso di accordi negoziali volti a creare efficienza. L'intervento normativo, sempre meno orientato verso un'eteronormazione del contratto volta a modificare e integrare il contenuto negoziale, si configura come un'opera conformativa fondata sul presupposto dell'asimmetria di potere contrattuale, mirando a una correzione e bilanciamento a garanzia del corretto esercizio dell'autonomia contrattuale.

⁹⁹ La dottrina è unanime in tal senso. V. A. ALBANESE, *op. cit.*; S. PAGLIANTINI, *Dal B2c al B2b*, *cit.*; G. D'AMICO, *op. cit.*; G. GUZZANTI, *op. cit.*

¹⁰⁰ E. CAMILLERI, *Pratiche commerciali scorrette, safety net e nuove vulnerabilità: prospettive e limiti*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1/2024.



tuale. In realtà, come ben evidenziato dalla dottrina, si tratta di una nuova “tipologia di norma imperativa”, che si pone come strumento per gestire il delicato equilibrio tra la libertà dell’impresa di scegliere i mezzi di promozione delle proprie vendite e la libertà di scelta del consumatore¹⁰¹.

È la risultante degli effetti invalidanti e risarcitori che determina il risultato economico perseguito dai contratti, influenzandone la stipula e l’esecuzione. Tuttavia, il meccanismo sanzionatorio, volto a dissuadere dalla adozione di pratiche scorrette ad opera dell’acquirente-soggetto forte, rimane in ombra sul versante privatistico, poiché è affidato alle Autorità di contrasto sul piano amministrativo, mentre l’aspetto correttivo viene esercitato attraverso l’intervento normativo sull’autonomia contrattuale, con misure di bilanciamento e controllo sul contenuto contrattuale senza invalidare lo scambio ma garantendone la sua stabilità.

7. – Da quanto sin qui detto è possibile cogliere in questi interventi legislativi una chiara tendenza, costituita dalla dimensione contrattuale e da una dialettica tra le parti che si alimenta di condotte, impegni, propositi, manifestazioni di volontà destinate a convergere nell’intento di contrastare il manifestarsi di pratiche sleali e di regolare al meglio il mercato nella fase della cessione e immissione del prodotto agroalimentare, nella direzione delle nuove finalità della politica agricola comune. L’obiettivo è di mettere al sicuro l’operazione negoziale da possibili comportamenti opportunistici che si riflettono negativamente sulla parte debole attraverso la previsione in positivo di buone pratiche.

In questo contesto, emerge in maniera evidente una serie di aspetti rilevanti che impongono un diverso ordine di valutazioni in merito alla disciplina dei rapporti contrattuali nella filiera agricola e alimentare.

La dimensione contrattuale si basa su un dialogo costante tra le parti coinvolte, questo confronto è alimentato da una serie di fattori, quali canoni di condotta, vincolatività degli impegni assunti, propositi dichiarati e manifestazioni di volontà espresse dai paciscenti. L’obiettivo primario della dialettica negoziale è contrastare le pratiche sleali e garantire una regolamentazione più efficace dell’organizzazione del mercato agricolo, in linea con le nuove finalità stabilite dalla politica agricola comune.

La dottrina più attenta ha messo in evidenza l’importanza di impostare in maniera precisa e accurata i termini della questione. Non si tratta più semplicemente di determinare il prezzo delle transazioni, ma di considerare attentamente il comportamento delle parti coinvolte e il suo potenziale impatto negativo sull’equilibrio complessivo dell’operazione economica¹⁰².

Di conseguenza, si assiste ad un progressivo spostamento dall’asse centrale della determinazione del prezzo verso un’enfasi delle condotte contrattuali e della promozione di pratiche corrette, al fine di preservare gli interessi della parte più vulnerabile e di ridurre i rischi associati ai fallimenti del mercato. Tale evoluzione normativa testimonia l’importanza di considerare, nel contesto del mercato agricolo, non solo gli aspetti economici, ma anche quelli sociali e ambientali. In tal senso, emerge l’urgenza di adottare strumenti più efficaci e indicatori di valutazione che riflettano in modo accurato il processo di formazione del valore lungo l’intera filiera, assicurando una remunerazione equa a coloro che contribuiscono effettivamente alla creazione del valore stesso, come i produttori delle materie prime.

¹⁰¹ Il riferimento è a A. ALBANESE, *op. cit.*

¹⁰² Cfr. S. PAGLIANTI, *Dal B2C al B2B: una prima lettura della dir. (ue) 2019/633 tra diritto vigente ed in fieri*, cit.; nonché A. JANNARELLI, *Profili giuridici del sistema agro-alimentare e agro-industriale. I rapporti contrattuali nella filiera agro-industriale*, cit. Più di recente l’A., a proposito dello scrutinio di abusività delle clausole di cui al d.lgs. n. 198/2021, ha parlato di “una complessa valutazione giuridica destinata a coinvolgere l’intera operazione economica”, A. JANNARELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali nella filiera agro-alimentare: criticità e prospettive*, cit., 22.



In un panorama economico sempre più complesso e interconnesso questa necessità è ancor più evidente nel settore agricolo, dove la catena del valore coinvolge diversi attori, dalle imprese agricole ai trasformatori, dai distributori ai consumatori finali e dove la condivisione del valore, come è stato ben messo in chiaro alla dottrina, diventata un tema centrale nell'ambito delle relazioni contrattuali tra i diversi attori della filiera¹⁰³. Ciò implica una valutazione più accurata e inclusiva dei fattori che influenzano la generazione del valore, andando oltre i tradizionali indicatori economici e considerando anche elementi sociali, ambientali e di sostenibilità.

In questo contesto, le linee guida emanate dalla Commissione Europea e le raccomandazioni promosse dall'American Farm Bureau Federation, riflettono la rilevanza crescente dei dati agricoli e della loro gestione nella moderna agricoltura. Esse mettono in luce la necessità di riconoscere agli agricoltori il possesso delle informazioni generate dalle loro operazioni agricole e la responsabilità di concordarne l'uso e la condivisione con gli altri attori della filiera. La trasparenza e la tracciabilità dei dati diventano elementi chiave per garantire una distribuzione equa del valore lungo la catena produttiva¹⁰⁴.

Nel perseguire un equilibrio nella contrattazione sui dati agricoli, le organizzazioni dei produttori e inter-professionali giocano un ruolo fondamentale. Queste organizzazioni possono fungere da ponte tra gli agricoltori e gli altri attori della filiera, promuovendo una migliore comprensione delle dinamiche del mercato e dei fattori che contribuiscono alla creazione del valore. Attraverso la negoziazione di accordi contrattuali basati sulla condivisione del valore possono garantire che gli agricoltori ottengano una remunerazione adeguata al loro contributo, incoraggiando nel contempo la sostenibilità, l'innovazione e la qualità dei prodotti agricoli.

È importante sottolineare che la condivisione del valore non riguarda solo la fase esecutiva delle transazioni commerciali, ma richiede una rivalutazione costante degli impegni contrattuali lungo l'intero processo negoziale. Ciò significa, ancora una volta, che gli accordi contrattuali devono essere flessibili e adattabili alle dinamiche del mercato e alle esigenze dei diversi attori della filiera. Solo attraverso un approccio collaborativo e una maggiore attenzione alla condivisione del valore, l'impresa agricola può veramente beneficiare della sua collocazione all'interno di un sistema produttivo di filiera, ottenendo vantaggi economici, sociali e ambientali duraturi.

Questo approccio legislativo rappresenta un passo importante nella ricerca di un equilibrio sostenibile tra autonomia contrattuale e tutela delle parti vulnerabili all'interno del mercato agricolo, nonché nella promozione di una gestione responsabile delle risorse e nella realizzazione degli obiettivi della PAC.

Sebbene sia importante valorizzare l'autonomia contrattuale e consentire una maggiore flessibilità, non è possibile trascurare i potenziali rischi derivanti da una curvatura della disciplina di contrasto alle pratiche commerciali scorrette che riconosce ampi margini di autoregolazione. Questi rischi possono essere collegati sia ad una dimensione di mercato concorrenziale altamente competitivo, che ad una delega di potere norma-

¹⁰³ Il riferimento è a M. IMBRENDA, *op. cit.*, 50 ss.

¹⁰⁴ La Comunicazione "Verso uno spazio comune europeo dei dati" (Com. 2018/232 final), mette in evidenza, tra l'altro, come: "al fine di assicurare mercati equi e concorrenziali per gli oggetti e per i prodotti e servizi che fanno affidamento su dati non personali generati da una macchina creati da tali oggetti, negli accordi contrattuali debbano essere rispettati i seguenti principi chiave:

a) Trasparenza: è opportuno che negli accordi contrattuali pertinenti siano identificate, in modo trasparente e comprensibile, i) le persone o le entità che avranno accesso ai dati generati dal prodotto o servizio, il tipo di tali dati e a quale livello di dettaglio; e ii) le finalità di utilizzo di tali dati.

b) Creazione di valore condiviso: è opportuno che negli accordi contrattuali pertinenti sia riconosciuto che, laddove i dati vengano generati da un sottoprodotto dell'utilizzo di un prodotto o servizio, diverse parti hanno contribuito alla loro creazione.

c) Rispetto degli interessi commerciali reciproci: è opportuno che negli accordi contrattuali pertinenti sia affrontata la necessità di tutelare gli interessi e i segreti commerciali dei titolari e degli utilizzatori dei dati.



tivo alle parti coinvolte nei contratti, in un contesto di asimmetria di potere degli acquirenti rispetto ai fornitori in termini di risorse finanziarie, capacità di negoziazione e accesso al mercato.

La complessità di queste questioni e i riflessi che ne derivano, anche a livello pratico, sono facilmente intuibili. La necessità di trovare soluzioni appropriate per affrontare le problematiche specifiche che emergono richiede un nuovo approccio e una prospettiva diversa rispetto a quanto previsto in precedenza. In questa direzione si inseriscono gli interventi legislativi volti a risolvere la disputa relativa alla pratica commerciale diffusa del sottocosto tradizionalmente considerata abusiva. Come si è visto, attraverso una revisione attenta e approfondita, questa pratica ha trovato una collocazione autonoma all'interno dell'art. 7 del d.lgs. n. 198/2021, che ne definisce i criteri di liceità.

Il quadro sopra delineato mette in luce come l'adozione di strumenti rigidi, sanzionatori o derogatori rispetto alle regole della concorrenza, non sempre rappresenta la soluzione ideale, specialmente se si considerano le istanze sociali e ambientali emergenti che influenzano il sistema di produzione e distribuzione dei prodotti agricoli e alimentari.

Un prezzo che tenga conto dei profili di sostenibilità, infatti, non può essere determinato in base a criteri fissi e prestabiliti, come ad esempio la soglia "non inferiore ai costi di produzione medi". È necessario adottare un approccio più sofisticato, che preveda l'utilizzo di indicatori e strumenti in grado di rendere trasparente il processo di formazione del valore all'interno della filiera¹⁰⁵, in questo modo, sarà possibile garantire una giusta remunerazione a chi contribuisce effettivamente all'aumento del valore, in primo luogo i produttori delle materie prime.

Questa prospettiva, ampiamente accettata, sta assumendo sempre più rilievo, come è stato ben messo in luce dal Report della Commissione "Strategic Dialogue on the Future of EU Agriculture" del 2024¹⁰⁶. La Commissione sottolinea come il futuro dei sistemi agroalimentari europei dipenda da un equilibrio tra sicurezza alimentare, sostenibilità ambientale e responsabilità sociale. Entro il 2035/2040, l'obiettivo è creare un sistema che premi chi contribuisce alla protezione degli ecosistemi, garantendo allo stesso tempo redditi equi agli agricoltori. Per conseguire questo equilibrio, il rapporto evidenzia l'importanza di rendere il processo di creazione del valore più trasparente, attraverso etichettature chiare, politiche commerciali coerenti e un coinvolgimento attivo dei consumatori verso scelte più sostenibili. In questo contesto, è fondamentale notare che lo sforzo di mantenere sana la filiera produttiva agroalimentare deve concentrarsi sulle condotte di quanti direttamente vi partecipano. Ciò implica che i soggetti di mercato che traggono vantaggio dal dinamico svolgersi del processo competitivo, agiscano in un'ottica di reciprocità e responsabilità sociale. Questo comporta una dimensione di equità dell'accordo basato sul dovere di ciascuna parte di assicurare l'utilità dell'altra. Diviene essenziale, quindi, che le parti coinvolte operino con la consapevolezza che il benessere collettivo contribuisce a un mercato più giusto e sostenibile.

¹⁰⁵ Un esempio virtuoso è possibile coglierlo da alcune iniziative volte alla promozione e messa in commercio dei prodotti di qualità. Il riferimento è ai contratti di coltivazione per il grano duro di qualità stipulato tra la Barilla e i coltivatori di alcune regioni italiane per la produzione della pasta Voiello e Svevo, volto a migliorare la redditività di tali produttori in base alle specificità del grano coltivato e alle sue caratteristiche qualitative: cfr. <https://www.barillagroup.com>.

¹⁰⁶ Report Commissione, cit., *passim*.



MARIA SAMANTHA ESPOSITO

Assegnista di ricerca in Diritto privato – Politecnico di Torino

TUTELA DEI DATI PERSONALI E RICERCA SCIENTIFICA IN AMBITO SANITARIO: IL GDPR E IL REGOLAMENTO SULLO SPAZIO EUROPEO DEI DATI SANITARI (EHDS)

SOMMARIO: 1. L'oggetto di indagine. – 2. L'impatto delle innovazioni tecnologico-informatiche sulla ricerca scientifica e sulla protezione dei dati personali. – 3. Il GDPR e il trattamento dei dati nella ricerca scientifica in ambito sanitario: le basi giuridiche. – 3.1. Il trattamento ulteriore per scopi di ricerca scientifica: opportunità e limiti. – 3.2. Le deroghe ai diritti degli interessati e le garanzie adeguate per il trattamento dei dati a fini di ricerca scientifica. – 3.3. L'uniformazione parziale e le sue implicazioni per la ricerca scientifica. – 4. Il Regolamento sullo Spazio Europeo dei Dati Sanitari e l'uso secondario dei dati sanitari elettronici. – 4.1. Il ruolo degli interessati nell'uso secondario dei dati sanitari. – 5. Brevi osservazioni conclusive.

1. – Negli ultimi anni, l'impatto delle nuove tecnologie informatiche sulla tutela del diritto alla salute è divenuto sempre più evidente¹, offrendo strumenti preziosi per lo sviluppo di terapie, farmaci e dispositivi medici, nonché soluzioni per migliorare l'erogazione delle prestazioni sanitarie e la gestione delle informazioni². Anche la ricerca scientifica³ in campo medico, fondamentale per il progresso della scienza⁴, è stata, e continua a essere, profondamente influenzata dalla rapida evoluzione tecnologica. L'uso di strumenti avanzati per la raccolta, l'analisi e la condivisione dei dati ha, infatti, notevolmente potenziato le tecniche diagnostiche e

¹ La diffusione di questi strumenti e tecniche può essere riassunta nel fenomeno dell'e-Health. L'espressione "sanità digitale", nella sua accezione più ampia, si riferisce all'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) a supporto della salute e dei settori correlati, come i servizi di assistenza sanitaria e la ricerca. Inoltre, emergono nuove aree, come l'uso di strumenti informatici avanzati nella genomica e l'intelligenza artificiale applicata alle pratiche mediche e sanitarie (cfr. ORGANIZZAZIONE MONDIALE DELLA SANITÀ (OMS), *Risoluzione WHA58.28*, in *Fifty-Eighth World Health Assembly Geneva*, 16-25 maggio 2005, disponibile all'indirizzo <https://apps.who.int>).

² Ciò consente, dunque, di attuare il diritto alla salute nella sua più ampia accezione da ultimo accolta, che supera il tradizionale focus sul solo aspetto fisico-funzionale per includere la piena realizzazione della persona e dei suoi bisogni psico-fisici (v. anche il Preambolo della Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) del 1948). Il diritto alla salute, inteso come fattispecie «complessa», è infatti un concetto relativamente recente, arricchitosi nel corso del tempo grazie all'influenza di diversi fattori storici, politici e sociali. Si rinvia per un approfondimento, tra gli altri, a D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, 4^o ed., Giappichelli, Torino, 2021, 1; ID., *La salute nella costituzione italiana. Profili sistemati*, Giuffrè, Milano, 2002, 1; M. LUCIANI, voce *Salute, 1) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Treccani, Roma, 1991, 5.

³ Il diritto alla scienza e al progresso scientifico, in quanto diritto umano, è stato espressamente riconosciuto dall'ONU, con conseguente dovere degli Stati di implementare adeguati strumenti di attuazione e tutela: cfr. UNITED NATIONS-COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *General comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in UN Doc. E/C.12/GC/25, del 30 aprile 2020. In argomento, v., tra gli altri, G. PERRONE, *Scienza e diritti economici, sociali e culturali: Il Commento generale n. 25 del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali*, in *Dir. um. dir. int.*, 2020, 3, 786 ss. V. anche l'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti umani (UDHR).

⁴ Cfr. P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, ES, Napoli, 2021, 39.



sperimentali⁵, assumendo un ruolo centrale nella tutela della salute⁶ e contribuendo all'innalzamento della qualità e dell'efficacia delle prestazioni offerte⁷.

Questi aspetti richiedono un'attenta considerazione nella valutazione della legittimità delle innovazioni tecniche e tecnologiche in campo medico, soprattutto in relazione ad altri diritti meritevoli di pari tutela, che potrebbero subire un pregiudizio. Sebbene i benefici apportati da questi sviluppi alla salute individuale e collettiva siano innegabili, non si possono infatti trascurare i numerosi rischi che tale progresso comporta. Tra questi, l'attività di ricerca basata su un uso intensivo di dati può compromettere il diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali, specialmente a causa della particolare sensibilità delle informazioni sanitarie⁸, mettendo in discussione l'efficacia dei tradizionali strumenti di tutela, rappresentati, in primo luogo, dal binomio "consenso e anonimizzazione".

L'impiego di tali tecnologie richiede, dunque, una rinnovata riflessione⁹ sulle soluzioni normative necessarie per garantire un adeguato bilanciamento tra l'esigenza di promuovere la ricerca medica, orientata al miglioramento della salute, anche collettiva, e la tutela degli interessi dei partecipanti agli studi.

In questa prospettiva, il presente contributo si propone di indagare, in primo luogo, l'impatto dei progressi tecnologici e informatici sulla tutela della riservatezza e dei dati personali nel contesto della ricerca scientifica in campo medico, con particolare riferimento alle criticità emerse dallo sviluppo della ricerca genomica e dall'uso dei Big Data. Successivamente, verranno approfonditi gli strumenti introdotti dal Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR) e dal Regolamento sullo Spazio Europeo dei Dati Sanitari (EHDS) per rispondere alle sfide emergenti e garantire un corretto bilanciamento tra l'interesse al progresso scientifico in ambito sanitario e la tutela della riservatezza e dell'autodeterminazione informativa dei partecipanti.

Infine, saranno formulate alcune riflessioni conclusive sull'efficacia e sull'adeguatezza degli strumenti normativi proposti, valutandone la capacità di rispondere alle esigenze poste dalla ricerca scientifica contemporanea, mantenendo al contempo un equilibrio tra innovazione e salvaguardia degli interessi individuali.

2. – La ricerca scientifica, in particolare in ambito medico, rappresenta da sempre un settore in cui interessi individuali e collettivi si intrecciano e, talvolta, si contrappongono, rendendo necessario un costante bilanciamento. Questo equilibrio, inoltre, non è statico, ma richiede continui adattamenti in risposta ai cam-

⁵ In questa prospettiva, la libertà di ricerca scientifica non rappresenta, dunque, solo un interesse autonomo da tutelare, ma assume un ruolo determinante in quanto strumentale al raggiungimento di un elevato livello di salute, sia individuale che collettiva.

⁶ V. anche COMMISSIONE EUROPEA, *Piano d'azione "Sanità elettronica" 2012-2020 – Una sanità innovativa per il 21esimo secolo*, COM(2012) 736 final, 6 dicembre 2012, 4.

⁷ Il progresso tecnico e tecnologico rientra, dunque, tra le finalità proprie delle istituzioni, non solo in virtù del dovere di promuovere il diritto alla scienza e al progresso scientifico. Se, infatti, la salute non si riduce più alla semplice assenza di malattia, la sua tutela non può limitarsi all'erogazione di trattamenti finalizzati al superamento dello stato patologico o al mantenimento di un buono stato di salute fisica, ma deve necessariamente ampliarsi, includendo, ad esempio, interventi sanitari di carattere preventivo, nonché cure palliative e terapie del dolore. Con riferimento all'ordinamento italiano, cfr. artt. 9, comma 1, 32 e 33 Cost. In argomento, v., tra gli altri, D. MORANA, *Diritto alla salute, ricerca tecnico-scientifica e innovazioni tecnologiche*, in G. FERRI (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, Esi, Napoli, 2022, 324; L. MARILOTTI, *I dati genetici tra dimensione individuale e collettiva*, in *BioLaw Journal*, 2021, 1, 167; M.C. SPENA, *La salute tra nuove sfide della contemporaneità. Digitalizzazione, privacy e modelli di governance*, ES, Napoli, 2023, 24.

⁸ I dati sanitari sono stati infatti definiti come il "nocciolo (o nucleo) duro" della *privacy*, in quanto riguardano la sfera più intima della persona (cfr., tra gli altri, D. POLETTI, sub *Art. 23 (dati inerenti alla salute)*, in C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI, et al. (a cura di), *Tutela della privacy. Commentario alla legge 675/96*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 2-3, 561, nt. 4.

⁹ V. anche M.C. SPENA, *La salute*, cit., 95, la quale evidenzia l'esigenza di una nuova «contestualizzazione» dei diritti fondamentali derivante dalla rivoluzione digitale. In generale, sulla necessità di ridefinire il bilanciamento tra diritti fondamentali alla luce dei mutamenti socio-economici e delle contingenze attuali, v. Corte Cost. 9 maggio 2013, n. 85, in *One Legale*.



biamenti sociali, tecnologici e scientifici. Anche la disciplina della tutela della riservatezza e dei dati personali dei partecipanti agli studi è interessata da questo dinamismo¹⁰, la quale è divenuta sempre più rilevante a fronte della centralità assunta dalle informazioni nella ricerca medica, sostituendo i “corpi materiali” come principale strumento di indagine¹¹.

In questo contesto, la tradizionale efficacia del consenso informato, quale strumento di garanzia per l’autodeterminazione informativa¹² dei partecipanti alla ricerca¹³, unitamente all’adeguatezza delle consoli-

¹⁰ La stessa nozione di “privacy” ha subito un profondo mutamento nel tempo, a causa dell’avanzare delle tecnologie informatiche, testimoniando così il “dinamismo” dei diritti fondamentali, capaci di rinnovarsi ed espandersi insieme a una realtà in continuo cambiamento (v. anche quanto osservato da S. RODOTÀ, *I nuovi diritti che hanno cambiato il mondo*. Stralcio dell’intervento alle “Lezioni Norberto Bobbio” – Torino 25/10/2004, disponibile sul sito *Privacy.it*; E. BRUGIOTTI, *La privacy attraverso le “generazioni dei diritti”*. *Dalla tutela della riservatezza alla protezione dei dati personali fino alla tutela del corpo elettronico*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2013, 2, 1). In ritardo rispetto alle diverse esperienze straniere, nel nostro ordinamento la *privacy* è stata inizialmente riconosciuta come diritto alla riservatezza, ossia come divieto di ingerenza esterna nella sfera privata, in risposta alla crescente diffusione della stampa periodica e dei nuovi *media*. Con lo sviluppo delle tecnologie informatiche e dei metodi di rilevamento e trasferimento dei dati, è emersa una nuova dimensione della *privacy*, incentrata più sul controllo delle informazioni personali per prevenire abusi che sulla loro mera segretezza (v. anche S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Il Mulino, 1973, 130). Il progresso tecnologico ha quindi ridefinito il diritto alla *privacy*: accanto alla concezione negativa, volta a impedire che le informazioni private diventino di dominio pubblico, si è affermata una dimensione positiva, che include il diritto di conoscere e controllare le informazioni relative alla propria persona (cfr. A. MANTELE-RO, *Privacy*, in *Contr. impr.*, 2008, 3, 757 ss. In argomento, v. anche, tra gli altri, S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Cedam, Padova, 2006).

¹¹ La regolamentazione della ricerca scientifica in ambito medico è stata inizialmente pensata per contrastare pratiche sperimentali gravemente lesive dei diritti fondamentali dell’essere umano. Le atrocità perpetrate durante la Seconda Guerra Mondiale portarono all’elaborazione del Codice di Norimberga nel 1947 (cfr. Nuremberg Code, 1947), un insieme di principi etici che ha posto le basi per la sperimentazione umana, sottolineando l’importanza del consenso volontario e informato e la necessità di rigorosi controlli per salvaguardare l’integrità e la dignità dei partecipanti. Il Codice di Norimberga, riconosciuto come documento fondamentale dell’etica medica, ha influenzato l’elaborazione di strumenti normativi successivi, che hanno esteso la loro portata dalla sperimentazione alla ricerca medica in generale. Tra questi, la Dichiarazione di Helsinki, adottata per la prima volta nel 1964 (WORLD MEDICAL ASSOCIATION, *Declaration of Helsinki: Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects*, Adopted by the 18th WMA General Assembly, Helsinki, Finland, June 1964), ha rafforzato il concetto di consenso informato per la partecipazione alla ricerca e la protezione della dignità umana, includendo la salvaguardia della riservatezza dei dati personali dei soggetti coinvolti. Un altro esempio significativo è la Convenzione di Oviedo (COUNCIL OF EUROPE, *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, Oviedo, 1997), un trattato internazionale del Consiglio d’Europa che ha ampliato la protezione dei diritti umani nelle applicazioni biomediche, inserendola in un quadro giuridico internazionale. Il documento, oltre a ribadire l’essenzialità del consenso per gli interventi e la partecipazione alla ricerca scientifica nel campo della salute, sottolinea l’importanza di garantire il rispetto della vita privata nel trattamento delle informazioni relative ai pazienti e ai partecipanti agli studi. Con il progredire della scienza e della tecnologia, l’attenzione etica e normativa in ambito medico si è, dunque, progressivamente ampliata per affrontare le nuove sfide poste dalla ricerca scientifica. A partire dagli anni ’70, l’accelerazione nello sviluppo delle tecnologie informatiche ha, infatti, profondamente trasformato i processi di raccolta, archiviazione e analisi dei dati personali, con un impatto significativo anche nel campo della ricerca. In questo contesto, le normative introdotte per garantire il controllo e la riservatezza delle informazioni personali hanno inciso anche sulla regolamentazione etica della ricerca, estendendo la tutela dalla sola sfera fisica dei partecipanti a quella delle loro informazioni. Il rapporto tra ricercatori e partecipanti, inizialmente incentrato sulla protezione fisica, ha pertanto gradualmente incluso il dovere di salvaguardare la riservatezza e l’integrità dei dati raccolti. Successivamente, anche strumenti quali il consenso informato al trattamento dei dati personali e l’anonimizzazione sono divenuti fondamentali per assicurare ai partecipanti il controllo sulle proprie informazioni. In tale quadro, il consenso informato, originariamente concepito per tutelare l’autodeterminazione fisica dei partecipanti, si è evoluto fino a diventare uno strumento volto a garantire anche la loro autodeterminazione nella gestione dei dati, riflettendo così la crescente rilevanza della componente informativa.

¹² Sul diritto all’autodeterminazione informativa merita di essere ricordata l’importante decisione della Corte costituzionale tedesca: Bundesverfassungsgericht, 15 dicembre 1983, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 1984, 65, 1 ss. In dottrina v., tra gli altri, G. SARTOR, *Tutela della personalità e normativa per la «protezione dei dati»*. *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul censimento del 1983 nel dibattito dottrinale sui profili costituzionalistici del «Datenschutz»*, in *Inf. dir.*, 1986, 3, 95 ss.; E. FIALOVA, *Data Portability and Informational Self-Determination*, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 8, 2014, 47 ss. V. anche F. BIGNAMI-G. RESTA, *Transatlantic Privacy Regulation: Conflict and Cooperation*, in *Law and Contemporary Problems*, 2015, 78, 232.

¹³ Sulla distinzione tra autodeterminazione “informativa” e autodeterminazione “corporea”, si v. sopra nt. 11.



date misure di tutela della riservatezza¹⁴ hanno progressivamente rivelato i propri limiti con lo sviluppo della ricerca genomica, risultando sempre meno adeguate con l'avvento dei Big Data e delle tecnologie avanzate per la loro analisi¹⁵.

Il Progetto Genoma Umano¹⁶, finalizzato a mappare e sequenziare l'intero genoma, ha aperto nuove prospettive nel campo medico e biotecnologico, sollevando al contempo complesse questioni etiche e giuridiche. In particolare, la gestione dei dati genetici presenta notevoli criticità a causa del carattere mutevole della ricerca in questo settore, rendendo difficile ottenere un consenso effettivamente informato e specifico dai partecipanti. A ciò si aggiungono i progressi tecnologici, che oggi consentono la raccolta, l'analisi e la conservazione di grandi quantità di dati genetici, richiedendo nuove riflessioni in merito alla protezione dei dati personali e alla riservatezza degli interessati¹⁷. Questi dati, infatti, per loro natura, non possono essere completamente anonimizzati, rivelando informazioni particolarmente sensibili, come la predisposizione a determinate patologie, che riguardano non solo i soggetti direttamente coinvolti, ma anche i loro familiari¹⁸. Un altro aspetto rilevante riguarda la stabilità della sequenza del DNA¹⁹, che ne rende difficile la modifica al fine di mitigare eventuali rischi futuri, come quelli legati alla discriminazione in ambito lavorativo, assicurativo e sociale, sottolineando la necessità di garantire una protezione rigorosa di queste informazioni²⁰.

Le biobanche di popolazione accentuano queste problematiche. Raccogliendo su vasta scala campioni biologici e informazioni dettagliate sulla storia medica e genealogica dei partecipanti, queste strutture costituiscono risorse preziose per la ricerca, ma anche sistemi altamente sensibili sotto il profilo della protezione dei dati personali, soprattutto per quanto riguarda la sicurezza e l'incertezza legata agli utilizzi futuri²¹.

L'introduzione dei Big Data nella ricerca scientifica ha ulteriormente complicato le sfide legate al modello tradizionale di tutela dei dati personali. La possibilità di raccogliere e analizzare grandi quantità di dati provenienti da fonti eterogenee, quali cartelle cliniche elettroniche, applicazioni per il benessere e dispositivi indossabili, ha trasformato i metodi di ricerca, superando o integrando l'approccio statistico tradizionale basato su campioni limitati. L'impiego di algoritmi avanzati consente, infatti, di identificare schemi e correla-

¹⁴ Tra le quali l'anonimizzazione dei dati.

¹⁵ Sui limiti dei tradizionali strumenti di tutela derivanti dall'avvento dei Big Data e delle tecnologie di analisi avanzata, v., tra gli altri, M. MOSTERT-A.L. BREDENOORD-M.C. BIESAART, et al., *Big Data in medical research and EU data protection law: challenges to the consent or anonymise approach*, in *European Journal of Human Genetics*, 2016, 7, 957 ss.

¹⁶ Sul Progetto Genoma Umano, avviato nel 1990 e completato nel 2003, v. NATIONAL HUMAN GENOME RESEARCH INSTITUTE (NHGRI), *The Human Genome Project*, disponibile all'indirizzo <https://www.genome.gov>.

¹⁷ In particolare, si è iniziato a parlare di "privacy genetica" per indicare lo specifico interesse che individui, famiglie e comunità hanno nei confronti delle informazioni genetiche. V., tra gli altri, B.M. KNOPPERS-M.J.S BEAUVAIS, *Three decades of genetic privacy: a metaphoric journey*, in *Human Molecular Genetics*, 2021, 20, 157. Le preoccupazioni relative alla riservatezza dei dati e ai limiti del consenso informato sono inoltre connesse al valore commerciale che ricerche e banche dati rappresentano per le aziende private, in particolare quelle farmaceutiche. In argomento v., tra gli altri, M. EVERETT, *The social life of genes: privacy, property and the new genetics*, in *Social Science & Medicine*, 2003, 56.

¹⁸ In argomento, v., tra gli altri, C. DONISI, *Gli enigmi della medicina predittiva*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Giappichelli, Torino, 2003, 192.

¹⁹ La sequenza di DNA è considerata, in particolare, uno dei più importanti identificatori personali. Cfr., tra gli altri, AMERICAN SOCIETY OF HUMAN GENETICS, *ASHG Response to NIH on Genome-Wide Association Studies*, 2006, consultabile all'indirizzo <https://www.ashg.org>. In argomento v. anche, C. CASONATO-M. TOMASI, *Diritti e ricerca biomedica: una proposta verso nuove consuetudini*, in *BioLaw Journal*, 2019, 1, 348.

²⁰ V. anche ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Working Document on Genetic Data (WP91)*, 17 marzo 2004 (tutti i documenti del Gruppo di lavoro art. 29 per la protezione dei dati citati nel presente contributo possono essere consultati all'indirizzo <https://ec.europa.eu>). In dottrina v., tra gli altri, M. EVERETT, *The social life*, cit., 55 ss.; J. MONDUCCI, *Il dato genetico tra autodefinizione informativa e discriminazione genotipica*, Bononia University Press, Bologna, 2013, 93 ss.

²¹ In argomento, tra gli altri, B.M. KNOPPERS e M. J. S. BEAUVAIS, *Three decades*, cit., 157 ss.



zioni prima sconosciuti, aprendo la strada a nuovi studi e ipotesi di ricerca²², ma riducendo al contempo la comprensione, da parte dei partecipanti, delle modalità e delle finalità del trattamento dei dati raccolti. Questi aspetti hanno sollevato interrogativi anche sul rispetto del principio di minimizzazione, che impone che i dati raccolti siano pertinenti e non eccedenti rispetto agli scopi prefissati. L'enorme volume di dati trattati accresce, inoltre, il rischio di re-identificazione, rendendo più complesso garantire un'effettiva anonimizzazione²³⁻²⁴.

In risposta a queste criticità, nel tempo sono emerse soluzioni mirate a bilanciare le esigenze della ricerca scientifica con la protezione dei diritti dei partecipanti. Una tendenza rilevante è stata il progressivo allontanamento dal tradizionale modello di consenso informato, basato su specificità e attualità per ogni singolo studio, verso approcci più flessibili. Un esempio significativo è il c.d. consenso ampio (*broad consent*), che consente l'impiego dei dati raccolti per una vasta gamma di ricerche future senza dover specificare ogni singolo utilizzo²⁵. Altri approcci rilevanti includono il c.d. consenso dinamico (*dynamic consent*), che permette ai partecipanti di aggiornare e gestire in modo continuo il proprio consenso adattandolo ai nuovi sviluppi della ricerca²⁶⁻²⁷, e il c.d. consenso presunto (*presumed consent*), che prevede l'inclusione automatica dei partecipanti nella ricerca o nella banca dati²⁸, con la possibilità di esprimere successivamente il proprio dissenso.

²² Si tratta, dunque, di un'inversione metodologica, in cui non si parte più da ipotesi predefinite, ma queste vengono generate direttamente dai dati, i quali possono anche non essere immediatamente correlati alla salute. Cfr. A. MANTELERO, *La privacy all'epoca dei Big Data*, in V. CUFFARO-R. D'ORAZIO-V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, 1187 e 1191; G. COMANDÉ, *Ricerca in sanità e data protection un puzzle...risolvibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 1, 189.

²³ In argomento, tra gli altri, P. QUINN, *Research under the GDPR – a level playing field for public and private sector research?*, in *Life Sciences, Society and Policy*, 2021, 4, 3 s. e 17; N. PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law*, in *Law, Innovation and Technology*, 2018, 10, 1, 40; S.R. PEPPET, *Regulating the Internet of Things: First Steps Toward Managing Discrimination, Privacy, Security, and Consent*, in *Texas Law Review*, 2014, 85, 128 ss. In generale, si evidenzia la difficoltà di tracciare una netta linea di demarcazione tra dati personali e non personali, in particolare per i dati semplicemente anonimizzati, a causa della crescente quantità di dati a disposizione e del continuo sviluppo delle tecnologie di analisi. In questo senso, cfr. B. VAN DER SLOOT, *Regulating non-personal data in the age of Big Data*, in M. TZANOU (a cura di), *Health Data Privacy under the GDPR. Big Data Challenges and Regulatory Responses*, Routledge, 2021, 85 ss.

²⁴ Ulteriori criticità legate ai Big Data includono il rischio di perpetuare disuguaglianze sociali e discriminazioni. Questo rischio è particolarmente rilevante in ambito sanitario, dove le decisioni basate sui modelli predittivi dei Big Data possono replicare o addirittura aggravare le disuguaglianze nell'accesso alle cure e nel trattamento dei pazienti. In proposito, v. B.D. MITTELSTADT-L. FLORIDI, *The Ethics of Big Data: Current and Foreseeable Issues in Biomedical Contexts*, in *Science and Engineering Ethics*, 2016, 2, 322 s.

²⁵ Per questa soluzione v., tra gli altri, C. GRADY-L. ECKSTEIN-B. BERKMAN, et al., *Broad Consent for Research with Biological Samples: workshop conclusions*, in *The American Journal of Bioethics*, 2015, 9, 34 ss.; J.R. GULCHER-K. STEFANSSON, *The Icelandic Healthcare Database and Informed Consent*, in *New England Journal of Medicine*, 2000, 24, 1828; G. J. ANNAS, *Rules for Research on Human Genetic Variation: Lessons from Iceland*, ivi, 1832; K. STEINSBEKK-B. KÅRE MYSKJA-B. SOLBERG, *Broad consent versus dynamic consent in biobank research: Is passive participation an ethical problem?*, in *European Journal of Human Genetics*, 2013, 897 ss. Tuttavia, non sono mancate critiche nei confronti di tale modello di consenso, soprattutto per quanto riguarda la trasparenza e la comprensione da parte dei partecipanti delle future applicazioni dei loro dati. In senso critico v., tra gli altri, T. PLOUG-S. HOLM, *Going beyond the false dichotomy of broad or specific consent: meta-perspective on participant choice in research using human tissue*, in *American Journal of Bioethics*, 2015, 9, 44 ss.; T. CAULFIELD-J. KAYE, *Broad consent in biobanking: Reflections on seemingly insurmountable dilemmas*, in *Medical Law International*, 2009, 2, 85 ss.

²⁶ V., tra gli altri, J. KAYE-E. WHITLEY-D. LUND, et al., *Dynamic consent: a patient interface for twenty-first century research networks*, in *European Journal of Human Genetics*, 2015, 141 ss.

²⁷ Un metodo alternativo elaborato è il c.d. meta-consent, che consente agli individui di definire in anticipo come gestire il proprio consenso per diversi tipi di ricerca o trattamenti dei dati. Al momento della raccolta, possono scegliere tra vari modelli di consenso (dinamico, ampio, generico o rifiuto) per diverse categorie di ricerca, individuate, tra l'altro, in base ai dati, agli strumenti utilizzati o al carattere generale o specifico della ricerca. Ad esempio, l'interessato può optare per un consenso ampio in un'area determinata e richiedere un consenso specifico per altre aree di studio più sensibili. Per tale soluzione v., tra gli altri, T. PLOUG-S. HOLM, *Going beyond*, cit., 46.

²⁸ In argomento, v., tra gli altri, S.Y.H. KIM, *Clinical Trials Without Consent?*, in *Perspectives in Biology and Medicine*, 2016, 1, 132 ss., il quale esclude l'ammissibilità del consenso presunto in modo generalizzato, ammettendo però che, in alcuni casi particolari e con rigorose limitazioni, esso potrebbe risultare eticamente accettabile.



Tuttavia, un eccessivo “allentamento” del requisito di specificità del consenso, associato alla crescente complessità della ricerca “post-genomica” e alla possibile asimmetria informativa tra i partecipanti e i ricercatori, rischia di trasformare il consenso in un mero atto formale, riducendo l’effettiva autodeterminazione degli interessati²⁹. Da ciò emerge l’esigenza di strumenti alternativi o complementari che possano offrire una tutela adeguata senza ostacolare il progresso scientifico³⁰.

Infine, sebbene l’anonimizzazione rappresenti una soluzione potenzialmente efficace nei confronti di molte di queste criticità, la sua applicazione deve confrontarsi non solo con le difficoltà legate alla natura dei dati trattati e all’uso dei Big Data, ma anche con le esigenze della ricerca, che spesso richiedono la capacità di monitorare i dati nel tempo, ad esempio, per valutare l’efficacia delle terapie o il decorso di una malattia³¹.

Alla luce di queste sfide derivanti dall’evoluzione tecnologica nella ricerca scientifica, in particolare in ambito sanitario, e dai limiti degli strumenti di tutela tradizionali, appare pertanto essenziale esaminare e valutare le soluzioni normative adottate dal legislatore europeo, principalmente attraverso il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (GDPR) e, più recentemente, tramite il Regolamento per l’istituzione dello Spazio Europeo dei Dati Sanitari (EHDS), al fine di garantire un adeguato equilibrio tra le esigenze della ricerca e la protezione dei soggetti coinvolti.

3. – Nel contesto delle sfide poste dall’evoluzione tecnologica e dalla globalizzazione, il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR) si configura come una risposta uniforme e coerente del legislatore europeo, volta a garantire, da un lato, un adeguato livello di tutela delle persone fisiche e, dall’altro, a promuovere la libera circolazione dei dati personali³².

Questi obiettivi trovano espressione anche nelle disposizioni sul trattamento dei dati sanitari per finalità di ricerca scientifica, dove, attraverso un articolato sistema di divieti, eccezioni e prescrizioni di misure di garanzia adeguate, l’importanza attribuita al progresso scientifico per il miglioramento della qualità della vita della collettività³³ è attentamente bilanciata con la necessità di salvaguardare i diritti dei soggetti coinvolti³⁴.

²⁹ A. MANTELERO, *La privacy*, cit., 1190; ID., *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1, 155.

³⁰ Tali osservazioni riguardano, dunque, il consenso come base giuridica per il trattamento dei dati personali e non quello richiesto per la partecipazione alla ricerca medica. Sotto il profilo etico, il consenso informato rimane necessario per il coinvolgimento di persone in progetti di ricerca che coinvolgono “corpi materiali”, salvo eccezioni in cui il soggetto non possa esprimerlo e la partecipazione sia ritenuta vantaggiosa per lo stesso, previa adozione di adeguate misure di salvaguardia (in merito alla necessità di distinguere tra consenso per il trattamento dei dati personali e consenso per la partecipazione alla ricerca, v. anche E.S. DOVE, *The EU General Data Protection Regulation: Implications for International Scientific Research in the Digital Era*, in *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2018, 4, 1022; EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679*, 4 maggio 2020, 30 (i documenti dell’EDPB citati nel presente lavoro possono essere consultati sul sito ufficiale: www.edpb.europa.eu/); ID., *Document on response to the request from the European Commission for clarifications on the consistent application of the GDPR, focusing on health research*, 2 febbraio 2021, 4; EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (EDPS), *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research*, 6 gennaio 2020, 18 (i documenti dell’EDPS citati nel presente lavoro possono essere consultati sul sito ufficiale: <https://www.edps.europa.eu/>).

³¹ In argomento v. anche, tra gli altri, M. MOSTERT-A.L. BREDENOORD, M.C. BIESAART, et al., *Big Data*, cit., 958.

³² V., in particolare, i considerando nn. 6 e 9 del GDPR. Il duplice obiettivo perseguito dal legislatore europeo emerge del resto chiaramente già dal titolo del Regolamento, oltre ad essere ulteriormente ribadito nel considerando n. 10 e nell’art. 1. In argomento, tra i molti, G. FINOCCHIARO, *Il quadro d’insieme sul regolamento europeo*, in ID. (opera diretta da), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018*, n. 101, Zanichelli, Bologna, 2019, 1 ss.; C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Federalismi.it*, 2018, 22, 1 ss.

³³ Cfr. il considerando n. 157 del GDPR.

³⁴ V. anche EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Guidelines 03/2020 on the processing of data concerning health for*



Nonostante l'ampio dibattito sull'impatto della nuova normativa sulla ricerca scientifica³⁵, il Regolamento non ha "stravolto"³⁶ l'impianto delineato dalla precedente Direttiva 95/46/CE. Pur mantenendo una certa continuità normativa, il GDPR ha tuttavia introdotto nuove previsioni che, insieme alle interpretazioni fornite dalle autorità europee, evidenziano l'intento di affrontare le sfide emergenti in tema di protezione dei dati personali in questo contesto.

Da questo angolo di osservazione, appaiono innanzitutto significative le ampie nozioni di «dati inerenti alla salute» e di «ricerca scientifica» adottate dal legislatore europeo, al fine di adeguarle alle potenzialità offerte dalle tecnologie *data-intensive*³⁷. In particolare, i «dati relativi alla salute» vengono definiti come i dati personali relativi alla salute fisica o mentale di una persona³⁸, inclusi i servizi di assistenza sanitaria, che rivelano «informazioni» sul suo stato di salute³⁹. Questa definizione, dunque, è significativamente più ampia rispetto al passato⁴⁰, avuto riguardo alla capacità delle moderne tecnologie di ottenere informazioni rilevanti anche da dati non strettamente sanitari. Come chiarito dal considerando n. 35 e ulteriormente approfondito dal Comitato europeo per la protezione dei dati⁴¹, tale nozione si estende, infatti, anche a informazioni derivate dall'analisi di dati biometrici⁴² o genetici e dai campioni biologici, nonché a quelle dedotte da riferimenti incrociati ad altri dati (che potrebbero rivelare, ad esempio, una predisposizione a malattie cardiovascolari attraverso misurazioni della pressione arteriosa)⁴³.

the purpose of scientific research in the context of the COVID-19 outbreak, 21 aprile 2020, 4 s., ove si evidenzia che le norme sulla protezione dei dati personali non prevalgono sulla libertà di scienza di cui all'art. 13 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, né viceversa. Di conseguenza, per rispettare «l'essenza» di questi diritti e libertà, è necessario un loro attento bilanciamento. Questo conferma quanto affermato in merito al diritto alla protezione dei dati, definito come un «diritto della persona tra le persone», richiamando così la relatività insita nei diritti della persona, il cui contenuto può essere soggetto a restrizioni giustificate dalla necessità di perseguire obiettivi di interesse generale. In questo senso, cfr. A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, in G. FINOCCHIARO (opera diretta da) *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018*, n. 101, cit., 464 s.

³⁵ Secondo alcuni, le regole introdotte dal Regolamento ostacolerebbero eccessivamente l'attività dei ricercatori (v., tra gli altri, D. PELOQUIN-M. DI MAIO-B. BIERER, et al., *Disruptive and Avoidable: GDPR Challenges to Secondary Research Uses of Data*, in *European Journal of Human Genetics*, 2020, 697 ss.; M.C. PLOEM-M.L. ESSINK-BOT-K. STRONKS, *Proposed EU data protection regulation is a threat to medical research*, in *British Medical Journal*, 2013, 346, f3534, 1 s.), mentre, per altri, la disciplina introdotta favorirebbe eccessivamente la ricerca (in questo senso, tra gli altri, v. K. PORMEISTER, *Genetic data and the research exemption: is the GDPR going too far?*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 7, 137 ss.).

³⁶ V. anche C. CASONATO-M. TOMASI, *Diritti*, cit., 348.

³⁷ Tali nozioni riflettono, dunque, il riconoscimento da parte del legislatore dell'ampia capacità informativa che caratterizza la ricerca scientifica *data-intensive*. Al riguardo, v. anche M. MOSTERT-A.L. BREDENOORD-M.C. BIESAART, et al., *Big Data in medical research and EU data protection law: challenges to the consent or anonymise approach*, cit., 957.

³⁸ A ben vedere, l'ampio concetto di diritto alla salute da ultimo accolto (v. sopra par. 1, *sub* nt. 2), non più limitato al solo aspetto fisico-funzionale ma esteso alla piena realizzazione della persona e ai suoi bisogni psico-fisici, influisce anche su ciò che, dal punto di vista della *privacy* e della protezione dei dati, deve essere considerato «dato relativo alla salute» e, di conseguenza, sottoposto a una disciplina specifica rispetto ai dati «comuni».

³⁹ Cfr. art. 4, par. 1, n. 15, GDPR. La Direttiva 95/46/CE, invece, non forniva alcuna definizione specifica in merito, limitandosi a menzionare tra le categorie particolari di dati quelli «relativi alla salute e alla vita sessuale» (art. 8).

⁴⁰ Analogamente alla nozione di dato personale, anche quella di dato relativo alla salute è, pertanto, concepita in senso ampio.

⁴¹ Cfr., in particolare, EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Guidelines 03/2020*, cit., 4.

⁴² Il considerando n. 35 include, infatti, anche «qualsiasi informazione riguardante, ad esempio, una malattia, una disabilità, il rischio di malattie, l'anamnesi medica, i trattamenti clinici o lo stato fisiologico o biomedico dell'interessato, indipendentemente dalla fonte». Ad esempio, i dati biometrici raccolti tramite strumenti di riconoscimento facciale possono essere analizzati per rilevare caratteristiche quali la simmetria del volto o la salute della pelle, che potrebbero indicare condizioni mediche come un episodio di ictus o patologie cutanee. V. anche A. DE FRANCESCHI, *Sub art. 4 (Definizioni)*, in R. D'ORAZIO-G. FINOCCHIARO-O. POLLICINO-G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Giuffrè, Milano, 2021, 171.

⁴³ Il considerando n. 35 considera anche i dati contrassegnati da numeri, simboli o segni identificativi come può accadere nei registri ospedalieri e in quelli relativi a progetti di ricerca. In questo senso, cfr. A. DE FRANCESCHI, *Sub art. 4 (Definizioni)*, cit., 171. In



Allo stesso modo, la nozione di «ricerca scientifica», pur non definita espressamente dal Regolamento, trova importanti indicazioni nel considerando n. 159, che suggerisce un'interpretazione ampia, includendo attività di sviluppo tecnologico e dimostrazione, ricerca fondamentale e ricerca applicata. Questo approccio sottolinea, dunque, l'importanza di considerare come ricerca scientifica qualsiasi attività finalizzata a generare nuova conoscenza e a far progredire lo stato dell'arte in un settore scientifico specifico. La nozione include, inoltre, sia la ricerca pubblica che quella privata, anche a scopo di lucro⁴⁴, confermando l'importanza del settore privato, come nel caso delle case farmaceutiche, nel progresso scientifico e tecnologico⁴⁵.

Delineato l'ambito di applicazione del regolamento in relazione alla finalità di ricerca scientifica, è ora possibile soffermarsi sulle principali disposizioni ad essa dedicate, con particolare riferimento al trattamento dei dati relativi alla salute, le quali riflettono l'attenzione del legislatore verso le esigenze della ricerca contemporanea. Se da un lato il trattamento dei dati personali per finalità di ricerca scientifica è soggetto alle disposizioni generali previste dal Regolamento, compresi i principi fondamentali, i meccanismi di gestione del rischio e le tutele a favore degli interessati⁴⁶, dall'altro lato, infatti, il legislatore ha introdotto alcune deroghe e limitazioni che consentono di bilanciare le esigenze della ricerca che coinvolge dati relativi alla salute con il diritto alla protezione dei dati personali dei partecipanti.

Un primo aspetto da considerare, per verificare l'equilibrio delineato dal GDPR, riguarda le basi giuridiche che possono legittimare il trattamento dei dati personali in questo contesto.

Tra queste, vi è innanzitutto il consenso. Tradizionalmente considerato uno strumento di controllo significativo nella ricerca scientifica per prevenire abusi e garantire una scelta consapevole nella partecipazione a studi e sperimentazioni che possono influire sulla salute e l'integrità fisica, il consenso ha, invero, da sempre rappresentato anche la base giuridica principale per legittimare la ricerca che coinvolge dati personali⁴⁷.

Occorre tuttavia considerare distintamente il consenso richiesto per la partecipazione alla ricerca dal consenso inteso come fondamento legittimo per il trattamento dei dati personali⁴⁸. Il consenso al trattamento

argomento, v. anche G. CHASSANG, *The impact of the EU general data protection regulation on scientific research*, in *Ecancermedicalscience*, 2017, 11, 709.

⁴⁴ Un chiaro limite alla possibilità dei soggetti privati di beneficiare del regime di favore previsto per la ricerca scientifica dal GDPR emerge, tuttavia, dall'interpretazione offerta dal Gruppo di lavoro art. 29 per la protezione dei dati, il quale ha chiarito che il concetto di ricerca deve rimanere ancorato a rigorosi standard metodologici ed etici, conformi alle buone prassi (cfr. ID., *Guidelines on consent under Regulation 2016/679* (WP259), adottate il 28 novembre 2017 e da ultimo modificate il 10 aprile 2018, 28; EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (EDPS), *A Preliminary Opinion*, cit., 11 s., il quale ha ulteriormente chiarito che la ricerca deve essere condotta con l'obiettivo di accrescere la conoscenza e il benessere collettivo della società, anziché servire prevalentemente uno o più interessi privati. V. anche EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Guidelines 03/2020*, cit., 5 s.). Ad ogni modo, come giustamente osservato, sebbene la nozione di ricerca scientifica includa anche soggetti privati, le particolari condizioni previste per il trattamento di specifiche categorie di dati personali limitano di fatto le basi giuridiche a disposizione di coloro che operano per finalità commerciali, tra cui il consenso dell'interessato (in questo senso, cfr. P. QUINN, *Research*, cit., 24 ss.).

⁴⁵ L'importanza della componente privata e industriale nel progresso scientifico e tecnologico è, del resto, già sottolineata dall'art. 179, par. 1, TFUE, espressamente richiamato dal considerando in esame, che al contempo evidenzia l'esigenza di una libera circolazione delle conoscenze scientifiche e delle tecnologie a beneficio della società (in argomento, v. anche, tra gli altri, C. CASO-NATO-M. TOMASI, *Diritti*, cit., 351; P. GUARDA, *Il regime giuridico*, cit., 139).

⁴⁶ Cfr. il considerando n. 159.

⁴⁷ P. QUINN-L. QUINN, *Big genetic data and its big data protection challenges*, in *Computer Law & Security Review*, 2018, 1011, i quali evidenziano che il consenso al trattamento dei dati personali per finalità di ricerca è spesso considerato l'opzione di riferimento per i ricercatori, poiché risulta preferibile sotto il profilo etico ed è privilegiato nel GDPR, che ammette eccezioni per scopi di ricerca solo quando il consenso non è ritenuto strettamente necessario; R. DUCATO, *sub art. 89*, in R. D'ORAZIO-G. FINOCCHIARO-O. POLLICINO-G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, cit., 964.

⁴⁸ Riguardo alle vicende e agli sviluppi che hanno portato al riconoscimento del diritto all'autodeterminazione corporea da un lato e del diritto all'autodeterminazione informativa dall'altro, v. sopra *sub* nt. 11.



presenta, infatti, come già menzionato, profili di criticità nel contesto della ricerca scientifica contemporanea, segnata da avanzamenti tecnologici e informatici significativi, soprattutto in relazione alla predeterminazione delle finalità e al rispetto del principio di minimizzazione.

In questa prospettiva, pur mantenendo l'impostazione tradizionale e richiedendo requisiti rigorosi per il consenso al trattamento dei dati per scopi di ricerca scientifica⁴⁹, il legislatore europeo ha "consentito" un'attenuazione della rigidità nella specificazione delle finalità⁵⁰. Il Regolamento, infatti, riconosce il consenso come strumento essenziale di autodeterminazione, ma concede una maggiore flessibilità, ammettendo che le finalità della ricerca possano essere descritte in modo più generico, purché riguardino specifici settori e siano rispettate le norme deontologiche pertinenti⁵¹.

Per «compensare» questa maggiore flessibilità, il Comitato europeo per la protezione dei dati ha suggerito misure integrative idonee a garantire l'efficacia del consenso, come la delimitazione delle finalità della ricerca a un ambito scientifico specifico e la necessità di assicurare che gli interessati siano costantemente informati sullo sviluppo del progetto, consentendo loro di decidere se continuare a partecipare o revocare il consenso⁵²⁻⁵³.

L'obiettivo del legislatore non è, dunque, ove possibile⁵⁴, quello di abbandonare il paradigma consensualistico né di avallare un consenso "in bianco"⁵⁵, ma piuttosto di "ridimensionarlo" nei casi in cui le finalità del trattamento non possano essere definite con precisione fin dall'inizio, garantendo comunque adeguate misure di tutela.

Tuttavia, come discusso in precedenza⁵⁶, sebbene il consenso rappresenti uno strumento centrale per garantire all'interessato un certo controllo sull'uso delle proprie informazioni, presenta diversi limiti che emergono in modo evidente nel contesto della ricerca scientifica avanzata, i quali rimangono in gran parte irrisolti

⁴⁹ Cfr. art. 4, par. 1, n. 11, nonché l'art. 6, par. 1, lett. a. Al riguardo, v. anche EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Guidelines 05/2020*, cit., 7 ss.; ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Guidelines on consent*, cit., 4 ss. È pertanto necessario che il consenso sia realmente informato e consapevole, riflettendo una piena comprensione, da parte dell'interessato, delle modalità con cui i propri dati saranno utilizzati. In questo senso, v., tra gli altri, S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2006, 1016. In generale, sui requisiti del consenso v., tra gli altri, F. BRAVO, *Le condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. FINOCCHIARO (opera diretta da) *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018*, n. 101, cit., 151 ss.

⁵⁰ Cfr. considerando n. 33 del GDPR, la cui operatività, pur non avendo carattere vincolante, è stata più volte confermata anche dalle autorità europee e nazionali: v., tra gli altri, i documenti del Comitato europeo per la protezione dei dati richiamati alla nota successiva e GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Provvedimento del 27 aprile 2023*, 27 aprile 2023, doc. web. n. 9898815 (tutti i documenti del Garante per la protezione dei dati personali citati nel presente contributo possono essere consultati all'indirizzo www.garanteprivacy.it).

⁵¹ V. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Guidelines 05/2020*, cit., 31 ss., dove si evidenzia inoltre che, nel caso del trattamento di particolari categorie di dati, l'applicazione di questo approccio "flessibile" in relazione al consenso richiede un'interpretazione più rigorosa e un livello di controllo più elevato. Sull'esatta portata del considerando n. 33 è atteso, tuttavia, un ulteriore chiarimento da parte dell'EDPB, nelle future linee guida sul trattamento dei dati personali per finalità di ricerca scientifica, più volte annunciate ma non ancora adottate (v. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Document on response*, cit., 7).

⁵² V. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Guidelines 05/2020*, cit., 30; ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Guidelines on consent*, cit., 27 ss.

⁵³ L'equilibrio tra le esigenze della ricerca e i diritti degli interessati è ulteriormente rafforzato dalle garanzie previste dall'art. 89, par. 1, del GDPR, che richiede l'adozione di misure adeguate per proteggere i diritti e le libertà dei partecipanti alla ricerca, come la minimizzazione dei dati e la loro sicurezza. Sull'art. 89, par. 1, del GDPR, v. oltre par. 3.2.

⁵⁴ Al riguardo, v. quanto evidenziato oltre.

⁵⁵ Il Comitato ha in particolare chiarito che non si tratta dell'ammissibilità di un "ampio consenso" (*broad consent*): cfr. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Document on response*, cit., 7; ID., *Guidelines 05/2020*, cit., 7.

⁵⁶ V. sopra par. 2.



nonostante le possibilità di modulare il consenso per specifici ambiti⁵⁷. Inoltre, il consenso non esclude l'insorgere di difficoltà per lo svolgimento della ricerca, specialmente negli studi longitudinali, in quanto può essere revocato in qualsiasi momento dall'interessato⁵⁸, senza eccezioni per la ricerca scientifica⁵⁹.

Alla luce di tali difficoltà, emerge l'importanza di poter ricorrere ad altre basi giuridiche per l'uso dei dati, che offrono maggiore flessibilità per la ricerca pur garantendo i diritti degli interessati. Gli artt. 6 e 9 del Regolamento prevedono, infatti, ulteriori basi giuridiche e deroghe⁶⁰ che legittimano il trattamento dei dati sanitari per scopi di ricerca scientifica, offrendo così una maggiore flessibilità, pur nel rispetto di limiti e garanzie adeguate⁶¹.

Oltre al consenso, tra le basi giuridiche più rilevanti per la ricerca⁶² vi sono l'interesse pubblico e il legittimo interesse del titolare⁶³, da considerarsi, nel caso di dati sensibili, in relazione alle deroghe al divieto di trattamento previste dall'art. 9, par. 2⁶⁴, in particolare alle lett. *i* e *j*, che permettono il trattamento per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica o per scopi di ricerca scientifica, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale⁶⁵.

⁵⁷ Sui limiti dell'“apertura” offerta dal considerando n. 33 del GDPR, si è espresso, tra gli altri, R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Towards Regulation for the European Health Data Research: A Comparative Analysis*, in V. COLCELLI-R. CIPPITANI-C. BROCHHAUSEN-DELIUS, et al. (a cura di), *GDPR Requirements for Biobanking Activities Across Europe*, Springer International Publishing, Berlino, 2023, 414 s., il quale ha evidenziato come la necessità, sottolineata dall'EDPB, di prevedere un consenso per “fasi successive”, costringerebbe i ricercatori a richiedere ripetutamente il consenso. Questo meccanismo potrebbe portare a esiti simili a quelli osservati con le politiche sui *cookies*, ma con effetti opposti: mentre le continue richieste di autorizzazione per i *cookies* hanno portato gli utenti ad accettare senza riflettere, nel contesto dei dati sanitari, data la loro sensibilità, le ripetute richieste di consenso potrebbero indurre gli interessati a rifiutare automaticamente. Avanzano dubbi in merito alla soluzione offerta dal considerando n. 33 anche M. SHABANI e S. YILMAZ, *Lawfulness in secondary use of health data. Interplay between three regulatory frameworks of GDPR, DGA & EHDS*, in *Technology and Regulation*, 2022, 130.

⁵⁸ Cfr. art. 7, par. 3, GDPR. Questo diritto può, dunque, essere esercitato in qualsiasi momento, senza obbligo di giustificazione. La revoca, tuttavia, non pregiudica la liceità del trattamento effettuato in precedenza; il titolare è però tenuto a cessare le attività di trattamento in questione e, in assenza di un'altra base giuridica o di un motivo che giustifichi la conservazione dei dati per ulteriori trattamenti, deve procedere alla loro cancellazione (art. 17, par. 1, lett. *b*, e par. 3, GDPR).

⁵⁹ In proposito, è rilevante che il Regolamento riconosca espressamente il diritto di revoca in favore dell'interessato, a differenza del passato (in merito ai dibattiti sorti durante la vigenza della disciplina precedente, v., tra gli altri, F. CAGGIA, *sub art. 7*, in R. D'ORAZIO-G. FINOCCHIARO-O. POLLICINO-G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, cit., 223 ss.).

⁶⁰ L'art. 9 del GDPR, dedicato al trattamento di particolari categorie di dati, prevede, come già la precedente Direttiva, un divieto generale di trattare i dati che rientrano nell'ambito di tale disposizione. La portata di tale divieto è, tuttavia, “attenuata” attraverso un lungo e dettagliato elenco di deroghe, confermando che il diritto alla protezione dei dati personali non costituisce una prerogativa assoluta, ma deve essere bilanciato con altri diritti fondamentali parimenti meritevoli di tutela, in conformità al principio di proporzionalità (considerando n. 4). Cfr., inoltre, il considerando n. 51 GDPR, il quale conferma la necessità di applicare cumulativamente le eccezioni previste dall'art. 9, par. 2 GDPR con le «condizioni di liceità» previste dall'art. 6 GDPR.

⁶¹ In questi casi, il consenso prestato per la partecipazione ad attività di ricerca scientifica può essere considerato una garanzia aggiuntiva per il trattamento dei dati personali, oltre a quanto richiesto dall'art. 89 GDPR. In questo senso, cfr. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Guidelines 05/2020*, cit., 30; EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Document on response*, cit., 4.

⁶² La ricerca scientifica, di per sé, non costituisce una base giuridica ai sensi dell'art. 6 del GDPR. È stato osservato che la scelta del legislatore mira a evitare il rischio di far prevalere indiscriminatamente le finalità della ricerca, sfruttando il pretesto di una presunta superiore utilità collettiva. Di conseguenza, la soluzione adottata richiede che, indipendentemente dalla base giuridica prescelta per il trattamento, si effettui un giudizio comparativo tra il tipo di ricerca, le informazioni da raccogliere e i diversi interessi dei partecipanti coinvolti. Al riguardo, v. A. BERNES, *La protezione dei dati personali nell'attività di ricerca scientifica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 1, 185 s.; S. SLOKENBERGA, *Scientific Research Regime 2.0? How the proposed EHDS Regulation may change the GDPR Research Regime*, in *Technology and Regulation*, 2022, 139. V. anche ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Opinion 03/2013 on purpose limitation* (WP203), adottate il 2 aprile 2013, 42. Ciò nonostante, la previsione di una specifica deroga al divieto di trattamento di particolari categorie di dati quando effettuato per scopi di ricerca scientifica (art. 9, par. 2, lett. *j*, GDPR), assente nella Direttiva, evidenzia l'importanza attribuita a tale attività, ampliando gli spazi di operatività della ricerca stessa.

⁶³ Previsti, rispettivamente, dall'art. 6, par. 1, lett. *e* e *f*, GDPR.

⁶⁴ V. sopra *sub* nt. 60.

⁶⁵ Cfr. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Guidelines 05/2020*, cit., 30 e *sub* nt. 72. In questo senso, v. anche P. QUINN, *Research*, cit., 9 ss.; G. COMANDÉ, *Ricerca*, cit., 197.



Quando il trattamento dei dati è giustificato dall'esecuzione di un compito di interesse pubblico, la legge interviene per bilanciare preventivamente i diritti individuali con le esigenze collettive legate alla ricerca. In questo contesto, è dunque la normativa nazionale o dell'Unione a stabilire la prevalenza dell'interesse pubblico⁶⁶, definendo le finalità e le condizioni del trattamento, il tipo di dati trattati, i soggetti coinvolti e il periodo di conservazione⁶⁷.

Ad ogni modo, non tutti gli studi rientrano nel concetto di "interesse pubblico" definito dal legislatore; pertanto, in alcuni casi, il legittimo interesse del titolare del trattamento⁶⁸ può costituire una valida alternativa al consenso, specialmente in relazione a progetti di ricerca che presentano significative implicazioni commerciali⁶⁹, come nel caso di sviluppo di prodotti farmaceutici⁷⁰. Anche in tali circostanze, il bilanciamento tra l'interesse del titolare del trattamento e i diritti degli interessati è determinato a priori dal legislatore, che riconosce il legittimo interesse del titolare come base giuridica. Questa scelta impone, tuttavia, al titolare di valutare attentamente le circostanze del caso concreto e di assumersi la responsabilità di proteggere i diritti degli interessati, in conformità al principio di *accountability*⁷¹.

Infine, anche quando il trattamento dei dati avviene senza il consenso dell'interessato, per motivi di interesse pubblico o di legittimo interesse del titolare, quest'ultimo conserva comunque il diritto di esercitare un controllo sui propri dati⁷² attraverso il diritto di opposizione (art. 21 GDPR), qualora sussistano motivi legati alla sua situazione particolare, sebbene questo diritto possa essere limitato in presenza di interessi superiori legati alla ricerca scientifica che giustificano la prosecuzione del trattamento⁷³.

⁶⁶ Questa base giuridica può applicarsi anche alle organizzazioni private che svolgono attività di ricerca nell'interesse pubblico, nonché a quelle ricerche che coinvolgono la collaborazione tra il settore pubblico e quello privato. In proposito, cfr. G. COMANDÉ, *Ricerca*, cit., 197.

⁶⁷ Cfr. il considerando n. 45 del GDPR.

⁶⁸ Tale base giuridica è stata tuttavia ritenuta la più «problematica» (cfr. D. POLETTI, *sub Art. 6*, in R. D'ORAZIO-G. FINOCCHIARO-O. POLLICINO-G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, cit., 200), a causa dell'indeterminatezza del concetto di «legittimo interesse» e della necessità per il titolare di operare un delicato e complesso bilanciamento d'interessi.

⁶⁹ V. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Guidelines 1/2024 on processing of personal data based on Article 6(1)(f) GDPR*, 8 ottobre 2024, 11; ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC* (WP 217), 9 aprile 2014, 25. Al riguardo, è importante evidenziare che il considerando n. 47 esclude l'utilizzo della base giuridica in esame da parte di soggetti pubblici per i trattamenti effettuati nell'esecuzione dei loro compiti, stabilendo che spetta al legislatore prevedere per legge la base giuridica che autorizzi questi soggetti a trattare i dati personali. È stato tuttavia osservato che questa esclusione può risultare problematica, poiché la ricerca scientifica si caratterizza sempre più per la collaborazione tra il settore pubblico e quello privato: cfr. G. COMANDÉ, *Ricerca*, cit., 197.

⁷⁰ Questo conferma, dunque, che la ricerca scientifica, anche se orientata da obiettivi economici, può comunque contribuire al progresso della conoscenza e alla tutela della salute pubblica. In proposito, v. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests*, cit., 35. In argomento, v. anche, tra gli altri, I. RAPISARDA, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali. Verso il definitivo superamento del paradigma privatistico?*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2021, 2, 309; A. BERNES, *La protezione*, cit., 189.

⁷¹ Ad ogni modo, il Regolamento fornisce parametri interpretativi importanti per evitare che questa base giuridica diventi un espediente per eludere la normativa sulla protezione dei dati personali: cfr. i considerando nn. 47-50 GDPR. Ulteriori indicazioni si rinviengono nelle linee guida e nelle decisioni adottate a livello europeo e nazionale (v., in particolare, EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Guidelines 1/2024*, cit., 9 ss.; ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests*, cit., 30 ss.; GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Indicazioni preliminari di cui in motivazione volte a favorire la corretta applicazione delle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679*, 22 febbraio 2018, doc. web n. 8080493.

⁷² V. anche ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Opinion 15/2011 on the definition of consent* (WP187), 13 luglio 2011, 8, dove si evidenzia che l'opposizione rappresenta uno degli strumenti che consentono all'interessato di mantenere il controllo sulle informazioni che lo riguardano. In dottrina, tra gli altri, A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, cit., 448.

⁷³ V. oltre.



3.1. – Nel quadro dell’attenzione che il GDPR dedica alle esigenze concrete della ricerca scientifica, occupa un ruolo di rilievo la disciplina dell’“ulteriore trattamento” (talvolta indicato come “uso secondario” o “riutilizzo”), definito come il trattamento dei dati personali per “finalità diverse” rispetto a quelle per cui sono stati originariamente raccolti (o generati)⁷⁴.

In generale, il principio della limitazione delle finalità consente ai titolari di trattare i dati personali raccolti per scopi determinati, espliciti e legittimi, anche per finalità ulteriori, purché «compatibili» con quelle iniziali⁷⁵. La valutazione di tale compatibilità si basa su diversi fattori, tra cui il rapporto tra le finalità originarie e quelle successive, il contesto della raccolta e la natura dei dati⁷⁶.

Una particolare considerazione è riservata⁷⁷ all’ulteriore trattamento per scopi di ricerca scientifica⁷⁸, che può essere ritenuto compatibile con le finalità iniziali, qualora conforme ai criteri sanciti dall’art. 89, par. 1, GDPR. Questa disposizione riveste un’importanza significativa, poiché i dati sanitari generati in contesti eterogenei possiedono un’utilità che trascende lo specifico uso clinico, diagnostico o anche di ricerca per cui sono stati eventualmente raccolti⁷⁹. Inoltre, come già evidenziato, la necessità di specifiche analisi sui dati emerge spesso solo dopo la loro raccolta, un aspetto accentuato nell’attuale contesto della ricerca *data intensive*. Il legislatore europeo ha, pertanto, chiarito, rispetto alla normativa precedente⁸⁰, la «presunzione di compatibilità» tra la finalità iniziale e quella successiva per la ricerca scientifica, escludendo, in linea di principio⁸¹, la necessità per il titolare del trattamento iniziale⁸² di ricercare una base giuridica distinta per l’ulteriore trattamento.

⁷⁴ Cfr. considerando n. 50 e art. 5, par. 1, lett. *b*, GDPR. Nel contesto in esame, tale concetto si riferisce al riutilizzo di dati personali, inclusi quelli sanitari derivati da campioni biologici, raccolti originariamente per scopi diversi, come ricerche con obiettivi differenti o attività di assistenza sanitaria. Tuttavia, in ambito sanitario viene impiegato il termine “uso secondario di dati” con un significato diverso, che può generare incertezza. L’uso secondario nel settore medico, infatti, si riferisce principalmente al riutilizzo di dati sanitari originariamente raccolti per finalità cliniche (ad esempio, diagnosi e trattamento) in nuovi contesti, come la ricerca scientifica, la medicina di precisione o la gestione delle politiche sanitarie.

⁷⁵ Cfr. art. 5, par. 1, lett. *b*, GDPR.

⁷⁶ Cfr. art. 6, par. 4 e considerando n. 50 del GDPR. V., inoltre, ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, cit., 23 ss.

⁷⁷ Una diversa precisazione è prevista dall’art. 6, par. 4 del GDPR, che esclude la necessità del test di compatibilità quando l’ulteriore trattamento si basa sul consenso dell’interessato o su una normativa dell’Unione o di uno Stato membro adottata ai sensi dell’art. 23 del GDPR. L’esclusione è tuttavia giustificata dal fatto che, nel primo caso, è l’interessato stesso a legittimare l’ulteriore trattamento, mentre, nel secondo caso, il bilanciamento degli interessi e le garanzie necessarie sono già stati valutati e incorporati nella relativa legislazione.

⁷⁸ Più precisamente, la disposizione in commento si riferisce agli ulteriori trattamenti effettuati a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici.

⁷⁹ V. anche R. BECKER-D. CHOKOSHVILI-G. COMANDÉ, et al., *Secondary use of personal health data: when is it “further processing” under the GDPR, and what are the implications for data controllers?*, in *European Journal of Health Law*, 2023, 30, 131; M.L. MANIS, *The processing of personal data in the context of scientific research. The new regime under the EU-GDPR*, in *BioLaw Journal*, 2017, 3, 331.

⁸⁰ La presunzione di compatibilità era, infatti, già contemplata nella Direttiva n. 95/46/CE (art. 6, par. 1, lett. *b*) e, tuttavia, in mancanza di precise indicazioni, la sua applicazione aveva dato luogo a interpretazioni contrastanti.

⁸¹ V. quanto evidenziato oltre.

⁸² L’“ulteriore trattamento” di cui si discute viene sempre effettuato dal titolare del trattamento che ha inizialmente raccolto i dati per una finalità diversa, sia quando il successivo trattamento viene eseguito dal titolare stesso per scopi propri diversi da quelli originari, sia nel caso in cui i dati vengano comunicati a un terzo affinché quest’ultimo li tratti per finalità di ricerca proprie. In quest’ultimo scenario, l’“ulteriore trattamento” da parte del titolare originario consiste nella condivisione dei dati con il terzo; di conseguenza, spetta al primo verificare la compatibilità e la liceità dell’ulteriore trattamento, nonché informare l’interessato dell’intenzione di effettuare tale trattamento, come richiesto dagli articoli 13, par. 3, e 14, par. 4 del GDPR. Al contrario, per il terzo che richiede l’accesso ai dati per trattarli per scopi di ricerca scientifica propri, tale trattamento costituirà una finalità primaria, richiedendo quindi l’individuazione e l’applicazione di una propria base giuridica, distinta da quella utilizzata dal titolare originario, e il rispetto di tutti i requisiti previsti dal GDPR. Al riguardo, cfr. anche Cass. 7 ottobre 2021, n. 27325, in *DeJure*, la quale, chiamata a pronunciarsi sulla cessione di una bio-



Questa formulazione ha tuttavia contribuito all'emergere dell'idea che la ricerca scientifica goda di uno *status* privilegiato nel Regolamento, esonerando automaticamente i titolari dall'individuazione di una specifica base giuridica per l'ulteriore trattamento dei dati per finalità diverse rispetto a quelle originarie. Di conseguenza, sono emerse preoccupazioni riguardo all'adeguatezza della tutela dei dati personali, in particolare dei dati sanitari. Sebbene la norma faciliti la ricerca e renda più agevole lo svolgimento delle attività, è necessario riconsiderarne la portata: per beneficiare della presunzione di compatibilità prevista per la ricerca scientifica, è infatti necessario rispettare condizioni rigorose e tenere conto di determinati fattori⁸³. A tal proposito, anche le autorità europee hanno chiarito che la deroga non deve essere intesa come "un'autorizzazione generale" al trattamento ulteriore dei dati ogniqualvolta vi sia una finalità di ricerca⁸⁴.

Una delle questioni principali concerne il requisito della base giuridica. Ai sensi del considerando n. 50, quando l'"ulteriore trattamento" è compatibile con le finalità iniziali, «non è richiesta alcuna base giuridica separata oltre a quella che ha consentito la raccolta dei dati personali». Questo potrebbe indurre a ritenere che la base giuridica originaria si "estenda" automaticamente al trattamento successivo⁸⁵. Una lettura approfondita del considerando e delle disposizioni del GDPR rivela, tuttavia, che ciò è valido solo qualora l'ulteriore trattamento soddisfi i requisiti della base giuridica originaria. In particolare, il considerando n. 50 richiede che il titolare effettui comunque un formale test di compatibilità – non necessario per la ricerca scientifica, in quanto la compatibilità si presume – solo «dopo aver soddisfatto tutti i requisiti per la liceità del trattamento originario». Tra questi requisiti fondamentali vi è l'obbligo di garantire che il successivo trattamento continui a rispettare le condizioni della base giuridica prescelta, ai sensi dell'art. 6, par. 1, GDPR, con la conseguenza che la sola "compatibilità" delle finalità non assicura la liceità del trattamento⁸⁶, essendo necessario accertare se la base giuridica originaria possa effettivamente "estendersi" all'ulteriore trattamento⁸⁷⁻⁸⁸. Inoltre, qualora l'ulteriore trattamento riguardi categorie particolari di dati, come quelli sanitari, il

banca contenente dati genetici (c.d. caso SharDna), ha evidenziato che «il trasferimento dei dati dal titolare originario ad un altro soggetto (...) dà luogo alla cessazione del trattamento originario – e non alla successione nello stesso –, comportando, quindi, l'inizio di un distinto trattamento ad opera del nuovo titolare, tenuto al rispetto della complessiva disciplina in tema di informativa e consenso»; GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Provvedimento del 27 aprile 2023*, cit. In dottrina, v. R. BECKER-D. CHOKOSHVILI-G. COMANDÉ, et al., *Secondary use*, cit., 149, i quali evidenziano che «*the collection by a downstream controller effectively marks a "reset" in the chain to the extent that it takes place for a primary purpose, which needs a legal basis on its own*».

⁸³ Al riguardo, v. anche R. BECKER-D. CHOKOSHVILI-G. COMANDÉ, et al., *Secondary use*, cit., 147 s.

⁸⁴ Cfr. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, cit., 28.

⁸⁵ Tale interpretazione potrebbe sembrare ulteriormente supportata dal riferimento alla "liceità" contenuto nel considerando n. 50, il quale afferma che: «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». Tuttavia, la nozione di liceità nel GDPR ha un ambito più ampio, non limitato alla semplice esistenza di una base giuridica adeguata. Questo concetto include, ad esempio, il rispetto delle norme relative al trattamento di categorie particolari di dati o al trasferimento di dati verso Paesi terzi e può essere influenzato anche dal rispetto delle normative nazionali. V. anche R. BECKER-D. CHOKOSHVILI-G. COMANDÉ, et al., *Secondary use*, cit., 154.

⁸⁶ Contrariamente a quanto affermato da alcuni autori, non si può pertanto ritenere che la disciplina della presunzione di compatibilità abbia introdotto un ulteriore fondamento per il riutilizzo dei dati nell'ambito della ricerca. La mancanza di volontà di individuare una specifica base giuridica per la ricerca scientifica emerge del resto chiaramente dall'art. 6 del GDPR, che non include un riferimento specifico a questo scopo (v. anche sopra, *sub* nt. 62).

⁸⁷ Ad esempio, se il trattamento originario si basava sul legittimo interesse, il titolare deve verificare che questa base giuridica giustifichi anche l'ulteriore trattamento. Alla luce di ciò, soprattutto nel caso della ricerca scientifica, le limitate basi giuridiche disponibili evidenziano la possibilità che la base giuridica originaria non sia sufficiente a giustificare l'ulteriore trattamento, richiedendo quindi al titolare di individuare una nuova base giuridica (v. sopra, *sub* par. 3).

⁸⁸ La ricostruzione delineata trova conferma nelle osservazioni espresse dal Gruppo di lavoro art. 29 in relazione alla Proposta di Regolamento sulla protezione dei dati personali. Anche con riferimento alla disciplina proposta nel Regolamento, come già per la Direttiva, l'Autorità europea ha, infatti, evidenziato che: «*these provisions (...) confuse two different concepts: the notion of 'compatibility' under Article 5(b) of the proposed Data Protection Regulation and the notion of 'lawful ground' under Article 6. As explained*



titolare dovrà anche verificare la conformità alle condizioni previste dall'art. 9, par. 2, GDPR.

A ciò si aggiunga che, oltre a garantire che l'ulteriore trattamento per finalità di ricerca scientifica sia supportato da una base giuridica adeguata, il titolare deve dimostrare il rispetto degli ulteriori requisiti di liceità previsti dal GDPR, tra cui i principi delineati dall'art. 5.

Come già menzionato, l'applicazione della "presunzione di compatibilità" è altresì subordinata all'adozione delle misure di salvaguardia stabilite dall'art. 89, par. 1, GDPR⁸⁹. Il titolare del trattamento è pertanto tenuto a implementare misure tecniche e organizzative appropriate, in particolare per garantire il rispetto del principio di minimizzazione, nonché dei principi di integrità e riservatezza dei dati⁹⁰, utilizzando, ove possibile, dati anonimi o anonimizzati. Qualora i dati siano comunicati a un terzo per scopi di ricerca, quest'ultimo è tenuto a garantire analoghe misure di protezione, oltre ad essere conforme agli altri requisiti sopra discussi⁹¹.

Occorre infine considerare la possibilità offerta agli Stati membri di introdurre ulteriori restrizioni⁹², che potrebbero, ad esempio, imporre al titolare del trattamento l'obbligo di ottenere un'autorizzazione preventiva dall'Autorità garante⁹³. L'ulteriore trattamento di dati sanitari per scopi di ricerca potrebbe anche essere soggetto a normative settoriali specifiche a livello nazionale, come le disposizioni sul segreto medico, le quali potrebbero limitare il riutilizzo dei dati raccolti in un contesto clinico⁹⁴.

Nel complesso, queste considerazioni evidenziano che il requisito della "compatibilità", la cui sussistenza è "presunta" per le finalità di ricerca scientifica, rappresenta una condizione necessaria ma non sufficiente

earlier, these two requirements are cumulative. Processing of personal data for the purposes of historical, statistical or scientific research must be based on one of the legal grounds (points a to f), in any event. Article 83 may help assess under what conditions further use may be compatible (and more generally, what safeguards must be applied in case of any processing for historical, statistical or scientific purposes) but cannot provide a substitute for an appropriate lawful ground for the processing» (cfr. ID., *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, cit., 33; nello stesso senso, v. anche EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (EDPS), *Preliminary Opinion*, cit., 22 s.) In dottrina, accolgono tale soluzione, tra gli altri, R. BECKER-D. CHOKOSHVILI-G. COMANDÉ, et al., *Secondary use*, cit., 149; M. SHABANI-S. YILMAZ, *Lawfulness*, cit., 130. V., inoltre, S. SLOKENBERGA, *Scientific Research*, cit., 139, la quale evidenzia la presenza, in dottrina, di due diverse interpretazioni della questione in esame.

⁸⁹ Al riguardo, v. più ampiamente oltre, *sub par. 3.2*.

⁹⁰ Cfr. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Guidelines 03/2020*, cit., 9.

⁹¹ V. sopra, *sub nt. 82*. V. anche i dubbi sollevati in proposito da R. BECKER-D. CHOKOSHVILI-G. COMANDÉ, et al., *Secondary use*, cit., 148, riguardo alla questione se, nei casi in cui i dati personali siano comunicati a terzi affinché questi ultimi li utilizzino per finalità di ricerca proprie, l'accertamento dell'effettiva esistenza e operatività delle garanzie previste dall'art. 89 del GDPR debba rientrare nel test di compatibilità che il titolare originario dei dati è tenuto a svolgere per valutare la legittimità dell'ulteriore trattamento, oppure se siano sufficienti le mere rassicurazioni fornite dal terzo in merito alla loro presenza.

⁹² V. oltre, *sub par. 3.3*.

⁹³ In proposito, per quanto riguarda la disciplina italiana, l'art. 110-*bis* del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, contiene una disposizione specifica per il "trattamento ulteriore" dei dati personali a fini di ricerca scientifica o a fini statistici da parte di soggetti terzi (ossia, soggetti diversi dal titolare che ha originariamente raccolto i dati). In particolare, si prevede che il Garante possa autorizzare, anche mediante provvedimenti generali, il trattamento ulteriore di dati personali da parte di tali soggetti terzi quando, per ragioni particolari, informare gli interessati risulti impossibile, comporti uno sforzo sproporzionato, o rischi di compromettere gravemente il raggiungimento delle finalità della ricerca. Tale autorizzazione è concessa a condizione che siano adottate misure adeguate di tutela, in conformità all'art. 89 del GDPR, comprese forme preventive di minimizzazione e di anonimizzazione dei dati. Il trattamento da parte del soggetto terzo sarà pertanto possibile solo in presenza di tale autorizzazione da parte dell'Autorità garante (la disposizione rappresenta, dunque, una specificazione a livello nazionale dell'art. 15, par. 5, lett. *b*, del GDPR). In argomento v., tra gli altri, L. BOLOGNINI-S. ZIPPONI, *Tutela dei dati personali nel settore della ricerca scientifica e delle sperimentazioni cliniche: la normativa italiana*, in ID.-ID. (a cura di), *Privacy e diritto dei dati sanitari*, Giuffrè, 2024, 221 ss.; S. MELCHIONNA, *sub art. 110-bis. Trattamento ulteriore da parte di terzi dei dati personali a fini di ricerca scientifica o a fini statistici*, in R. SCIAUDONE-E. CARAVÀ (a cura di), *Il codice della privacy. Commento al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e al D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101, alla luce del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR)*, Pacini, 2019, 461 ss.

⁹⁴ V. R. BECKER-D. CHOKOSHVILI-G. COMANDÉ, et al., *Secondary use*, cit., 151.



per legittimare l'ulteriore trattamento, dovendo essere soddisfatte altre condizioni affinché esso sia effettivamente lecito⁹⁵. Questo mette in luce, pertanto, l'esigenza di riconsiderare l'interpretazione di un regime di eccessivo favore per la ricerca scientifica, rafforzando l'importanza di un'applicazione rigorosa delle tutele previste dal GDPR.

3.2. – Le regole finora esaminate evidenziano come, nell'ambito del Regolamento, il bilanciamento tra la tutela degli interessi individuali e le esigenze della ricerca scientifica assuma connotati specifici, articolandosi attraverso un complesso processo di contemperamento. Questo approccio emerge chiaramente anche nella disciplina relativa all'esercizio dei diritti dell'interessato⁹⁶, nel caso in cui i suoi dati personali siano trattati per finalità di ricerca scientifica. Il Regolamento riconosce infatti che, in alcuni contesti, l'esercizio di tali diritti potrebbe rendere impossibile o compromettere gravemente il conseguimento degli obiettivi della ricerca. Di conseguenza, sono previste specifiche limitazioni, alcune già contemplate e applicabili direttamente dal titolare del trattamento, mentre altre possono essere introdotte mediante il diritto dell'Unione o degli Stati membri⁹⁷. In ogni caso, l'adozione di adeguate misure di salvaguardia, in conformità all'art. 89 del GDPR, è necessaria per evitare, per quanto possibile, un pregiudizio ai diritti e alle libertà dell'interessato.

Le limitazioni espressamente previste riguardano il diritto alla cancellazione, il diritto di opposizione e il diritto di essere informato. Il diritto alla cancellazione⁹⁸, che consente all'interessato di ottenere la rimozione dei propri dati – tra l'altro, nel caso di revoca del consenso o opposizione al trattamento –, può essere infatti limitato nel contesto della ricerca scientifica, qualora tale cancellazione comprometta i risultati dello studio⁹⁹. In tal modo, il Regolamento offre al titolare del trattamento un importante strumento per bilanciare gli effetti negativi derivanti dall'esercizio dei diritti da parte degli interessati, sebbene l'onere della prova a carico del titolare debba essere interpretato in modo rigoroso¹⁰⁰.

Questa disposizione si collega a un'altra norma favorevole alla ricerca, riguardante la conservazione dei dati personali nel tempo. In particolare, in base al principio di limitazione della conservazione, i dati dovrebbero essere mantenuti in forma identificabile solo per il periodo necessario al raggiungimento degli scopi del trattamento; tuttavia, in presenza di adeguate garanzie, questo periodo può essere esteso per finalità di ricerca scientifica¹⁰¹.

Analoghi limiti a favore della ricerca si applicano all'esercizio del diritto di opposizione di cui all'art. 21 GDPR. Come anticipato, questo diritto consente all'interessato di opporsi (dunque, *ex post*) al trattamento

⁹⁵ In ogni caso, sulla questione si attende la pubblicazione delle linee guida sul trattamento dei dati personali per scopi di ricerca scientifica, la cui adozione è stata annunciata da tempo dall'EDPB (v. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Guidelines 03/2020*, cit., 9).

⁹⁶ In generale, sui diritti riconosciuti all'interessato v., tra gli altri, A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, cit., 392 ss.

⁹⁷ Al riguardo, v. oltre, *sub par.* 3.3.

⁹⁸ Il Regolamento ha ampliato l'ambito di applicazione del diritto alla cancellazione rispetto a quanto previsto dalla precedente Direttiva, introducendo una disciplina specifica (v. art. 17 GDPR).

⁹⁹ Cfr. art. 17, par. 3, lett. *d*, GDPR.

¹⁰⁰ Questo limite deve tuttavia ritenersi applicabile agli studi già avviati o conclusi, mentre i dati conservati per un eventuale riutilizzo dovrebbero rimanere soggetti al diritto di cancellazione. Può infatti presupporre che, non essendo la ricerca ancora iniziata, in questi casi l'esercizio del diritto alla cancellazione non comprometta il raggiungimento degli obiettivi della ricerca. In questo senso, cfr. K. PORMEISTER, *Genetic data*, cit., 140; R. DUCATO, *sub art. 89*, cit., 973.

¹⁰¹ Cfr. art. 5, par. 1, lett. *e*, GDPR. In tal senso, v. anche l'art. 99, d.lgs. n. 196/2003, modificato dal d.lgs. n. 101/2018 in adeguamento della disciplina europea.



dei propri dati personali per motivi legati alla sua situazione particolare¹⁰², qualora il trattamento non si basi sul consenso¹⁰³. L'esercizio di tale diritto è tuttavia soggetto a limitazioni che, ancora una volta, mettono in evidenza la complessità del bilanciamento tra interessi individuali e interessi al progresso scientifico. In particolare, i motivi dell'interessato possono essere superati da interessi prevalenti, come quelli legati a scopi di ricerca (par. 1). Il par. 6 della stessa disposizione introduce inoltre una previsione esplicita, assente nella Direttiva precedente, che stabilisce la prevalenza delle finalità di ricerca sulle ragioni dell'interessato quando il trattamento è necessario per «l'esecuzione di un compito di interesse pubblico»¹⁰⁴.

Infine, un'ulteriore deroga riguarda gli obblighi informativi a carico del titolare del trattamento. In generale, nel rispetto del principio di trasparenza, gli interessati devono essere informati del trattamento dei propri dati e delle sue caratteristiche, anche nel caso di un ulteriore trattamento. Tale obbligo, che ricade sui titolari del trattamento, è fondamentale perché consente agli interessati di esercitare un controllo consapevole sui propri dati e, se necessario, di far valere i propri diritti in merito al trattamento¹⁰⁵. Tuttavia, il legislatore prevede eccezioni a questo obbligo quando i dati non siano raccolti direttamente dall'interessato¹⁰⁶ e la comunicazione di tali informazioni risulti impossibile o richieda sforzi sproporzionati¹⁰⁷, in particolare per i trattamenti a fini di archiviazione nel pubblico interesse, ricerca scientifica o storica, o finalità statistiche, oppure quando tale obbligo rischi di rendere impossibile o di compromettere gravemente il conseguimento delle finalità del trattamento (l'art. 14, par. 5, lett. b). In queste ipotesi, dunque, il titolare può essere esonerato dall'obbligo di informare l'interessato, previa adozione di adeguate misure di salvaguardia, come la pubblicazione delle informazioni sul proprio sito web e l'adozione di adeguate (ulteriori) misure tecniche e organizzative per tutelare i diritti degli interessati¹⁰⁸.

Come emerso dall'analisi precedente, il quadro normativo delineato dal Regolamento consente deroghe significative al regime generale di tutela dei dati personali per finalità di ricerca scientifica, purché il titolare adotti misure tecniche e organizzative idonee a proteggere i diritti e le libertà degli interessati. Le disposizioni a favore della ricerca scientifica, infatti, rimandano costantemente all'art. 89, par. 1, GDPR, che impone l'adozione di garanzie adeguate.

¹⁰² A differenza, dunque, del diritto di revoca, che può essere esercitato senza la necessità di fornire una motivazione (in proposito, v. anche quanto osservato da F. BRAVO, *Le condizioni*, cit., 159 s.).

¹⁰³ In particolare, questo diritto può essere esercitato nei casi in cui il trattamento si basi su un interesse legittimo del titolare o su ragioni di interesse pubblico.

¹⁰⁴ Come osservato, l'ambito di applicazione di questa previsione risulta piuttosto limitato, poiché non tutti i progetti di ricerca possono essere considerati necessari per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico: cfr. M.L. MANIS, *The processing*, cit., 340.

¹⁰⁵ Cfr. ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on transparency under Regulation 2016/679* (WP260), adottate il 29 novembre 2017 e da ultimo modificate l'11 aprile 2018, 5; CGUE, conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalón, causa C-201/14, *Bara*, 9 luglio 2015, par. 74.

¹⁰⁶ A ben vedere, si tratta dell'ipotesi più frequente con riferimento ai trattamenti effettuati per finalità di ricerca scientifica, poiché i ricercatori spesso utilizzano dati raccolti durante i trattamenti sanitari dei pazienti, come quelli contenuti nelle cartelle cliniche. Non sono invece previste eccezioni per gli obblighi informativi nel caso in cui i dati siano ottenuti direttamente dall'interessato. Tuttavia, potrebbero esistere situazioni, come in alcuni esperimenti di psicologia, in cui informare l'interessato sugli scopi e le modalità della ricerca potrebbe comprometterne i risultati. La questione è stata sollevata dall'EDPB, che ha evidenziato la necessità di avviare un dibattito più ampio su questo aspetto (cfr. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (EDPS), *A Preliminary Opinion*, cit., 20 s.).

¹⁰⁷ Qualora il titolare intenda avvalersi di tale eccezione per ragioni di "sforzo sproporzionato", è tenuto a compiere un giudizio di bilanciamento, valutando lo sforzo necessario per fornire le informazioni rispetto all'impatto e agli effetti che la loro assenza potrebbe avere sull'interessato (il considerando n. 62 prevede che lo "sforzo sproporzionato" debba essere valutato tenendo conto del numero di soggetti interessati, della data di raccolta dei dati e delle eventuali garanzie adottate). Inoltre, qualora venga meno l'"impossibilità" di fornire le informazioni, il titolare del trattamento è tenuto a comunicarle immediatamente agli interessati.

¹⁰⁸ Le ulteriori garanzie potrebbero comprendere, ad esempio, una valutazione d'impatto, la pseudonimizzazione dei dati, la minimizzazione e l'adozione di misure tecniche e organizzative che assicurino un elevato livello di sicurezza (cfr. ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on transparency*, cit., 28 ss.).



In particolare, l'art. 89, par. 1, stabilisce che il trattamento dei dati personali per scopi di ricerca scientifica¹⁰⁹ deve essere accompagnato da misure appropriate, conformi ai principi del Regolamento e orientate verso lo scopo della ricerca. Queste misure devono pertanto tenere conto dei rischi specifici, come la probabilità e la gravità del rischio per i diritti e le libertà degli interessati, il tipo di dati trattati e le circostanze del caso concreto.

La presenza di una norma che prescrive l'adozione di garanzie specifiche dimostra, dunque, l'attenzione del legislatore alla complessità dei rischi legati alla ricerca e alla necessità di bilanciare l'interesse per il progresso scientifico con la tutela dei diritti fondamentali degli interessati. Sebbene l'art. 89, par. 1, GDPR non definisca la natura delle garanzie¹¹⁰, ne chiarisce gli scopi: l'adozione di misure tecniche e organizzative in grado di garantire, in primo luogo, il rispetto del principio di minimizzazione, in conformità ai principi di proporzionalità e necessità¹¹¹. Il trattamento deve quindi essere progettato per utilizzare solo i dati strettamente necessari e, ove possibile, per ricorrere a quelli anonimi; laddove l'anonimizzazione non sia possibile¹¹², le garanzie possono¹¹³ includere la pseudonimizzazione, purché quest'ultima consenta di raggiungere le finalità della ricerca.

Il richiamo alle misure tecniche e organizzative contenuto nell'art. 89, par. 1, GDPR, si collega inoltre chiaramente all'art. 32 del GDPR, che regola la sicurezza dei dati. Le garanzie adeguate devono includere, altresì, ulteriori meccanismi di gestione del rischio, come la protezione dei dati fin dalla progettazione e per impostazione predefinita (*data protection by design e by default*) e l'esecuzione di una valutazione d'impatto¹¹⁴. Infine, specifiche garanzie aggiuntive possono essere previste dagli Stati membri¹¹⁵.

Questa disposizione riflette pertanto l'approccio "aperto" del GDPR, in linea con il principio di *accountability*, che impone ai titolari del trattamento un ruolo "proattivo" nella gestione dei dati personali, con

¹⁰⁹ La disposizione si applica anche al trattamento dei dati per scopi di archiviazione nel pubblico interesse, ricerca storica e fini statistici.

¹¹⁰ Al riguardo, l'EDPB ha confermato che l'attuale mancanza di indicazioni su cosa possa o debba essere considerato una garanzia adeguata ai sensi dell'art. 89, par. 1, GDPR rappresenta un ostacolo per un corretto utilizzo delle eccezioni previste per il trattamento dei dati personali a fini di ricerca scientifica. Per questo motivo, lo stesso organismo ha annunciato (ormai da tempo) l'elaborazione di precisi chiarimenti volti a individuare le misure e le procedure che possano ritenersi adeguate a tale scopo. Cfr. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Document on response*, cit., par. 52-56. V. anche S. ZIPPONI-G. MARMORATO, *Tutela dei dati personali nel settore della ricerca scientifica e delle sperimentazioni cliniche: la normativa comunitaria*, in L. BOLOGNINI-S. ZIPPONI (a cura di), *Privacy e diritto dei dati sanitari*, cit., 193 s., i quali evidenziano come l'incertezza in merito alle condizioni di garanzia da adottare crei una situazione di confusione nello svolgimento delle attività di ricerca scientifica.

¹¹¹ Cfr. il considerando n. 156 del GDPR.

¹¹² In merito alle difficoltà pratiche di assicurare l'effettiva anonimizzazione dei dati nell'attuale contesto tecnologico e informatico, si veda quanto evidenziato sopra, par. 2.

¹¹³ Al riguardo v., tra gli altri, A. MACINATI, sub *art. 89*, in L. BOLOGNINI-E. PELINO (diretto da), *Codice della disciplina privacy*, Giuffrè, Milano, 2024, 431, dove si osserva come l'adozione dei dati "in chiaro" possa essere un'opzione praticabile, non subordinata alla pseudonimizzazione, nei casi in cui l'anonimizzazione impedisca il raggiungimento delle finalità. In ogni caso, in tali circostanze, il trattamento dei dati sarà consentito previa adozione di misure adeguate, diverse dalla pseudonimizzazione, che garantiscano, tra l'altro, il rispetto del principio di minimizzazione. V. anche A. BERNES, *La protezione*, cit., 200, il quale evidenzia come la disposizione in esame richieda di procedere attraverso dei «cerchi concentrici».

¹¹⁴ Sia l'art. 89, par. 1, sia i considerando nn. 156 e 159 del Regolamento, nel menzionare la necessità di garanzie adeguate al trattamento dei dati nel campo della ricerca, precisano che tali garanzie devono essere attuate in conformità al Regolamento. Questo suggerisce, dunque, l'esigenza di applicare tutti i meccanismi di tutela previsti dalla normativa, tenendo conto delle ulteriori cautele richieste dai particolari tipi di dati trattati.

¹¹⁵ Cfr. il considerando n. 156. In questo senso, tra gli altri, R. DUCATO, sub *art. 89*, cit., 968. In proposito, v. anche E. KINDT-C.A. FONTANILLO LÓPEZ-J. CZARNOCKI, et al., *Study on the appropriate safeguards under Article 89(1) GDPR for the processing of personal data for scientific research. Final Report (EDPS/2019/02-08)* (su commissione dell'European data protection Board), 2021, 9 s., disponibile all'indirizzo: <https://www.edpb.europa.eu>.



l'adozione di tutte le misure necessarie per garantire una tutela preventiva e continua durante l'intero ciclo di vita del trattamento¹¹⁶.

La conclusione che si può trarre dall'analisi della disciplina prevista dal Regolamento per la ricerca scientifica è pertanto che, sebbene questa possa rappresentare un "alleggerimento" rispetto al rigido quadro normativo sul trattamento dei dati sanitari, le preoccupazioni su un presunto "privilegio eccessivo" non appaiono del tutto giustificate. Il Regolamento impone, infatti, limiti e condizioni, insieme all'adozione di misure adeguate per prevenire, per quanto possibile, pregiudizi ai diritti degli interessati¹¹⁷. Anche in questo contesto si conferma, dunque, l'approccio generale della normativa, basato sull'equilibrio tra interessi contrapposti¹¹⁸. In particolare, di fronte ai limiti e alle nuove esigenze derivanti dall'attuale scenario tecnologico-informatico, che interessano anche il settore della ricerca scientifica, il legislatore garantisce la tutela dell'individuo non più solo attraverso l'autodeterminazione, ma mediante un sistema di responsabilità e gestione del rischio imposto a chi tratta i dati¹¹⁹.

3.3. – Se quella delineata sopra rappresenta la principale composizione degli interessi delineata dal Regolamento, l'effettivo punto di equilibrio tra interessi individuali e interessi collettivi, sottesi alla ricerca scientifica in ambito sanitario, è inevitabilmente influenzato dall'attuazione pratica di tale quadro normativo da parte degli Stati membri. Anche¹²⁰ a causa della limitata competenza dell'Unione Europea in questo ambito¹²¹, il Regolamento riconosce, infatti, agli Stati membri una significativa autonomia regolatoria, permettendo loro di mantenere o introdurre ulteriori condizioni¹²².

La prima area di discrezionalità nazionale emerge dall'art. 9, par. 4, GDPR, che autorizza gli Stati membri a mantenere o stabilire ulteriori previsioni, incluse restrizioni, per quanto riguarda il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute¹²³. Questo margine di autonomia è ulteriormente delineato dall'art.

¹¹⁶ Il rischio legato all'uso delle informazioni personali e la sua gestione rappresentano un elemento centrale della disciplina sulla protezione dei dati fin dalle sue origini. Tuttavia, nel corso degli anni, le risposte del legislatore sono variate in funzione delle specifiche tipologie di rischi che si presentavano. Ciò che distingue il Regolamento dal quadro normativo precedente è un cambiamento di *focus*: non più prevalentemente incentrato sulla legittimità del trattamento e sull'autodeterminazione dell'interessato, ma piuttosto orientato verso i profili di *accountability* e di gestione del rischio. In proposito, v., A. MANTELETO, *La gestione del rischio*, in G. FINOCCHIARO (opera diretta da) *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018*, n. 101, cit., 473 ss.; G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1, 10 ss.

¹¹⁷ Condividono tale soluzione, tra gli altri, R. BECKER-D. CHOKOSHVILI-G. COMANDÉ, et al., *Secondary use*, cit., 155; M. SHABANI-S. YILMAZ, *Lawfulness*, cit., 130. V., inoltre, EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (EDPS), *A Preliminary Opinion*, cit., 11, ove si evidenzia come l'obiettivo sia quello di individuare un "fair balance" tra gli interessi individuali e quelli sottesi alla ricerca scientifica.

¹¹⁸ V. sopra, *sub par.* 3.

¹¹⁹ V. sopra, *sub nt.* 116.

¹²⁰ Gli spazi di manovra concessi agli Stati membri nel GDPR riflettono anche la natura compromissoria che caratterizza molte volte i regolamenti europei su materie di ampia portata, dove spesso emergono divergenze significative tra le posizioni dei singoli Stati membri.

¹²¹ Cfr., tra gli altri, art. 4, par. 2, lett. *k* e par. 3 e art. 168 TFUE. In dottrina, tra gli altri, F. SCIALOIA, *L'Unione Europea apre la strada alla creazione dello spazio europeo dei dati sanitari*, in V. SALVATORE (a cura di), *Digitalizzazione, intelligenza artificiale e tutela della salute nell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2023, 204 ss.

¹²² V. anche il considerando n. 10 del GDPR.

¹²³ Al riguardo, sulla base di questo spazio di manovra, il legislatore italiano, in sede di adeguamento alla disciplina europea, aveva modificato l'art. 110 del Codice della Privacy (d.lgs. n. 196/2003). La nuova formulazione escludeva la necessità del consenso per il trattamento dei dati relativi alla salute a fini di ricerca scientifica in campo medico, biomedico o epidemiologico, tra l'altro, quando, per particolari ragioni, informare gli interessati risultava impossibile, comportava uno sforzo sproporzionato, o rischiava di com-



89, par. 2, GDPR, che, con riferimento ai trattamenti a fini di ricerca scientifica¹²⁴, consente agli Stati membri¹²⁵ di prevedere limitazioni specifiche all'esercizio di alcuni diritti degli interessati, oltre a quelle già stabilite dal Regolamento¹²⁶, nella misura in cui l'esercizio di tali diritti possa compromettere gravemente o rendere impossibile il conseguimento delle finalità della ricerca e tali deroghe siano necessarie al raggiungimento di questi obiettivi. In particolare, possono essere introdotte deroghe ai diritti di accesso (art. 15), rettifica (art. 16), limitazione del trattamento (art. 18) e opposizione (art. 21), con l'obbligo di stabilire adeguate garanzie per assicurare la tutela dei diritti e delle libertà degli interessati¹²⁷, in conformità ai principi generali del GDPR.

Le disposizioni sopra citate rappresentano le principali possibilità di intervento riservate agli Stati membri in materia di ricerca scientifica, ma altre norme del Regolamento offrono ulteriori spazi di flessibilità, rilevanti anche per questo contesto. Tuttavia, l'ampio ricorso a margini di discrezionalità nazionale ha finito per vanificare l'intento di uniformazione¹²⁸ che il Regolamento si proponeva di raggiungere¹²⁹, creando una frammentazione normativa che ostacola la ricerca scientifica, soprattutto a livello transnazionale¹³⁰.

A distanza di oltre sei anni dall'entrata in vigore della normativa, molte delle preoccupazioni iniziali riguardanti il suo impatto sulla ricerca scientifica si sono, di fatto, concretizzate. L'applicazione della disciplina si è rivelata, infatti, un mosaico particolarmente complesso per i ricercatori¹³¹ e, in assenza di ampi database e di un ambiente normativo favorevole, essenziali anche per lo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale in medicina, molti studiosi si rivolgono a imprese che raccolgono dati in grandi quantità situate al di

promettere gravemente le finalità della ricerca. Tuttavia, in tali casi, la norma richiedeva, oltre all'adozione di misure appropriate per tutelare gli interessati e il parere favorevole del comitato etico, anche la consultazione preventiva dell'Autorità garante. Questo approccio è stato oggetto di critiche per l'eccessiva rigidità introdotta, poiché di fatto introduceva un'ulteriore base giuridica rispetto a quelle già previste dal GDPR, generando potenziali ostacoli alla ricerca, soprattutto in ambito transnazionale. Cfr., tra gli altri, L. BOLOGNINI-S. ZIPPONI, *Tutela dei dati personali*, cit., 208 ss.; G. COMANDÉ, *Ricerca*, cit., 204 s. In risposta a tali criticità, la legge 29 aprile 2024, n. 56, di conversione del d.l. 2 marzo 2024, n. 19, ha modificato nuovamente l'art. 110, eliminando l'obbligo di consultazione preventiva del Garante. V., inoltre, l'art. 2-septies, inserito con il d.lgs. n. 101/2018.

¹²⁴ La disposizione riguarda anche la ricerca storica o a fini statistici.

¹²⁵ Più precisamente, ai sensi dell'art. 89, par. 2, GDPR, le deroghe all'esercizio di alcuni diritti degli interessati possono essere stabilite non solo dal diritto degli Stati membri, ma anche dal diritto dell'Unione Europea.

¹²⁶ Con riferimento ai limiti già previsti dal Regolamento, v. sopra par. 3.2.

¹²⁷ Le garanzie sono quelle richieste dall'art. 89, par. 1, GDPR, le quali rappresentano, dunque, una tutela fondamentale per garantire il corretto bilanciamento degli interessi coinvolti.

¹²⁸ V., inoltre, R. DUCATO, sub art. 89, cit., 975 e M.C. DAGA, *Le disposizioni relative a specifiche situazioni di trattamento: l'attività di archiviazione e ricerca, il segreto professionale e le associazioni religiose*, in G. FINOCCHIARO (opera diretta da) *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018*, n. 101, cit., 928, le quali osservano come il rischio di frammentazione sia ulteriormente acuito dal fatto che, diversamente da quanto previsto, ad esempio, per i trattamenti di cui agli artt. 85 e 88 del GDPR, gli Stati membri non sono tenuti a notificare alla Commissione le norme che stabiliscono le deroghe ai diritti degli interessati ai sensi dell'art. 89, par. 2, GDPR, impedendo così a quest'ultima di intervenire in caso di contrasto tra le previsioni nazionali in corso di emanazione e il GDPR.

¹²⁹ Tale intento emerge, del resto, dalla scelta dello strumento regolamentare. Cfr. anche i considerando nn. 9, 10 e 13, GDPR. In argomento v., per tutti, G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1, 5 s.

¹³⁰ La frammentazione delle normative nazionali è stata evidenziata anche da alcuni studi commissionati dalle autorità europee per valutare le regole adottate in materia di dati sanitari alla luce del GDPR. Tali studi hanno rivelato notevoli divergenze nell'interpretazione e nell'applicazione del Regolamento, in particolare per quanto riguarda l'accesso e l'uso dei dati sanitari per scopi di ricerca, nonché le garanzie per la tutela dei diritti degli interessati. V., ad esempio, J. HANSEN-P. WILSON-E. VERHOEVEN, et al. (su commissione della European Commission-Consumers, Health, Agriculture and Food Executive Agency), *Assessment of the EU Member States' rules on health data in the light of GDPR*, 2021, disponibile all'indirizzo <https://data.europa.eu>; E. KINDT-C.A. FONTANILLO LÓPEZ-J. CZARNOCKI, et al. (su commissione dell'European Data Protection Board), *Study*, cit.

¹³¹ Definito alla stregua di un "puzzle" da G. COMANDÉ, *Ricerca*, cit., 207.



fuori dell'Unione Europea, dove il sistema è meno regolamentato¹³².

Il “sistema giuridico multilivello”¹³³ delineato per la ricerca scientifica ha inoltre sollevato rilevanti criticità in termini di collaborazione transazionale. La ricerca scientifica collaborativa presuppone, infatti, lo scambio transfrontaliero di dati, un processo già complicato dalle disposizioni del Regolamento e ulteriormente aggravato dalla frammentazione delle normative nazionali. Tale situazione limita, pertanto, la realizzazione di progetti di ricerca internazionali e può influenzare le scelte strategiche relative ai partner dei consorzi¹³⁴.

Le difficoltà nella condivisione dei dati sono emerse in modo particolarmente evidente durante la pandemia di COVID-19, quando lo scambio dei dati sanitari per la ricerca in ambito di salute pubblica ha incontrato numerosi ostacoli a causa delle divergenze normative tra i vari Stati membri¹³⁵. Questo ha dimostrato come un contesto normativo frammentato all'interno dell'Unione possa ostacolare le attività di ricerca transazionale, con conseguenze significative sulla tutela della salute della collettività, sottolineando, di conseguenza, la necessità di un maggiore coordinamento normativo.

In risposta a tali sfide, l'Unione Europea si sta orientando verso la creazione di un contesto sicuro per la ricerca, favorendo un accesso e una condivisione più ampi dei dati sanitari attraverso un'integrazione tra il GDPR, la normativa sullo Spazio Europeo dei Dati Sanitari e quella sull'intelligenza artificiale¹³⁶.

4. – Le problematiche relative all'utilizzo dei dati sanitari a fini di ricerca scientifica e alla loro circolazione, anche a livello transfrontaliero, evidenziate nel paragrafo precedente, hanno sottolineato la necessità di un sistema più coerente, uniforme e integrato, per promuovere l'impiego di tali dati garantendo al contempo il rispetto dei diritti fondamentali degli individui¹³⁷. In risposta a queste criticità, nel maggio del 2022, la Commissione Europea ha presentato una proposta di Regolamento volta a istituire uno Spazio Europeo dei Dati Sanitari (*European Health Data Space – EHDS*)¹³⁸, un quadro normativo specificamente concepito per superare le difficoltà tecniche e regolatorie legate all'uso dei dati sanitari, in particolare per l'assistenza sanitaria e la ricerca scientifica¹³⁹. Lo scopo è quello di creare un ambiente comune per la condivisione delle in-

¹³² V. anche K. PORMEISTER, *Genetic data*, cit., 140, il quale aveva segnalato il rischio di *forum shopping* verso le legislazioni più favorevoli alla ricerca.

¹³³ In questo senso, tra gli altri, M.L. MANIS, *The processing*, cit., 326; M.C. SPENA, *La salute*, cit., 104. In generale, v. anche G. DI FEDERICO, *Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-Level Protection after the Lisbon Treaty*, in D. GIACOMO (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, Springer, 2011, 15 ss.

¹³⁴ In argomento, v. anche T. SOKOL, *European Health Data Space, Use of Data and Data Subjects' Control over Their Own Health Data: Can an Opt-Out Restore the Balance?*, in *European Journal of Health Law*, 2024, 7; R. DUCATO, sub art. 89, cit., 974; E.B. VAN VEEN, *Observational health research in Europe: understanding the General Data Protection Regulation and underlying debate*, in *European Journal of Cancer*, 2018, 75.

¹³⁵ Al riguardo, v., tra gli altri, P. TERZIS, *Compromises and asymmetries in the European Health Data Space*, in *European Journal of Health Law*, 2023, 347; R. BECKER-A. THOROGOOD-J. ORDISH, et al., *COVID-19 Research: Navigating the European General Data Protection Regulation*, in *Journal of Medical Internet Research*, 2020, 8, 4.

¹³⁶ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *European Health Union: A European Health Data Space for people and science*, 3 maggio 2022, disponibile all'indirizzo <<https://ec.europa.eu>>.

¹³⁷ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document Impact Assessment Report Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space*, COM(2022) 197 final, SWD(2022) 131 final, 3 maggio 2022.

¹³⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space* (COM/2022/197 final), 3 maggio 2022.

¹³⁹ Da qui, anche la scelta dello strumento giuridico adottato, il Regolamento anziché la Direttiva, per garantire un'applicazione



formazioni sanitarie in Europa, dove cittadini, ricercatori, innovatori e decisori politici possano accedere e condividere queste risorse in modo sicuro e trasparente ¹⁴⁰.

In particolare, il Regolamento, prossimo all'adozione definitiva nel momento in cui si scrive ¹⁴¹, persegue due obiettivi principali ¹⁴². Da un lato, mira a rafforzare il controllo dei cittadini sui propri dati sanitari, facilitandone lo scambio per garantire la continuità dell'assistenza sanitaria in tutto il territorio dell'Unione. L'EHDS intende infatti creare un'infrastruttura che consenta a cittadini e operatori sanitari di accedere facilmente ai dati sanitari in formato elettronico, riconosciuto e accettato in tutta l'Unione Europea, facilitando così la continuità delle cure anche al di fuori del Paese di residenza.

Dall'altro lato, un obiettivo centrale dell'EHDS è quello di istituire un sistema coerente, affidabile ed efficiente per il riutilizzo dei dati sanitari in ambiti quali la ricerca scientifica, lo sviluppo e l'innovazione di prodotti e servizi, la formulazione di politiche sanitarie, la sicurezza dei pazienti e altre attività di interesse pubblico. Per raggiungere questo obiettivo, la nuova normativa stabilisce procedure centralizzate per garantire l'accesso a varie categorie di dati sanitari elettronici, imponendo ai soggetti detentori di questi dati l'obbligo di metterli a disposizione. Il Regolamento affronta in tal modo le problematiche interpretative e di frammentazione emerse nell'ambito del GDPR in relazione all'uso secondario dei dati sanitari, soprattutto per scopi di ricerca scientifica, introducendo un meccanismo comune di accesso ai dati in tutto il territorio europeo. Quest'ultimo aspetto risulta, dunque, particolarmente delicato, poiché implica un necessario bilanciamento tra la protezione dei diritti individuali e l'interesse collettivo a favore della salute pubblica e dell'innovazione.

In questa prospettiva, che comprende sia il rafforzamento del controllo dei cittadini sui propri dati sanitari sia l'istituzione di un sistema efficiente per il riutilizzo dei dati, il Regolamento distingue tra l'uso primario ¹⁴³ e secondario ¹⁴⁴ dei dati sanitari elettronici, riservando a ciascun ambito una disciplina specifica. Ai fini

omogenea della normativa e creare un clima di fiducia necessario ad assicurare il più ampio accesso e una condivisione diffusa dei dati sanitari elettronici (v. la Relazione che accompagna il testo della proposta di Regolamento). La nuova normativa si colloca nel più ampio contesto della strategia europea per i dati, adottata dalla Commissione Europea nel febbraio 2020, con l'obiettivo di creare uno spazio unico europeo per i dati, agevolando lo scambio e l'utilizzo dei dati in settori strategici, quali l'industria, l'energia, l'ambiente e la salute. Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A European strategy for data*, COM(2020) 66 final, 19 febbraio 2020.

¹⁴⁰ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space*, cit., *Explanatory Memorandum*, 1. La disciplina proposta si basa e integra il GDPR e interagisce con altre normative pertinenti, tra cui il Data Governance Act, il Data Act, e la normativa sull'intelligenza artificiale. Inoltre, il Regolamento non pregiudica altre normative rilevanti, come quelle relative alla sicurezza dei dispositivi medici e dei dispositivi medico-diagnostici in vitro.

¹⁴¹ Dopo la fase di trilatero tra i rappresentanti del Parlamento europeo, del Consiglio dell'Unione Europea e della Commissione europea, nel mese di aprile 2024 il testo del Regolamento è stato definitivamente approvato dal Parlamento Europeo. La pubblicazione del testo sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea è prevista entro la fine del 2024, previa revisione linguistica e sistemazione della numerazione degli articoli. Per questo motivo, gli articoli citati nel presente contributo in merito al testo definitivo si riferiscono al testo approvato nell'aprile 2024 e potrebbero subire modifiche nella numerazione.

¹⁴² Cfr. il considerando n. 1, EUROPEAN PARLIAMENT, *Legislative Resolution of 24 April 2024 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space*, COM(2022) 0197 – C9-0167/2022 – 2022/0140(COD), 24 aprile 2024 (d'ora innanzi, per brevità: EHDS, testo adottato). Un ulteriore obiettivo perseguito è quello di migliorare il funzionamento del mercato interno, mediante la creazione di un quadro giuridico e tecnico uniforme, in particolare per lo sviluppo e la commercializzazione di sistemi di cartelle cliniche elettroniche.

¹⁴³ Per «uso primario» si intende l'accesso ai dati sanitari da parte degli operatori allo scopo di fornire assistenza sanitaria (cfr. art. 2, par. 2, lett. d, EHDS, testo adottato).

¹⁴⁴ Inteso, dunque, nella sua ultima formulazione, come il riutilizzo dei dati sanitari elettronici per le finalità indicate nel Capitolo IV del Regolamento, differenti da quelle iniziali per cui sono stati raccolti (sia nel contesto dell'uso primario che in quello dell'uso secondario) (cfr. art. 2, par. 2, lett. e, EHDS, testo adottato). La definizione iniziale di uso secondario è stata oggetto di numerose critiche. Nella Proposta presentata dalla Commissione, l'uso secondario faceva infatti riferimento all'impiego dei dati per le finalità in-



dell'indagine oggetto del presente contributo, l'attenzione si concentra sugli aspetti principali della disciplina dell'uso secondario dei dati, per verificare in che modo sia stato raggiunto l'equilibrio tra la tutela degli interessi individuali e la promozione della ricerca scientifica, e quali implicazioni ne derivino.

A tale riguardo, come si avrà modo di illustrare, la prima proposta presentata dalla Commissione europea, pur accolta positivamente per l'intento di promuovere un quadro giuridico unitario per la circolazione dei dati sanitari, aveva sollevato diverse critiche¹⁴⁵. Una delle questioni più controverse¹⁴⁶ riguardava il livello di controllo che gli interessati avrebbero dovuto mantenere sull'uso secondario dei propri dati sanitari nell'ambito dell'EHDS. Il testo iniziale aveva introdotto, infatti, significativi squilibri tra l'autodeterminazione degli interessati e la necessità di riutilizzare i dati raccolti per finalità diverse. Durante il processo di approvazione, il testo è stato oggetto di numerose modifiche, che hanno portato alla versione approvata dal Parlamento Europeo nell'aprile 2024. Nonostante alcune criticità permangano¹⁴⁷, questa versione rappresenta un significativo progresso nel bilanciare gli interessi individuali e collettivi, in particolare riguardo all'uso secondario dei dati sanitari per la ricerca scientifica.

L'uso dei dati sanitari elettronici per scopi secondari è disciplinato nel capitolo IV, il quale affronta diversi aspetti, come le categorie minime di dati che devono essere messi a disposizione per usi secondari, gli scopi per cui i dati possono essere utilizzati e le finalità vietate, nonché i meccanismi di accesso a livello nazionale ed europeo e gli organismi preposti.

In questo contesto, l'art. 33 stabilisce le categorie minime di dati sanitari elettronici che devono essere rese disponibili dai titolari dei dati¹⁴⁸ per l'uso secondario, tra cui rientra, dunque, la ricerca scientifica. Le categorie indicate sono molto ampie e comprendono, ad esempio, dati provenienti da cartelle cliniche elettroniche, dati sui fattori che influenzano la salute (quali determinanti sociali, ambientali e comportamentali), dati genetici, dati raccolti tramite dispositivi medici e quelli conservati nelle biobanche. Complessivamente, tali categorie coprono un'ampia gamma di dati provenienti da fonti diverse, includendo sia dati dell'amministrazione sanitaria e della salute pubblica, sia dati raccolti da fonti personali o volontarie, come dispositivi indossabili (*wearable*) e le relative applicazioni per il benessere¹⁴⁹. La flessibilità delle categorie di dati di-

dicato nel Capitolo IV, come la ricerca scientifica o lo sviluppo di prodotti e servizi, senza richiamare il concetto di riuso per finalità diverse. Questo approccio si basava sull'idea, in realtà presente anche nel testo finale, che i dati sanitari elettronici avessero primariamente uno scopo medico e che, quindi, il loro uso principale fosse quello sanitario. Tuttavia, ciò creava confusione rispetto al GDPR, il quale non prevede una distinzione simile, ma utilizza il concetto di "ulteriore trattamento dei dati" per indicare il riutilizzo dei dati per scopi diversi da quelli originari (v. sopra, *sub* par. 3.1). Con riferimento ai dubbi sollevati dalla definizione iniziale, cfr. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD e EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *EDPB-EDPS Joint Opinion 03/2022 on the Proposal for a Regulation on the European Health Data Space*, 12 luglio 2022, par. 42.

¹⁴⁵ V., ad esempio, EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD e EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *EDPB-EDPS Joint Opinion 03/2022*, cit. In dottrina, M. SHABANI-S. YILMAZ, *Lawfulness*, cit., 133 s.; S. SLOKENBERGA, *Scientific Research*, cit., 146 s.; T. SOKOL, *European Health Data Space*, cit., 11 ss.

¹⁴⁶ Un'ulteriore criticità emersa riguarda, come detto (v. nt. 144), le definizioni proposte. Molte delle definizioni introdotte dalla Proposta, così come numerose delle sue disposizioni, non risultavano infatti armonizzate con quelle già presenti nel GDPR e in altre normative pertinenti, come il Data Governance Act e il Data Act, generando un quadro normativo incerto e di difficile applicazione. Al riguardo, v. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD e EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *EDPB-EDPS Joint Opinion 03/2022*, cit.

¹⁴⁷ Le quali meriterebbero un'analisi separata e, pertanto, non vengono trattate nel presente contributo.

¹⁴⁸ Cfr. la definizione contenuta all'art. par. 2, lett. y, EHDS, testo adottato. Tra i soggetti che possono assumere la qualifica di titolari dei dati sanitari vi sono, tra l'altro, persone fisiche o giuridiche, autorità pubbliche, agenzie o altri organismi operanti nel settore sanitario o assistenziale, nonché persone fisiche e giuridiche che svolgono attività di ricerca o sviluppano prodotti e servizi destinati a tali settori, o che sviluppano e producono applicazioni per il benessere. Il considerando n. 40 del Regolamento precisa, inoltre, che tali soggetti possono essere enti pubblici, privati o senza scopo di lucro.

¹⁴⁹ Al riguardo, v. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD e EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *EDPB-EDPS Joint Opinion*



spionabili per l'uso secondario risponde alle esigenze, in continua evoluzione, degli utenti dei dati e mira ad ampliare le risorse comuni¹⁵⁰. Inoltre, gli Stati membri possono introdurre ulteriori categorie di dati da rendere disponibili per l'uso secondario¹⁵¹.

Il Regolamento individua anche le finalità per le quali è consentito l'uso secondario dei dati sanitari elettronici¹⁵². Tra queste rientrano, tra le altre, il perseguimento dell'interesse pubblico nel settore della salute pubblica e professionale, lo sviluppo di politiche, l'elaborazione di statistiche e le attività di istruzione e formazione in ambito sanitario o assistenziale. È inoltre espressamente menzionata la finalità di ricerca scientifica relativa ai settori della salute e dell'assistenza, volta a contribuire alla salute pubblica, alla valutazione delle tecnologie sanitarie o al mantenimento di elevati livelli di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria, dei medicinali o dei dispositivi medici, a beneficio degli utenti finali, come pazienti, operatori sanitari e amministratori della sanità. Questa finalità di ricerca scientifica comprende anche lo sviluppo e l'innovazione di prodotti e servizi, nonché la formazione e la valutazione di algoritmi, inclusi quelli utilizzati in dispositivi medici, dispositivi diagnostici in vitro, sistemi di intelligenza artificiale e applicazioni di salute digitale.

La definizione di un elenco vincolante delle finalità per cui i dati possono essere trattati per scopi di uso secondario, accompagnata dalla precisazione che tali finalità devono contribuire all'interesse generale della società¹⁵³, è di particolare rilievo, tenuto conto dell'ampia platea di soggetti, sia pubblici che privati, che possono richiedere l'accesso a tali dati¹⁵⁴.

Oltre alle finalità consentite, il Regolamento precisa una serie di finalità espressamente vietate per l'uso secondario dei dati sanitari elettronici, come l'adozione di decisioni potenzialmente dannose per le persone fisiche cui tali dati si riferiscono¹⁵⁵ e le attività pubblicitarie e di *marketing*¹⁵⁶, contribuendo così a definire

03/2022, cit., par. 80, dove erano state espresse preoccupazioni riguardo all'inclusione dei dati provenienti da applicazioni per il benessere, evidenziando i rischi legati all'affidabilità e accuratezza di tali dati, nonché ai possibili usi impropri per finalità di profilazione o non trasparenti.

¹⁵⁰ Cfr. considerando n. 39, EHDS, testo adottato. V., inoltre, quanto osservato da P. TERZIS, *Compromises*, cit., 348 s, il quale evidenzia come l'ampio spettro di categorie di dati sanitari che possono essere trattati per uso secondario si giustifichi nel contesto della strategia dell'UE per la trasformazione digitale. Nell'ambito di questo progetto, il Regolamento mira ad ampliare le risorse comuni di dati, includendo non solo dati amministrativi, dati da dispositivi medici e dati genomici, ma anche, tra l'altro, dati elettronici provenienti da applicazioni digitali per la salute, oltre a dati relativi allo stato professionale, occupazionale e allo stile di vita.

¹⁵¹ Art. 33, par. 8, EHDS, testo adottato.

¹⁵² Cfr. art. 34, EHDS, testo adottato.

¹⁵³ Cfr. anche il considerando n. 41, EHDS, testo adottato. In particolare, per quanto riguarda il trattamento dei dati sanitari elettronici per finalità di ricerca e sviluppo, il testo finale della nuova normativa chiarisce che tale attività è ammessa solo se volta a generare benefici concreti per la società, come una maggiore disponibilità e accessibilità a farmaci, dispositivi medici e servizi sanitari, contribuendo così alla salute pubblica. Questa precisazione è fondamentale per prevenire l'uso improprio dei dati per fini puramente commerciali, non in linea con l'interesse pubblico e, di conseguenza, per mantenere un equilibrio tra gli obiettivi del Regolamento e la tutela dei soggetti coinvolti. L'esigenza di collegamento con la salute pubblica e la sicurezza sociale era stata altresì evidenziata dall'EDPB e dall'EDPS nella valutazione della Proposta iniziale: cfr. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD e EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *EDPB-EDPS Joint Opinion 03/2022*, cit., par. 85. Inoltre, la precisazione risulta maggiormente in linea con l'eccezione contenuta nell'art. 9, par. 1, lett. j, GDPR.

¹⁵⁴ Cfr. anche il considerando n. 41, EHDS, testo adottato, in cui si chiarisce che il concetto di finalità di ricerca scientifica dovrebbe essere interpretato in senso ampio, includendo, tra l'altro, lo sviluppo tecnologico, la dimostrazione, la ricerca applicata e quella finanziata privatamente. Al riguardo, v. anche T. SOKOL, *European Health Data Space*, cit., 12; P. TERZIS, *Compromises*, cit., 354 s.

¹⁵⁵ Si osservi che, all'interno del cap. IV, dedicato all'uso secondario dei dati, il Regolamento non fa riferimento alle "persone interessate" ai sensi del GDPR, bensì alle persone fisiche, le quali possono coincidere o meno con i soggetti cui i dati sanitari si riferiscono. Questa scelta terminologica si giustifica in quanto l'approccio privilegiato all'interno dell'EHDS per gli usi secondari prevede la completa anonimizzazione dei dati (a questo proposito, si veda oltre). In particolare, il Regolamento considera sia i dati sanitari elettronici non personali che quelli personali.

¹⁵⁶ Cfr. art. 35 e il considerando n. 41aa, EHDS, testo adottato.



con maggiore chiarezza ciò che costituisce un utilizzo lecito dei dati sanitari per tale scopo¹⁵⁷.

Come anticipato, per l'accesso e l'uso secondario dei dati sanitari a livello europeo, il Regolamento introduce un meccanismo strutturato e armonizzato volto a garantirne un impiego sicuro e controllato¹⁵⁸. Questo sistema facilita la condivisione delle informazioni, assicurando al contempo un elevato livello di protezione. In questo contesto, un ruolo centrale è affidato agli organismi di accesso ai dati¹⁵⁹, mentre ruoli di rilievo sono assegnati anche ai titolari dei dati¹⁶⁰ e agli utenti dei dati¹⁶¹.

Per riassumere il funzionamento di questo meccanismo, gli organismi di accesso ai dati, istituiti a livello nazionale, sono responsabili del coordinamento e della gestione delle richieste di accesso ai dati sanitari elettronici per usi secondari, presentate dagli utenti dei dati. Questi organismi valutano le domande di accesso, verificando la conformità dell'uso proposto con le finalità autorizzate dal Regolamento e che siano adottate tutte le garanzie necessarie per la protezione dei dati. Nel caso in cui la richiesta venga approvata, il titolare dei dati interessato¹⁶² è tenuto a fornire i dati all'organismo di accesso¹⁶³, il quale li rende disponibili all'utente tramite una piattaforma centralizzata e sicura¹⁶⁴. L'accesso ai dati avviene, dunque, attraverso queste piattaforme nazionali, progettate per garantire che i dati siano accessibili solo agli utenti autorizzati e che tutte le operazioni siano tracciabili e protette¹⁶⁵. Inoltre, per facilitare l'accesso ai dati per uso secondario tra i diversi Stati membri, è prevista la creazione di HealthData@EU¹⁶⁶, un'infrastruttura che collegherà i "Punti

¹⁵⁷ V. anche M. SHABANI-S. YILMAZ, *Lawfulness*, cit., 132.

¹⁵⁸ Con riferimento al funzionamento del meccanismo proposto, v., più ampiamente, P. TERZIS, *Compromises*, cit., 349 ss.

¹⁵⁹ Cfr. considerando nn. 42-44 e art. 36, EHDS, testo adottato. Gli organismi di accesso ai dati sanitari sono istituiti da ogni Stato membro per autorizzare e regolamentare l'accesso ai dati sanitari per scopi di uso secondario in ambienti sicuri.

¹⁶⁰ V. sopra nt. 148.

¹⁶¹ Cfr. la definizione contenuta all'art. par. 2, lett. z, EHDS, testo adottato. Tra i soggetti che possono avere accesso ai dati sanitari elettronici vi sono persone fisiche e giuridiche, comprese le istituzioni, gli organismi e le agenzie dell'Unione. In particolare, il considerando n. 41 include enti pubblici, privati e senza scopo di lucro, nonché singoli ricercatori.

¹⁶² I titolari dei dati devono comunicare all'organismo responsabile dell'accesso ai dati sanitari una descrizione generale delle serie di dati in loro possesso. Sulla base delle informazioni ricevute, l'organismo pubblica un catalogo delle serie di dati disponibili a livello nazionale, con informazioni dettagliate sulle serie e sulle loro caratteristiche, affinché gli utenti possano valutare la rilevanza dei dati rispetto alle finalità che intendono perseguire (cfr. artt. 41 e 55, EHDS, testo adottato).

¹⁶³ Nella versione iniziale della Proposta, se la richiesta riguardava un singolo titolare in uno Stato membro, gli utenti potevano presentarla direttamente a quest'ultimo, il quale poteva rilasciare l'autorizzazione. Tuttavia, nel testo finale, è stata prevista una maggiore centralizzazione delle richieste attraverso gli organismi di accesso ai dati sanitari (ciò anche con riferimento alla procedura semplificata prevista ora dall'49, EHDS, testo adottato). Questa modifica sembra rispondere all'obiettivo di standardizzare e monitorare l'accesso ai dati, assicurando una maggiore coerenza tra i vari Stati membri e una protezione dei dati più solida.

¹⁶⁴ Per quanto concerne l'esigenza di garantire la protezione dei dati sanitari elettronici messi a disposizione attraverso la piattaforma dell'organismo responsabile, il Regolamento impone l'adozione di specifiche misure tecniche e organizzative, inclusi controlli periodici per verificarne l'efficacia. Inoltre, al fine di assicurare la massima sicurezza dei dati sanitari e la tutela dei diritti delle persone coinvolte, gli organismi devono limitare l'accesso esclusivamente ai dati pertinenti e strettamente necessari per il raggiungimento degli obiettivi indicati dagli utenti al momento della richiesta, in conformità ai principi di minimizzazione e limitazione delle finalità: cfr. artt. 44 e 50, EHDS, testo adottato.

¹⁶⁵ Al fine di assicurare il corretto utilizzo dei dati oggetto di accesso, in caso di inosservanza degli obblighi da parte dell'utente dei dati, gli organismi responsabili hanno il potere di revocare l'autorizzazione concessa e di interrompere il trattamento dei dati sanitari elettronici effettuato dallo stesso. Inoltre, tali organismi possono escludere l'utente da qualsiasi accesso ai dati sanitari elettronici per uso secondario nell'ambito dell'EHDS per un periodo determinato. In aggiunta o in alternativa a queste misure, l'organismo responsabile dell'accesso può comminare sanzioni amministrative pecuniarie, con importi massimi particolarmente elevati in caso di violazioni gravi, come l'uso secondario dei dati per finalità vietate o la mancata osservanza del divieto di re-identificazione (cfr. artt. 43 e 43a, EHDS, testo adottato).

¹⁶⁶ Cfr. considerando n. 55b e art. 52, EHDS, testo adottato. L'HealthData@EU rappresenta l'infrastruttura transfrontaliera prevista per facilitare lo scambio e l'interoperabilità dei dati sanitari elettronici tra gli Stati membri dell'UE. La sua funzione primaria è consentire l'uso secondario dei dati sanitari in un ambiente sicuro e conforme, favorendo la cooperazione e l'integrazione a livello europeo.



di contatto” nazionali responsabili della disponibilità dei dati sanitari elettronici ¹⁶⁷, creando così un sistema di interoperabilità a livello europeo ¹⁶⁸.

Il Regolamento stabilisce, inoltre, in via prioritaria, che gli organismi di accesso mettano a disposizione i dati richiesti per usi secondari in forma anonima, vietando qualsiasi tentativo di re-identificare le persone fisiche cui tali dati si riferiscono ¹⁶⁹. Tuttavia, qualora l’utente dei dati dimostri l’impossibilità di raggiungere la finalità del trattamento con dati anonimizzati, può essere concesso l’accesso ai dati in forma pseudonimizzata, con la conseguente necessità di rispettare il GDPR e le relative basi giuridiche ¹⁷⁰.

4.1. – Come anticipato, uno dei temi più dibattuti durante l’approvazione della Proposta ha riguardato il ruolo degli interessati nel decidere sull’uso secondario dei propri dati sanitari, in particolare per quanto riguarda il consenso. L’approccio generale delineato dal Regolamento sullo Spazio Europeo dei Dati Sanitari, infatti, non richiede il consenso degli interessati per la condivisione dei dati per usi secondari, ma prevede altre basi giuridiche ai sensi dell’art. 6 del GDPR, da considerarsi in combinazione con le eccezioni al divieto di trattare categorie particolari di dati personali di cui all’art. 9, par. 2, GDPR.

Al riguardo, lo stesso Regolamento costituisce una base giuridica per l’uso secondario dei dati sanitari elettronici personali, comprese le garanzie necessarie per consentire il trattamento di particolari categorie di dati, in conformità con l’art. 9, par. 2, lett. *g, h, i e j*, GDPR (e pertanto rappresenta la legge dell’Unione ivi menzionata). Di conseguenza, agli Stati membri non è più consentito mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni e disposizioni specifiche che richiedono il consenso dell’interessato ¹⁷¹.

Al contempo, il Regolamento introduce un regime distinto di basi giuridiche per la condivisione dei dati a seconda del ruolo del soggetto che effettua il trattamento ¹⁷². I titolari dei dati, ad esempio, mettono a disposizione i dati agli organismi di accesso in adempimento di un obbligo legale imposto dal Regolamento in esame, ai sensi dell’art. 6, par. 1, lett. *c*, GDPR ¹⁷³, che si distingue, dunque, dalla base giuridica impiegata per legittimare il trat-

¹⁶⁷ Cfr. art. 52, EHDS, testo adottato. Si tratta di strutture organizzative e tecniche designate a livello nazionale, incaricate di rendere disponibili e facilitare l’accesso ai dati sanitari elettronici per l’uso secondario ai vari partecipanti autorizzati all’infrastruttura transfrontaliera HealthData@EU.

¹⁶⁸ La responsabilità operativa e gestionale di HealthData@EU sarà condivisa tra la Commissione Europea, che si occuperà del coordinamento generale e della supervisione, e gli Stati membri, che attraverso i loro organismi nazionali garantiranno il corretto funzionamento della piattaforma. Cfr. art. 52, EHDS, testo adottato.

¹⁶⁹ Al riguardo, il Regolamento riconosce che alcune categorie di dati sanitari elettronici possano essere considerate particolarmente sensibili, e quindi personali, anche se fornite in formato anonimo. In determinate circostanze, come nel caso di dati relativi a malattie rare o di piccole aree geografiche, anche l’uso di tecniche avanzate di anonimizzazione potrebbe non eliminare del tutto il rischio di re-identificazione, che rimane elevato. Di conseguenza, si richiede l’adozione di misure di protezione adeguate e proporzionate a tale rischio. In particolare, per i trasferimenti verso Paesi terzi, si delega alla Commissione il compito di individuare condizioni specifiche proporzionate al rischio di re-identificazione, tenendo conto delle specificità delle categorie di dati e delle tecniche di anonimizzazione o aggregazione utilizzate. In questo senso, v. il considerando n. 64, EHDS, testo adottato.

¹⁷⁰ Cfr. art. 44, parr. 2 e 3 e art. 46, par. 1, lett. *c*, EHDS, testo adottato. In tal caso, si prevede che solo l’organismo di accesso, o un organismo che agisca come terza parte fidata in conformità con la legislazione nazionale, possa avere accesso alle informazioni necessarie per invertire la pseudonimizzazione.

¹⁷¹ Tuttavia, agli Stati membri è consentito introdurre misure più rigorose e ulteriori garanzie a livello nazionale per tutelare la sensibilità e il valore dei dati appartenenti a determinate categorie indicate (quali, ad esempio, dati genetici, epigenomici e genomici umani, dati provenienti dalle applicazioni per il benessere o dalle biobanche e dai database associati). Per evitare incertezze derivanti dalla potenziale frammentazione normativa tra gli Stati membri e promuovere un maggiore controllo a livello europeo, è richiesto loro di notificare tali misure aggiuntive alla Commissione (cfr. art. 33, par. 8b, EHDS, testo adottato).

¹⁷² Cfr. il considerando n. 37, EHDS, testo adottato.

¹⁷³ In conformità con l’art. 9, par. 2, lett. *i e j*, GDPR.



tamento iniziale (ad esempio, la fornitura di assistenza sanitaria). Gli organismi di accesso consentono, invece, l'accesso ai dati nello svolgimento di un compito di interesse pubblico assegnato dal medesimo Regolamento, ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. e, GDPR¹⁷⁴. Quanto agli utenti dei dati sanitari, per la richiesta di accesso possono basarsi su una delle basi giuridiche previste dall'art. 6, par. 1, GDPR, tra cui, in particolare, il legittimo interesse o l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri¹⁷⁵.

In tale quadro, la proposta iniziale della Commissione europea non attribuiva alcun ruolo agli interessati nel processo decisionale riguardante l'uso secondario dei loro dati, impedendo loro, altresì, di sottrarsi al trattamento¹⁷⁶; di conseguenza, questo approccio ha sollevato significative preoccupazioni, portando a revisioni successive durante il processo legislativo¹⁷⁷.

La versione finale adottata sembra aver trovato un miglior equilibrio tra l'interesse pubblico e quello individuale, introducendo un meccanismo di opt-out obbligatorio a livello europeo, non lasciato, dunque, alla discrezionalità degli Stati membri¹⁷⁸. Il Regolamento riconosce quindi agli interessati il diritto di rinunciare,

¹⁷⁴ Lo stesso Regolamento soddisfa inoltre i requisiti di cui all'art. 9, par. 2, lett. g, h, i, e j (a seconda dei casi), GDPR.

¹⁷⁵ In tal caso è il Regolamento a fornire le garanzie richieste dall'art. 9, par. 2, GDPR.

¹⁷⁶ In particolare, l'art. 33 stabiliva che, nelle ipotesi in cui il consenso per il trattamento dei dati sanitari fosse richiesto ai sensi della normativa nazionale applicabile, gli organismi responsabili per l'accesso ai dati avrebbero dovuto prescindere da tale consenso e agire in conformità con gli obblighi imposti dal Regolamento.

¹⁷⁷ Il rapporto preliminare elaborato dalle Commissioni ENVI e LIBE del Parlamento europeo ha cercato di ristabilire un equilibrio tra il diritto degli interessati a controllare i propri dati sanitari e l'obiettivo pubblico di facilitare la ricerca medica (V. EUROPEAN PARLIAMENT-COMMITTEE ON THE ENVIRONMENT, PUBLIC HEALTH AND FOOD SAFETY COMMITTEE ON CIVIL LIBERTIES, JUSTICE AND HOME AFFAIRS, *Draft report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space (COM(2022)0197 – C9-0167/2022 – 2022/0140(COD))*, pubblicato il 10 febbraio 2023). In particolare, l'emendamento n. 84 aveva introdotto un meccanismo vincolante di opt-out, applicabile uniformemente a tutti gli Stati membri, consentendo agli interessati di escludere i propri dati dal trattamento per scopi secondari, senza obbligo di motivazione. Nel testo presentato nel dicembre 2023, frutto di lunghe negoziazioni tra i gruppi politici, il Parlamento aveva proposto una modifica rilevante: oltre a mantenere la possibilità di opt-out, veniva introdotto per alcuni tipi di dati sensibili (in particolare dati genetici, genomici, proteomici, dati di applicazioni per il benessere e dati sanitari elettronici di biobanche) un sistema di opt-in, richiedendo il consenso esplicito degli interessati (cfr. EUROPEAN PARLIAMENT, *European Health Data Space, Amendments adopted by the European Parliament on 13 December 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space (COM(2022)0197 – C9-0167/2022 – 2022/0140(COD))*, P9_TA(2023)0462, 13 dicembre 2023). Questa scelta, pur mirata a rafforzare l'autodeterminazione dei singoli, avrebbe tuttavia potuto ostacolare un settore importante della ricerca medica e lo sviluppo di nuove tecnologie sanitarie, a causa della mancanza di dati rappresentativi, con possibili ricadute negative sulla salute individuale e collettiva (si osserva infatti frequentemente che i tassi di partecipazione sono più bassi con un approccio di opt-in rispetto a quello di opt-out. Al riguardo, v., tra gli altri, Y. DE MAN-Y. WIELAND-JORNA-B. TORENSMA, et al., *Opt-In and Opt-Out Consent Procedures for the Reuse of Routinely Recorded Health Data in Scientific Research and Their Consequences for Consent Rate and Consent Bias: Systematic Review*, in *Journal of Medical Internet Research*, 2023, e42131, 16; T. SOKOL, *European Health Data Space*, cit., 22). Diversa è stata la soluzione proposta dal Consiglio dell'Unione Europea, che, pur evitando le problematiche dell'opt-in, ha sollevato altre questioni. Il testo del Consiglio lasciava agli Stati membri la facoltà di concedere agli interessati la possibilità di opporsi al trattamento dei dati personali in qualsiasi momento, senza doverne motivare la ragione, riconoscendo loro un diritto di opposizione liberamente esercitabile. Agli Stati membri veniva anche data anche la possibilità di prevedere eccezioni, in linea con l'art. 23 del GDPR, per motivi legati, tra l'altro, alla protezione della salute pubblica, alla sicurezza sul lavoro e alla qualità dell'assistenza sanitaria, inclusa la sicurezza di pazienti e dispositivi medici (cfr. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Proposal for a Regulation on the European Health Data Space – Mandate for negotiations with the European Parliament*, 16048/1/23 REV 1, 7 dicembre 2023, articolo 35F). Questa maggiore autonomia concessa agli Stati membri avrebbe però potuto portare a una frammentazione all'interno dell'Unione Europea, con conseguenti differenze giuridiche tra i cittadini dei vari Paesi riguardo all'uso dei propri dati.

¹⁷⁸ Questa soluzione è stata introdotta nel testo adottato a marzo 2024, in seguito all'accordo raggiunto tra il Parlamento Europeo e il Consiglio dell'Unione Europea, e successivamente confermato nel testo finale approvato dal Parlamento europeo ad aprile 2024, *sub art. 48a*, che richiede agli Stati membri di introdurre meccanismi per consentire l'esercizio del diritto di opt-out da parte degli interessati. La soluzione adottata risulta, dunque, maggiormente coerente con le esigenze di armonizzazione perseguite dal Regolamento. In proposito, v. anche L. BOLOGNINI- S. ZIPPONI, *Prospettive future in sanità: Spazio Europeo dei Dati Sanitari e regolazione dei dati sintetici*, in ID.-ID. (a cura di), *Privacy e diritto dei dati sanitari*, cit., 272.



in qualsiasi momento e senza necessità di giustificazione, al trattamento dei dati sanitari elettronici che li riguardano per uso secondario. In tal caso, i dati in questione non saranno più resi disponibili né altrimenti trattati, senza pregiudicare la liceità dei trattamenti per uso secondario effettuati in precedenza. Gli Stati membri possono tuttavia consentire la disponibilità dei dati per i quali è stato esercitato l'opt-out qualora siano presenti circostanze eccezionali espressamente previste¹⁷⁹, stabilendo misure specifiche e adeguate per proteggere i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche.

Il testo approvato introduce, dunque, un meccanismo *ex post* che consente agli interessati di impedire l'utilizzo dei propri dati per scopi di uso secondario, garantendo così una forma di controllo individuale. Al contempo, prevede eccezioni per tutelare l'interesse pubblico, in particolare nell'ambito della ricerca scientifica e della formulazione di politiche sanitarie. Tale soluzione mira, pertanto, a garantire la rappresentatività e la disponibilità dei dati per la ricerca, rispettando sia l'autodeterminazione individuale sia le competenze degli Stati membri in materia di assistenza sanitaria. Inoltre, l'approccio risulta coerente con i principi enunciati nell'art. 9, par. 2, lett. j, GDPR, che impone un equilibrio tra l'interesse pubblico e la tutela dei diritti fondamentali degli interessati nell'uso dei dati personali per scopi di ricerca scientifica¹⁸⁰.

Strettamente collegato al controllo degli interessati sui propri dati sanitari è il tema della trasparenza. La proposta iniziale della Commissione escludeva espressamente l'obbligo, per gli organismi responsabili dell'accesso ai dati – che, nell'adempimento dei compiti assegnati dall'EHDS, operano in qualità di titolari del trattamento¹⁸¹ – di fornire a ciascun interessato le informazioni previste dall'art. 14 del GDPR riguardo all'uso secondario dei propri dati, limitandosi, invece, a un obbligo di informazione generale al pubblico sulle condizioni di messa a disposizione di tali dati¹⁸². Questa deroga si giustificava, come chiarito nei considerando della Proposta, in ragione dell'onere amministrativo che l'adempimento dell'obbligo di informazione individuale avrebbe comportato, in conformità a quanto previsto dall'art. 14, par. 5, GDPR¹⁸³. Tuttavia, tale esclusione è stata oggetto di numerose critiche, poiché ritenuta suscettibile di compromettere la trasparenza e l'effettivo esercizio dei diritti da parte degli interessati¹⁸⁴.

Il testo finale del Regolamento, con l'eliminazione dell'espressa deroga presente nella versione originale¹⁸⁵,

¹⁷⁹ In particolare, il Regolamento stabilisce che gli Stati membri possono consentire la disponibilità dei dati esclusivamente in risposta a richieste presentate da: un ente pubblico o da un'istituzione, un organo, un ufficio o un'agenzia dell'Unione con il mandato di svolgere compiti nel settore della sanità pubblica, o da un altro soggetto incaricato di svolgere compiti pubblici nel settore della sanità pubblica, o che agisce per conto di un'autorità pubblica o su incarico di quest'ultima (cfr. art. 48a, EHDS, testo adottato).

¹⁸⁰ In questo senso, v. anche T. SOKOL, *European Health Data Space*, cit., 22.

¹⁸¹ Nello specifico, l'art. 51, nella formulazione da ultimo adottata, definisce espressamente la ripartizione dei ruoli rispetto al trattamento dei dati ai sensi del GDPR. In questo contesto, il titolare dei dati è considerato titolare del trattamento per la comunicazione dei dati richiesti dall'organismo di accesso. L'organismo di accesso agisce come titolare del trattamento nell'adempimento dei suoi compiti, ma diventa responsabile del trattamento per conto dell'utente, che assume il ruolo di titolare, nel momento in cui fornisce i dati a quest'ultimo a seguito dell'autorizzazione.

¹⁸² Cfr. art. 38, par. 2, EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space*, cit.

¹⁸³ Cfr. considerando n. 44, EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space*, cit.

¹⁸⁴ In dottrina cfr., tra gli altri S. SLOKENBERGA, *Scientific Research*, cit., 144; M. SHABANI e S. YILMAZ, *Lawfulness*, cit., 133. Anche il Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) e il Garante europeo per la protezione dei dati (EDPS), nel loro parere congiunto sulla proposta di Regolamento, avevano evidenziato le criticità di tale soluzione, invitando il legislatore a individuare situazioni specifiche e circoscritte per l'applicazione di questa esenzione, al fine di evitare un'applicazione sistematica priva di adeguata valutazione e giustificazione (cfr. ID., *EDPB-EDPS Joint Opinion 03/2022*, cit., par. 95 e 96). Del resto, la trasparenza è fondamentale poiché, oltre a garantire l'autodeterminazione dell'interessato, costituisce una salvaguardia aggiuntiva quando le circostanze della ricerca non permettono di ottenere un consenso specifico. In questo senso, cfr. quanto evidenziato dall'EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Guidelines 05/2020*, cit., 31.

¹⁸⁵ Cfr. considerando n. 44 e art. 37a, EHDS, testo adottato.



sembra indicare, invece, il permanere dell'obbligo per gli organismi di accesso di fornire le informazioni richieste dal GDPR. Questa interpretazione trova conferma nel nuovo considerando n. 44, che, a differenza della versione precedente, stabilisce che le informazioni pubbliche che gli organismi di accesso sono tenuti a fornire – incluse le misure di sicurezza adottate e i diritti degli interessati in relazione all'uso secondario dei dati¹⁸⁶ – “integrano” gli obblighi previsti dall'art. 14 del GDPR, garantendo un trattamento equo e trasparente anche qualora venga applicata l'eccezione di cui al par. 5 della medesima disposizione, ora limitata al ricorrere delle condizioni espressamente indicate¹⁸⁷.

Le recenti modifiche alla disciplina sull'uso secondario dei dati sanitari elettronici consentono pertanto di affermare che il legislatore europeo abbia cercato, per quanto possibile, di trovare un giusto equilibrio tra le esigenze della ricerca e i diritti degli interessati, anche in materia di trasparenza, alla luce delle nuove complessità poste dall'attuale contesto tecnologico-informatico.

5. – La ricerca scientifica in ambito medico, fondamentale per il miglioramento della salute individuale e collettiva, ha conosciuto un notevole sviluppo con l'introduzione delle tecnologie *data-intensive*. Tuttavia, con l'evoluzione dei metodi di ricerca, sono emersi i limiti del tradizionale modello di tutela, basato principalmente sul binomio consenso informato-anonimizzazione, nel garantire un'adeguata protezione degli interessati riguardo al trattamento dei loro dati sanitari.

In risposta a queste sfide, il GDPR ha introdotto nuovi meccanismi di *governance* e di gestione del rischio, spostando l'attenzione dal controllo individuale verso una maggiore responsabilizzazione dei titolari del trattamento dei dati. La recente crisi sanitaria globale ha nondimeno reso ancora più evidente la necessità di un intervento normativo che faciliti la condivisione dei dati sanitari a livello transfrontaliero, evidenziando i limiti normativi esistenti in materia di ricerca scientifica e la frammentazione tra gli Stati membri.

Il Regolamento sullo Spazio Europeo dei Dati Sanitari (EHDS) intende superare tali criticità, delineando un sistema di condivisione obbligatoria dei dati sanitari elettronici che prescinde dal consenso individuale, a favore dell'interesse collettivo per la ricerca scientifica in ambito sanitario, ma che integra al contempo misure di controllo *ex post* da parte degli interessati e un meccanismo centralizzato per garantire un utilizzo sicuro e conforme dei dati.

Il nuovo modello di tutela non elimina, dunque, la centralità dell'individuo, ma ne ridefinisce i confini, adattando le misure di protezione alle nuove esigenze della ricerca scientifica, dell'innovazione tecnologica e della globalizzazione. La normativa di prossima adozione, pur presentando alcune criticità che esulano dal *focus* specifico di queste riflessioni conclusive, intende pertanto continuare a mantenere un adeguato equilibrio tra le esigenze della ricerca e la protezione della dignità e dei diritti fondamentali degli interessati, introducendo nuove soluzioni per garantirne una tutela efficace.

Sarà tuttavia necessario attendere la messa in atto del sistema di garanzia delineato dall'EHDS per verificare la capacità di tutelare adeguatamente la riservatezza dei dati sanitari, soprattutto alla luce delle problematiche legate alla sicurezza informatica e alla condivisione transfrontaliera delle informazioni.

¹⁸⁶ Cfr. art. 37a, EHDS, testo adottato, che dispone che gli organismi responsabili dell'accesso ai dati sanitari forniscano agli interessati determinate informazioni, tra cui: la base giuridica che legittima l'accesso per l'utente dei dati, le misure tecniche e organizzative adottate, i diritti delle persone fisiche in relazione all'uso secondario dei dati sanitari elettronici, le modalità di esercizio dei diritti da parte delle persone fisiche ai sensi del GDPR, l'identità e i dati di contatto dell'organismo responsabile, l'identità dei soggetti che hanno ottenuto l'accesso ai dati e l'autorizzazione riguardante le finalità del loro trattamento, nonché le modalità di esercizio del diritto di opt-out.

¹⁸⁷ In questo senso, cfr. anche le modifiche proposte dal Parlamento europeo nel testo pubblicato a dicembre 2023, in relazione al considerando n. 44 e all'art. 38 (EUROPEAN PARLIAMENT, *European Health Data Space, Amendments*, cit., emendamenti nn. 46 e 368).



MATTEO BOSELLI

Assegnista di ricerca in Diritto civile – Università degli Studi di Parma

GLI EFFETTI DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO SUL MANDATO^{**}

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Amministrazione di sostegno e capacità del beneficiario. – 3. Amministrazione di sostegno, mandato e procura. Il mandato così detto «di sostegno». – 4. Il quadro normativo di riferimento in tema di estinzione del mandato; in particolare, la norma affidata all'art. 1722, n. 4), cod. civ. – 5. La posizione della giurisprudenza. – 6. Le possibili soluzioni. – 7. Considerazioni conclusive.

1. – Non è punto sconosciuta, alla prassi negoziale, l'eventualità in cui il soggetto – il quale abbia affidato la gestione dei propri interessi, in tutto o in parte, a un familiare o a un terzo, tramite mandato affiancato da procura – divenga successivamente beneficiario di amministrazione di sostegno.

Il codice civile non disciplina, in generale, la sorte dei rapporti negoziali pendenti al momento dell'apertura dell'amministrazione di sostegno¹.

^{*} This research was granted by University of Parma through the action Bando di Ateneo 2023 per la ricerca.

¹ Per una mirabile indagine dell'amministrazione di sostegno, attenta ai suoi profili sostanziali e processuali, si veda la densa opera di G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, II ed., Milano, 2018, *passim*.

Sul tema, si vedano, inoltre: F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, t. 5, Milano, 2004, 4175 ss.; E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004, *passim*; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 29 ss.; M. DOSSETTI-M. MORETTI-C. MORETTI, *L'amministratore di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione. L. 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004, *passim*; B. MALAVASI, *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, in *Notariato*, 2004, 319 ss.; U. MORELLO, *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, in *Notariato*, 2004, 225 ss.; U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 993 ss.; L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Famiglia*, 2005, I, 659 ss.; E. CALICE, *Commento agli artt. 404 ss. cod. civ.*, in *Cod. civ. ipertest.*, a cura di G. Bonilini-M. Confortini-C. Graneli, II ed., Torino, s. d., ma 2005, 616 ss.; M. PALADINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 585 ss.; S. PATTI, *Una nuova misura di protezione della persona*, in *Famiglia*, 2005, I, 221 ss.; G. ALPA, *La persona fisica*, in G. ALPA-G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da R. Sacco, Torino, 2006, 28 ss.; S. PATTI, *Amministrazione di sostegno e interdizione: interviene la Corte di Cassazione*, in *Fam., pers. e succ.*, 2006, 811 ss.; G. BONILINI-A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, II ed., Padova, 2007, *passim*; M. TESCARO, voce *Amministrazione di sostegno*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ., Agg.*, vol. IV, t. 1, Torino, s. d., ma 2007, 9 ss.; S. DELLE MONACHE, *Amministrazione di sostegno*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, *Artt. 343-455*, Torino, s. d., ma 2009, 169 ss.; G. BONILINI-C. COPPOLA, *Scelta dell'amministratore di sostegno*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, *Artt. 343-455*, Torino, s. d., ma 2009, 253 ss.; P. CENDON, voce *Amministrazione di sostegno. Profili generali*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VII, Milano, 2014, 21 ss.; R. ROSSI, voce *Amministrazione di sostegno. Disciplina normativa*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VII, Milano, 2014, 31 ss.; F.



A fronte del silenzio del Codificatore, è stato efficacemente osservato, in linea di principio, che: (i) ove detti rapporti siano compresi nel provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno, essi non potranno che estinguersi; (ii) al contrario, qualora non siano ivi menzionati, rimarranno, di regola, efficaci².

Nella cornice così tratteggiata, permane attuale l'interrogativo, circa gli effetti dell'amministrazione di sostegno sul mandato e sulla procura, eventualmente conferiti dal beneficiario della misura di protezione, prima che la misura gli fosse applicata³.

Si pone la questione, in altri termini, in ordine al rapporto esistente tra la nomina di un amministratore di sostegno e il conferimento di mandato e procura nel tempo antecedente alla nomina medesima⁴.

Giova domandarsi, in definitiva, se l'attivazione dell'amministrazione di sostegno estingua, oppure no, il mandato e la procura, eventualmente confezionati dal beneficiario dello strumento di protezione, quando egli era ancora nel pieno della propria capacità⁵.

2. – Onde siano individuate possibili soluzioni all'interrogativo dianzi proposto, occorre dapprima rammentare che il beneficiario di amministrazione di sostegno, a differenza dell'interdetto giudiziale e dell'inabilitato⁶, «conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o

TOMMASEO, *Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno: sui complessi raccordi fra gli istituti a protezione degli incapaci*, in *Fam. e dir.*, 2010, 910 ss.; M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, già dir. da L. Mengoni e P. Schlesinger, continuato da V. Roppo e F. Anelli, Milano, 2019, 649 ss.; R. CATERINA, *Le persone fisiche*, IV ed., Torino, 2020, 51 ss.

² Si confronti, in proposito, G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 502 ss.

Sul punto, v., inoltre: B. MALAVASI, *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, cit., 326; U. MORELLO, *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, cit., 228 ss.

³ Al riguardo, si vedano, almeno: F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., 4175 ss.; E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, cit., 134 ss.; B. MALAVASI, *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, cit., 326; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit., 54; U. MORELLO, *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, cit., 228 ss.; A. FUSARO, *Procura e mandato*, in AA.VV., *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione*, a cura di G. Salito e P. Matera, Padova, 2013, 587 ss.; G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 502 ss.

V., altresì, di recente, F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, in *Quaestiones*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. Bonilini, Pisa, 2020, 445 ss.

⁴ L'interrogativo, in ordine al rapporto esistente tra la nomina di un amministratore di sostegno e il conferimento di procura nel tempo antecedente alla nomina medesima, è proposto da G. BONILINI, *Introduzione*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 15 ss.

⁵ In tema, si leggano: F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., 4175 ss.; E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, cit., 134 ss.; B. MALAVASI, *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, cit., 326; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit., 54; U. MORELLO, *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, cit., 228 ss.; A. FUSARO, *Procura e mandato*, in AA.VV., *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione*, cit., 587 ss.; G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 503 ss.

V., inoltre, F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 445 ss.

⁶ Sulle differenze tra amministrazione di sostegno, interdizione giudiziale e inabilitazione, si veda G. BONILINI, *Introduzione*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 21 ss.

Per un efficace esame di sintesi, circa i rapporti tra amministrazione di sostegno e interdizione, cfr., altresì, R. CATERINA, *Le persone fisiche*, cit., 57 ss.



l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno», oltre che per quelli necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana (art. 409 cod. civ.)⁷.

È oramai consolidato, infatti, anche nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità, l'insegnamento, secondo il quale, il beneficiario di amministrazione di sostegno sia soggetto capace di agire, fatte salve le limitazioni espressamente disposte dal giudice tutelare, nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno o in un successivo provvedimento, in base alle condizioni psico-fisiche del destinatario della misura di protezione⁸.

Del resto, come è noto, la normativa racchiusa nella legge n. 6/2004, istitutiva dell'amministrazione di sostegno, è proprio ispirata alla finalità di tutelare, i soggetti privi di autonomia, «con la minore limitazione possibile della capacità di agire» (art. 1, legge n. 6/2004)⁹.

Ben si comprende, in questa prospettiva, la ragione, in virtù della quale, la giurisprudenza rimarca l'esigenza di ricorrere, ove possibile, all'amministrazione di sostegno, che consente di sacrificare la capacità di agire del suo beneficiario nei limiti dello stretto indispensabile, laddove l'interdizione giudiziale e l'inabilitazione determinano una pesante compressione della capacità del soggetto¹⁰.

È affermazione sicura, infatti, che l'amministrazione di sostegno sia strumento di protezione, dotato di maggiore flessibilità ed elasticità, rispetto a quelli tradizionali¹¹.

⁷ Sul punto, v., diffusamente, G. BONILINI, *Introduzione*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 34 ss., *ivi*, numerosi richiami, dottrinali e giurisprudenziali.

Si vedano, inoltre: E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, cit., 67 ss.; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit., 31; A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, Padova, 2012, 152 ss.; P. CENDON, voce *Amministrazione di sostegno. Profili generali*, cit., 21 ss.; R. CATERINA, *Le persone fisiche*, cit., 83 ss.

Cfr., altresì, F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 450.

⁸ Nel senso che l'amministrazione di sostegno, a differenza dell'interdizione giudiziale e dell'inabilitazione, non determini, in capo al suo beneficiario, lo *status* di incapace di agire, si vedano: Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Fam., pers. e succ.*, 2006, 136 ss., con nota di S. PATTI, *Amministrazione di sostegno: la sentenza della Corte costituzionale*; Corte cost., 10 maggio 2019, n. 114, in *Fam. e dir.*, 2019, 714 ss., con nota di G. BONILINI, *Il beneficiario di amministrazione di sostegno ha, come regola, la capacità di donare*.

Nel medesimo senso, per la giurisprudenza di legittimità, v., in luogo di tante: Cass. civ., 12 giugno 2006, n. 13584, in *One Legale*; Cass. civ., 29 novembre 2006, n. 25366, in *One Legale*; Cass. civ., 26 ottobre 2011, n. 22332, in *One Legale*; Cass. civ., 11 maggio 2017, n. 11536, in *One Legale*; Cass. civ., 21 maggio 2018, n. 12460, in *Corr. giur.*, 2019, 60 ss., con nota di M.N. BUGETTI, *Sulla privazione ex decreto in capo al beneficiario dell'amministrazione di sostegno della capacità di testare e di donare*; Cass. civ., 31 marzo 2022, n. 10483, in *One Legale*; Cass. civ., 2 novembre 2022, n. 32321, in *One Legale*.

⁹ In questi termini, cfr. G. BONILINI, *Capacità del beneficiario di amministrazione di sostegno e compiti dell'amministratore di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 378.

¹⁰ In tal senso, si veda G. BONILINI, *Introduzione*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 35.

Nel medesimo senso, nella giurisprudenza di legittimità, si vedano, almeno: Cass. civ., 22 aprile 2009, n. 9628, in *Giur. it.*, 2010, II, 316 ss., con nota di G. RISPOLI, *Amministrazione di sostegno o interdizione? Una scelta difficile*; Cass. civ., 11 settembre 2015, n. 17962, in *Fam. e dir.*, 2016, 342 ss., con nota di E. VULLO, *Un parziale revirement della Suprema Corte sui criteri di scelta tra amministrazione di sostegno e interdizione*; Cass. civ., 21 maggio 2018, n. 12460, cit.

Per la giurisprudenza di merito, v., fra le altre: Trib. Bologna, 20 novembre 2006, in *One Legale*; Trib. Reggio Emilia, 9 gennaio 2007, in *One Legale*; Trib. Mantova, 6 agosto 2015, n. 777, in *One Legale*.

¹¹ Così, G. BONILINI, *Introduzione*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 24.

Sulla «residualità» dell'interdizione giudiziale e dell'inabilitazione, rispetto all'amministrazione di sostegno, si confrontino, almeno: F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., 4196; M. MATTIONI, *Interdizione e inabilitazione – Forza espansiva dell'amministrazione di sostegno e disapplicazione dell'interdizione e dell'inabilitazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 477 ss.; G. BONILINI, *Introduzione*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 21 ss.



Invero, differentemente dall'interdizione giudiziale e dall'inabilitazione, che consentono di conoscere, *a priori*, quali atti di autonomia siano consentiti e quali, invece, siano vietati, al destinatario della pronuncia, il beneficiario di amministrazione di sostegno ha «ritagliato su misura»¹² il proprio «statuto personalizzato»¹³, confezionato, dal giudice tutelare, in base alle specifiche esigenze del soggetto¹⁴.

Di conseguenza, in virtù della decisione assunta dal giudice tutelare, occorrerà accertare, di volta in volta, quali atti di autonomia siano preclusi al beneficiario di amministrazione di sostegno e quali, invece, abbisognino della rappresentanza esclusiva, o dell'assistenza necessaria, dell'amministratore di sostegno, eccettuati, in ogni caso, gli atti necessari a soddisfare le esigenze di vita quotidiana, rispetto ai quali, come già anticipato, detto beneficiario conserva la capacità di agire¹⁵.

A presidio della flessibilità ed elasticità dell'amministrazione di sostegno, si erige, poi, la possibilità, attribuita al giudice tutelare, di modificare o di integrare, in ogni tempo, anche d'ufficio, le decisioni assunte con il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, giusta l'art. 407, comma 4, cod. civ.¹⁶; vuoi in funzione di un progressivo e dinamico processo di adattamento dello «statuto personalizzato» del beneficiario di amministrazione di sostegno, tenendo conto, a titolo di esempio, della mutevolezza del suo quadro personale e di salute, vuoi in funzione correttiva, rispetto ai provvedimenti precedentemente adottati¹⁷.

Alle medesime finalità, coopera, a tacer d'altro, anche la norma dischiusa nell'art. 411, ultimo comma, cod. civ., la quale affida, al giudice tutelare, la possibilità di disporre, nel provvedimento con cui nomina l'amministratore di sostegno o in un successivo provvedimento, che «determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avuto riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni»¹⁸.

Di talché, nelle ipotesi di insorgenza dell'amministrazione di sostegno, si dovrà altresì verificare, caso per

¹² Si veda G. BONILINI, *Capacità del beneficiario di amministrazione di sostegno e compiti dell'amministratore di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 382.

¹³ Così, F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 450.

¹⁴ Sul punto, in giurisprudenza, cfr., per tutte, Cass. civ., 21 maggio 2018, n. 12460, cit.

¹⁵ Al riguardo, v. G. BONILINI, *Capacità del beneficiario di amministrazione di sostegno e compiti dell'amministratore di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 382, ad avviso del quale: «mentre lo statuto dell'interdetto e dell'inabilitato è rigido, potendo conoscere, al più, l'interdizione, una mitigazione attraverso la sua conversione in inabilitazione, fatta salva, in ogni caso, la possibilità di revoca, lo statuto dell'amministrazione di sostegno è concepito quale informato alla più viva flessibilità».

¹⁶ Per un'efficace disamina di codesta disposizione, si rinvia a F. TOMMASEO, *Il procedimento*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 241 ss.

Sul punto, giova richiamare, altresì, Cass. civ., 8 febbraio 2024, n. 3600, in *One Legale*, la quale – rammentando che il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno sia modificabile, in ogni tempo, dal giudice tutelare e che, tramite il provvedimento di modifica, ben possano essere adottate limitazioni di capacità – ha precisato: «ove il provvedimento del giudice tutelare, quale che sia la sua forma, incida sui diritti fondamentali della persona, limitandone la capacità, non può che considerarsi decisorio; e deve qualificarsi provvedimento decisorio qualora incida sulla sfera di libera autodeterminazione del beneficiario, comprimendola, come nel caso in cui si nomini amministratore di sostegno una persona diversa da quella scelta dal beneficiario stesso, per curare i suoi interessi».

¹⁷ V., in proposito, F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 451.

¹⁸ Al riguardo, si vedano: F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., 4236 ss.; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit., 42; B. MALAVASI, *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, cit., 328; L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., 662 ss.; G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 461 ss.; R. CATERINA, *Le persone fisiche*, cit., 84.



caso, se il giudice tutelare abbia esteso, motivatamente, al beneficiario della misura di protezione, *ex art. 411*, ultimo comma, cod. civ., determinate disposizioni, previste per l'interdetto giudiziale o per l'inabilitato¹⁹.

Ne discende, in definitiva, che l'amministrazione di sostegno, anche in conformità a quanto è stato posto in luce da una recente pronunzia del Supremo Collegio²⁰, possa configurarsi, a seconda dei casi, come misura di "mero supporto", poco incisiva sulla capacità di agire del suo destinatario, oppure come misura "ibrida", con caratteristiche affini alla tutela dell'interdetto giudiziale («amministrazione sostitutiva») o alla cura della dell'inabilitato («amministrazione di assistenza»), fermo restando che, in ogni caso, il beneficiario di amministrazione di sostegno conserva la capacità di agire, ove essa non sia stata espressamente limitata; vale a dire, per tutti gli atti, che non siano stati affidati all'amministratore di sostegno²¹.

3. – Tra amministrazione di sostegno, mandato e procura, di per sé considerati, non mi pare che sussista – se non altro in linea teorica e di principio, e fintantoché non giungano a sovrapporsi²² – un rapporto di assoluta e incondizionata incompatibilità²³.

Il mandato e la procura configurano, anzi, negozi di natura gestoria²⁴, astrattamente capaci di realizzare le medesime finalità di protezione, alle quali assolve l'amministrazione di sostegno; sì in difetto di controlli giurisdizionali, epperò senza la benché minima compromissione della capacità di agire della persona.

L'immediato segno discretivo, tra le fattispecie in esame, può essere colto nella loro differente veste giuridica: l'amministrazione di sostegno è misura di protezione legale, la quale può essere attivata, dal giudice tutelare, in favore della persona che, per effetto di un'infermità o di una menomazione, fisica o psichica, si trovi nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi (art. 404 cod. civ.)²⁵; laddove il mandato e la procura sono congegni negoziali dell'autonomia privata²⁶, capaci di arricchire il

¹⁹ Sull'argomento, si legga G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 461 ss., il quale, puntualmente, rammenta, a titolo di esempio, come il beneficiario di amministrazione di sostegno abbia, di regola, piena capacità di testare e di donare, a meno che il giudice tutelare non gli abbia esteso, appunto in forza dell'art. 411, ultimo comma, cod. civ., le limitazioni rispettivamente previste, per l'interdetto giudiziale, dagli artt. 591, comma 2, e 774 cod. civ.

Nel senso che il beneficiario di amministrazione di sostegno conservi, di regola, la capacità di donare, si veda, inoltre, Corte cost., 10 maggio 2019, n. 114, cit.

²⁰ Il riferimento è a Cass. civ., 8 febbraio 2024, n. 3600, cit.

²¹ Si vedano, altresì: Cass. civ., 31 marzo 2022, n. 10483, cit.; Cass. civ., 2 novembre 2022, n. 32321, cit.

²² V., più a fondo, *infra*, §§ 5 e 6.

²³ Sul punto, v. anche F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 451.

²⁴ Riguardo al mandato e alla procura in generale, si vedano, almeno: G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, vol. XIII, t. 1, Torino, s. d., ma 1952, *passim*; F.M. DOMINÈDÒ, voce *Mandato (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. X, Torino, s. d., ma 1964, 108 ss.; G. BAVETTA, voce *Mandato (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Milano, s. d., ma 1975, 321 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. XXXII, Milano, 1984, 41 ss.; M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. XI, Torino, s. d., ma 1994, 154 ss.; V. DE LORENZI, voce *Procura*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. XV, Torino, s. d., ma 1997, 318 ss.

²⁵ Sui presupposti d'insorgenza dell'amministrazione di sostegno, si rinvia a G. BONILINI, *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 57 ss.

Per un efficace esame di sintesi, v., inoltre, R. CATERINA, *Le persone fisiche*, cit., 62 ss., *ivi*, numerosi riferimenti alla prassi applicativa dell'istituto.

²⁶ In generale, sull'autonomia privata, si vedano, almeno: G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990 (ristampa, Napoli, 2018), *passim*; F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, *passim*; G. BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, 2000, 789 ss.; V. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*,



quadro degli strumenti giuridici, idonei a fornire adeguata protezione ai soggetti, i quali abbiano difficoltà nella gestione dei propri interessi²⁷.

È utile rammentare, al riguardo, che, ferme le differenze correnti tra procura e mandato – prima fra tutte, quella relativa alla natura giuridica, configurando, la procura, un negozio unilaterale, il mandato, invece, un vero e proprio contratto –, al mandatario è sovente conferito anche il potere di rappresentanza, ovverosia il potere di agire in nome del mandante, in virtù di procura rilasciata *a latere* del mandato medesimo (art. 1704 cod. civ.)²⁸; procura, che può essere generale o speciale, a seconda che riguardi il compimento di tutti gli atti di gestione del patrimonio del rappresentato, non eccedenti l'ordinaria amministrazione – e quelli che la eccedano, ivi espressamente indicati –, oppure soltanto un singolo, specifico, affare.

Non è infrequente, invero, nella prassi negoziale, l'eventualità, in cui la persona manifesti la volontà di affidare la gestione dei propri interessi, in tutto o in parte, a un familiare o a un terzo, proprio per il tramite di procura, generale o speciale, a fianco di un mandato; eventualità, che il Supremo Collegio, in una recente pronuncia, ha inquadrato nella fattispecie del mandato, così detto, «di sostegno»²⁹.

Non può che essere condivisa, in questa prospettiva, l'opinione della migliore dottrina, secondo la quale, per mezzo del mandato con rappresentanza, si potrebbe egregiamente sopperire, a titolo di esempio, alla mera menomazione fisica³⁰, non accompagnata da difficoltà dell'intelligenza e del volere, e implicante, quindi,

Torino, 2004, *passim*; P. RESCIGNO, *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Familia*, 2004, I, 437 ss.; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio naz. del Notariato*, dir. da P. Perlingieri, vol. IV, 1, s. I. e s. d., ma Napoli, 2008, *passim*; A.P. SCARSO, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust – I Parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 261 ss., e – *II Parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 512 ss.; M. FRANCESCA, *Le destinazioni all'interesse familiare: autonomia privata e fondamento solidaristico*, in *Riv. not.*, 2012, 1035 ss.; G. VILLANACCI, *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, in *Contr. e impr.*, 2013, 917 ss.; N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 555 ss.; N. LIPARI, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 927 ss.; G. ALPA, voce *Autonomia contrattuale*, in *Enc. dir. – I Tematici*, vol. I, *Contratto*, Milano, 2021, 1 ss.; P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, Napoli, 2021, 125 ss.; G. PERLINGIERI, *Il diritto civile tra principi e regole. Autonomia negoziale*, Napoli, 2022, *passim*.

²⁷ Per alcuni, utili, spunti di riflessione, a proposito del rapporto tra strumenti dell'autonomia privata e misure di protezione legale, si legga G. BONILINI, *Introduzione*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 39 ss.

²⁸ Sulla rappresentanza in generale, si vedano: N. DISTASO, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. civ. comm.*, dir. da W. Bigiavi, t. 2, Torino, s. d., ma 1966, 1032 ss.; W. D'AVANZO, voce *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Torino, s. d., ma 1967, 801 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, vol. XXI, t. 1, Milano, 1968, 223 ss.; U. NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977, *passim*; U. NATOLI, voce *Rappresentanza (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, s. d., ma 1987, 463 ss.; G. VISINTINI, *Della rappresentanza*, in F. GALGANO-G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare. Artt. 1372 – 1405*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, 175 ss.; G. STELLA, *Sull'eccesso di mandato (con o senza rappresentanza)*, in *Corr. giur.*, 1997, 903 ss.; M. GRAZIADEI-R. SACCO, voce *Sostituzione e rappresentanza*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. XVIII, Torino, s. d., ma 1998, 616 ss.; G. DE NOVA, *La rappresentanza*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, vol. X, *Obbligazioni e contratti*, t. 2, III ed., Torino, s. d., ma 2002, 460 ss.; V. DE LORENZI, *La rappresentanza. Artt. 1387-1400*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2012, *passim*; G. DI ROSA, voce *Rappresentanza*, in *Enc. dir. – I Tematici*, vol. I, *Contratto*, Milano, 2021, 947 ss.; G. STELLA, *La rappresentanza*, in *Tratt. del contratto*, dir. da V. Roppo, vol. I, *Formazione*, a cura di C. Granelli, II ed., Milano, 2023, 703 ss.

²⁹ Cfr. Cass. civ., 8 febbraio 2024, n. 3600, cit.

³⁰ In tal senso, si veda l'importante contributo di G. BONILINI, *L'anziano consapevole, e adeguatamente assistito, non abbisogna di amministratore di sostegno. In soccorso, può intervenire il mandato*, nota a Trib. Vercelli, 16 ottobre 2015, n. 4899, in *Fam. e dir.*, 2016, 186.

Per l'opinione conforme, si confronti S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit., 39, ad avviso del quale: «nonostante il tenore letterale dell'art. 404 cod. civ., la mera presenza di un'infermità o menomazione fisica di per sé non rende mai accessibile l'istituto dell'amministrazione di sostegno, e ciò per quanto gravi possano risultare gli ostacoli che una tale condizione determina nella (diretta) cura dei propri interessi da parte della persona».



soltanto una difficoltà nella cura dei propri interessi, di per sé insufficiente a istituire l'amministrazione di sostegno³¹.

A ben vedere, infatti, qualora si aderisse all'opinione contraria, in virtù della quale, l'amministrazione di sostegno potrebbe essere attivata anche a fronte di una mera infermità fisica, non associata a una deficienza, neppure minima, di tipo psichico³², si rischierebbe di estendere la misura di protezione di là dei suoi naturali confini, financo a situazioni in cui la persona sia pienamente capace di intendere e di volere³³, e si perverrebbe, così, a misconoscere il principio, ispiratore dell'intera normativa affidata alla legge n. 6/2004, di non sacrificare, oltre il dovuto, la capacità di agire dei soggetti privi di autonomia³⁴.

Ai sicuri vantaggi, rannodati agli strumenti negoziali privatistici del mandato e della procura – a tacer d'altro: la snellezza e l'agilità con le quali vi si possa fare ricorso; la valorizzazione della capacità di agire della persona; l'assenza del clamore pubblicitario dell'amministrazione di sostegno³⁵ –, si accompagna, non

³¹ In questi, chiari, termini, v. G. BONILINI, *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 99 ss., il quale osserva: «sussistendo adeguati istituti privatistici, onde si faccia fronte alla bisogna, idonei a non compromettere, neppure menomamente, la capacità d'agire della persona, anzi atti a valorizzarla, in quanto totalmente affidate, alla sua scelta, la loro nascita e permanenza, è a questi che dovrà continuare a rivolgersi la persona fisicamente impedita, quindi deve escludersi che la mera presenza di un'infermità o menomazione fisica renda accessibile, di per sé, l'amministrazione di sostegno».

Nel medesimo senso, in giurisprudenza, si veda Trib. Vercelli, 16 ottobre 2015, n. 4899, in *Fam. e dir.*, 2016, 177 ss., con nota di G. BONILINI, *L'anziano consapevole, e adeguatamente assistito, non abbisogna di amministratore di sostegno. In soccorso, può intervenire il mandato*, cit.

Codesta pronunzia, rigettando il ricorso diretto all'istituzione dell'amministrazione di sostegno, nei riguardi di persona sì molto anziana, con deficit visivi, uditivi e di deambulazione, ma pienamente consapevole degli atti da compiere, nonché assistita dai familiari e dal servizio sociale, ha ritenuto più proficuo, meno gravoso e maggiormente tutelante, nella specie, il conferimento di procura generale notarile, in favore di persona di stretta fiducia.

V., inoltre, Trib. Trieste, 5 ottobre 2006, in *One Legale*.

³² Nel senso che la mera infermità fisica giustifichi, *ex se*, l'apertura dell'amministrazione di sostegno, si vedano: A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, cit., 116 ss.; M. PICCINNI, *Gli adulti privi in tutto o in parte di autonomia*, in C.M. MAZZONI-M. PICCINNI, *La persona fisica*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2016, 489 ss.; M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, cit., 654 ss.

Cfr., inoltre, F. SPOTTI, *Se sia sufficiente, quale presupposto per l'apertura dell'amministrazione di sostegno, l'infermità, o la menomazione, fisica o psichica*, in *Quaestiones*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. Bonilini, Pisa, 2020, 97 ss.

In giurisprudenza, nel medesimo senso, si vedano: Cass. civ., 2 agosto 2012, n. 13917, in *One Legale*; Cass. civ., 27 settembre 2017, n. 22602, in *One Legale*; Cass. civ., 15 maggio 2019, n. 12998, in *One Legale*.

Per la giurisprudenza di merito, v.: Trib. Varese, 16 aprile 2010, in *One Legale*; Trib. Prato, 4 dicembre 2010, in *One Legale*.

³³ In tema, si consulti G. BONILINI, *L'anziano consapevole, e adeguatamente assistito, non abbisogna di amministratore di sostegno. In soccorso, può intervenire il mandato*, cit., 182 ss., ad avviso del quale, non si può affermare che la persona fisicamente menomata, epperò perfettamente *compos sui*, versi nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi, dovendosi riconoscere, più semplicemente, la sua inattitudine a provvedervi direttamente; inattitudine, alla quale si potrà porre rimedio mediante il ricorso, non già all'amministrazione di sostegno, bensì ai consueti strumenti negoziali privatistici, quali il mandato e la procura.

³⁴ Intorno a codesto principio, si vedano, almeno: S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit., 31; U. MORELLO, *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, cit., 225 ss.; G. BONILINI, *Introduzione*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 37.

In giurisprudenza, cfr., per tutte, Cass. civ., 21 maggio 2018, n. 12460, cit.

³⁵ Sul punto, si veda G. BONILINI, *L'anziano consapevole, e adeguatamente assistito, non abbisogna di amministratore di sostegno. In soccorso, può intervenire il mandato*, cit., 186, il quale efficacemente pone in luce come uno dei disagi, determinati dalla normativa racchiusa nella L. n. 6/2004, sia ravvisabile nella circostanza che il legislatore non abbia affiancato, all'amministrazione di sostegno, «un più agile strumento di soccorso a chi, perfettamente *compos sui*, versi soltanto nella difficoltà di svolgere la propria vita giuridica, e non voglia avvalersi del mandato, o ritenga, almeno, che esso sia insufficiente, là dove il mandante non abbia la competenza a verificare la correttezza del comportamento del mandatario».



di meno, l'inevitabile rischio che, codesti strumenti, possano rivelarsi insufficienti, nel caso di sopravvenuta incapacità³⁶.

Ben si giustifica, pertanto, non solo sul piano teorico, ma anche su quello pratico, l'esigenza di indagare quale sia la sorte del mandato e della procura, in conseguenza dell'apertura dell'amministrazione di sostegno.

4. – La soluzione al problema, se l'amministrazione di sostegno possa infirmare, oppure no, il mandato e la procura, eventualmente conferiti dal beneficiario della misura di protezione, quando egli era ancora nel pieno della propria capacità, presuppone, intuitivamente, la disamina delle principali, pertinenti, disposizioni codicistiche, contemplate riguardo all'estinzione del mandato (artt. 1722 ss. cod. civ.)³⁷.

Emerge subito il richiamo, in proposito, alla norma calata nell'art. 1722, n. 4), cod. civ., giusta la quale, il mandato si estingue «per l'interdizione o l'inabilitazione del mandante o del mandatario»³⁸.

Regola, quest'ultima, che soffre l'eccezione, contemplata nel medesimo luogo normativo, relativa al mandato avente a oggetto il compimento di atti inerenti all'esercizio di un'impresa, ove l'esercizio dell'impresa sia continuato, fatto salvo il diritto di recesso delle parti o degli eredi [art. 1722, n. 4), ult. parte, cod. civ.]³⁹.

La *ratio*, sottesa alla previsione dell'estinzione del mandato, in conseguenza della sopravvenuta incapacità di uno dei contraenti, risiede, verisimilmente, nell'intimo rapporto personale e fiduciario, posto a fondamento del contratto in esame⁴⁰.

Nel caso del mandato conferito per l'esercizio dell'impresa, invece, l'elemento personalistico risulta in qualche modo attenuato, di fronte all'interesse oggettivo, ritenuto prevalente, alla continuazione dell'attività di impresa⁴¹.

³⁶ Come è stato efficacemente posto in luce da G. BONILINI, *L'anziano consapevole, e adeguatamente assistito, non abbisogna di amministratore di sostegno. In soccorso, può intervenire il mandato*, cit., 186.

³⁷ In generale, sull'estinzione del mandato, si leggano, almeno: F.M. DOMINÈDÒ, voce *Mandato (diritto civile)*, cit., 131 ss.; G. BAVETTA, voce *Mandato (diritto privato)*, cit., 364 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 419 ss.; M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, cit., 180 ss.

³⁸ Al riguardo, si vedano: F.M. DOMINÈDÒ, voce *Mandato (diritto civile)*, cit., 134; G. BAVETTA, voce *Mandato (diritto privato)*, cit., 364 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 450 ss.; M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, cit., 184; G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404 – 413*, cit., 503.

V., inoltre, F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 446.

³⁹ Sul punto, v.: F.M. DOMINÈDÒ, voce *Mandato (diritto civile)*, cit., 134; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 450 ss.; M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, cit., 184; G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 503.

Cfr., altresì, F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 446.

⁴⁰ Al riguardo, si veda A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 450 ss., secondo il quale, il fondamento dello scioglimento del mandato, per sopravvenuta incapacità del mandante, riposerebbe su una valutazione legale del carattere personale della scelta e dell'interesse alla conclusione dell'affare, dedotto nel mandato, mentre la ragione ispiratrice della disposizione, che prevede lo scioglimento del mandato in dipendenza della sopravvenuta interdizione o inabilitazione del mandatario, andrebbe individuata nel fatto che il mandato comporti una prestazione di fare a carico del mandatario, con conseguente intrasmissibilità del relativo rapporto, secondo quanto si verifica, ordinariamente, nei rapporti contrattuali aventi per oggetto un'attività «di lavoro».

V., inoltre, G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit., 206 ss.

⁴¹ In tal senso, cfr. F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 446.

Si veda, altresì, G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit., 207.



Altra eccezione, alla regola dell'estinzione del mandato, a cagione dell'interdizione o dell'inabilitazione di una delle sue parti, è racchiusa nell'art. 1723, comma 2, cod. civ., in base al quale, il mandato conferito «anche nell'interesse del mandatario o di terzi» non si estingue per la sopravvenuta incapacità del mandante⁴².

L'irrelevanza della sopravvenuta perdita di capacità del mandante, rispetto al mandato così detto «*in rem propriam*», è giustificata, invero, dall'esigenza di valorizzare l'interesse del mandatario alla continuazione del rapporto, anche a discapito dell'interesse del mandante, presumibilmente diretto, in codesta evenienza, alla sua caducazione⁴³.

Nel tratteggiare il quadro normativo di riferimento in tema di estinzione del mandato, non può mancarsi di richiamare, infine, l'art. 1728 cod. civ., il quale, prevedendo una sorta di «ultrattività» del mandato⁴⁴, dispone che: (i) quando il contratto si estingua per la sopravvenuta incapacità del mandante, il mandatario, che ne abbia iniziato l'esecuzione, deve continuarla, se vi sia pericolo nel ritardo (art. 1728, comma 1, cod. civ.); (ii) quando il contratto si estingua, invece, per la sopravvenuta incapacità del mandatario, colui che lo rappresenta o lo assiste, se abbia conoscenza del mandato, deve prontamente avvertire il mandante e assumere, nel suo interesse, i provvedimenti richiesti dalle circostanze (art. 1728, comma 2, cod. civ.)⁴⁵.

Disposizione, quest'ultima, informata al generale dovere di buona fede contrattuale (artt. 1175, 1337, 1375 cod. civ.)⁴⁶, ed eretta a tutela degli interessi sostanziali sottostanti, i quali rischierebbero di essere irrimediabilmente sacrificati, in caso di improvvisa, immediata, estinzione del mandato⁴⁷.

Tanto premesso, la cornice normativa testé delineata, a ben vedere, consente di perseguire un corretto bilanciamento tra interessi contrapposti⁴⁸: da un lato, quello allo scioglimento del mandato, nei casi in cui

⁴² In tema, si vedano: G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit., 209; F.M. DOMINEDÒ, voce *Mandato (diritto civile)*, cit., 134; G. BAVETTA, voce *Mandato (diritto privato)*, cit., 364 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 493 ss.; M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, cit., 184 ss.; G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 503.

Cfr., altresì, F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 447.

⁴³ Così, A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 493.

⁴⁴ Si esprime, in questi termini, A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 452.

⁴⁵ Si vedano, sul punto: G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit., 210 ss.; F.M. DOMINEDÒ, voce *Mandato (diritto civile)*, cit., 134; G. BAVETTA, voce *Mandato (diritto privato)*, cit., 364 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 452; M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, cit., 184 ss.; G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 503.

⁴⁶ In tal senso, cfr. A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 452.

Riguardo al tema della buona fede in generale, v., almeno: M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, *passim*; F. BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2009, 241 ss.; T. PASQUINO, *La buona fede in senso soggettivo nell'ermeneutica giurisprudenziale. Notazioni intorno alla portata generale dell'art. 1147 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 524 ss.; G. VILLANACCI, *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, cit., 917 ss.; G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013, *passim*; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 114 ss.; M. BIANCA, *La buona fede nei rapporti familiari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 910 ss.; N. CIPRIANI, *Buona fede e interpretazione*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, a cura di F. Ricci, Milano, 2018, 407 ss.; G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 716 ss.; G. VILLANACCI, *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Torino, 2020, 76 ss.

⁴⁷ Così, F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 447.

⁴⁸ Per uno studio particolarmente attento al bilanciamento tra principi, interessi e valori, si legga G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., 95 ss.

Sul tema del bilanciamento, si confrontino, inoltre: E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 23 ss.; G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, cit., 716 ss.



venga meno, a ragione della sopravvenuta incapacità di uno dei contraenti, l'elemento personale e fiduciario sottostante; dall'altro lato, quello diretto a impedire che, dall'improvviso scioglimento del contratto, possa derivare nocimento per le esigenze sostanziali, al cui soddisfacimento siano dirette le attività affidate al mandatario, come è a dirsi, a titolo di esempio, nei casi del mandato conferito per il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa [art. 1722, n. 4), ult. parte, cod. civ.] o del mandato «*in rem propriam*» (art. 1723, comma 2, cod. civ.)⁴⁹.

Infine, si osserva: l'art. 1722, n. 4), cod. civ. racchiude una norma insuscettibile di interpretazione estensiva, al di fuori dei casi ivi espressamente contemplati, nonché di applicazione analogica⁵⁰; conclusione, questa, imposta, altresì, dal principio generale, compendiato nell'art. 1372, comma 1, cod. civ., a mente del quale, il contratto non si scioglie che «per cause ammesse dalla legge»⁵¹.

Si ritiene, non di meno, che l'art. 1722, n. 4), cod. civ. consegna una norma derogabile dai contraenti, con la conseguenza che essi potranno prevedere, a titolo di esempio, la continuazione del mandato, anche in ipotesi di sopravvenuta incapacità di uno di loro⁵², fermo restando che, naturalmente, le eventuali deroghe pattizie al regime legale, previsto dalla norma in esame, dovranno comunque soggiacere alle disposizioni e ai limiti inderogabili, stabiliti, dall'ordinamento giuridico, a tutela degli incapaci (artt. 343 ss. cod. civ.)⁵³.

5. – Sulla specifica questione, se l'attivazione dell'amministrazione di sostegno abbia efficacia estintiva, oppure no, rispetto al mandato e alla procura, eventualmente conferiti dal beneficiario della misura di protezione, prima che la misura gli fosse applicata, non sono mancate occasioni, alla giurisprudenza, di pronunziarsi.

Merita di essere anzitutto richiamato, data la sua stretta attinenza al tema in esame, un noto decreto del giudice tutelare presso il Tribunale di Genova, il quale ha perentoriamente escluso che la nomina di un amministratore di sostegno possa comportare, di per sé, l'automatica estinzione del mandato e della procura, ai sensi dell'art. 1722, n. 4), cod. civ., sul rilievo che la relativa norma sarebbe applicabile soltanto ai casi, ivi espressamente menzionati, dell'interdizione e dell'inabilitazione, e non potrebbe quindi essere estesa, neppure per via analogica, all'amministrazione di sostegno, fatta salva, in ogni caso, la possibilità, per il giudice tutelare, di disporre l'estensione, al beneficiario di amministrazione di sostegno, in virtù dell'art. 411, ultimo comma, cod. civ.⁵⁴.

⁴⁹ Si esprime, in questi termini, F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 447.

⁵⁰ Così, F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 447.

Al riguardo, si veda, altresì, A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 440.

Nel senso che la sopravvenuta incapacità naturale del mandante o del mandatario non rientrerebbe, di per sé, nel novero delle cause estintive del mandato, si vedano: P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1952, 201; M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, cit., 184.

⁵¹ Si esprime, in questi termini, A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 440 ss.

⁵² Sul punto, cfr. A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 450.

⁵³ Così, F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 448.

Sulla protezione degli incapaci, si legga anche l'importante contributo di P. PERLINGIERI, *Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'andiccappato psichico permanente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 46 ss.

⁵⁴ Si veda, in questi termini, Trib. Genova, 25 ottobre 2015, consultabile sul sito: www.agasge.it.

Codesto provvedimento, in dichiarata conformità ad altre, precedenti, pronunzie (Trib. Rieti, 21 gennaio 2006; Trib. Novara, 27 marzo 2012), ha esteso, al beneficiario di amministrazione di sostegno, gli effetti previsti dall'art. 1722, n. 4), cod. civ. e, di conseguenza, ha dichiarato estinto il mandato con rappresentanza, dallo stesso anteriormente conferito in favore del figlio.



Riconosciuto il pregio di codesto provvedimento, desta sicuramente maggiore clamore, non di meno, per ovvie ragioni, una recente pronunzia della Suprema Corte di Cassazione⁵⁵, anch'essa intervenuta proprio sul rapporto tra la nomina di un amministratore di sostegno e il conferimento di mandato e procura nel tempo antecedente alla nomina medesima; ciò, a testimonianza, ancora una volta, dello spiccato interesse, non solo teorico, ma anche pratico, rivestito dal tema in esame.

La vicenda, sottoposta all'attenzione del Supremo Collegio, può essere così riassunta: (i) Caia, tramite procura generale, rilasciata *a latere* di un mandato con rappresentanza, ha affidato la gestione dei propri interessi al fratello Tizio; (ii) nonostante la presenza di detta procura generale, è stata successivamente istituita, in favore della medesima Caia, l'amministrazione di sostegno, ed è stato nominato, quale suo amministratore di sostegno, l'avvocato Sempronio, quindi persona diversa dal fratello, procuratore generale, Tizio; (iii) il quale, di conseguenza, ha impugnato la nomina di Sempronio, adducendo che la designazione, come amministratore di sostegno, di persona diversa dal procuratore generale, senza alcun provvedimento in ordine alla procura sottostante, fosse illegittima, in quanto diretta ad abilitare, appunto, persona diversa dal procuratore generale, a compiere gli stessi atti al medesimo affidati.

La Suprema Corte di Cassazione, nella pronunzia richiamata, ha affermato, senza alcuna esitazione, che la nomina di un amministratore di sostegno non venga punto preclusa dalla circostanza che sia stato in precedenza designato un rappresentante volontario, dal momento che il conferimento della rappresentanza volontaria presuppone la pienezza della capacità di agire, la quale può essere limitata, nel momento in cui il soggetto non sia più in grado di gestire adeguatamente i propri interessi⁵⁶.

In detta ipotesi, ovverosia quando sia già stato nominato un rappresentante volontario, il giudice tutelare, secondo il Supremo Collegio, dovrà valutare attentamente, nell'esclusivo interesse del beneficiario di amministrazione di sostegno, se affidare l'ufficio di amministratore di sostegno alla medesima persona, già investita della rappresentanza volontaria, oppure a persona diversa, motivando, però, in tale, ultimo, caso, le ragioni della diversa scelta⁵⁷.

Ad avviso della Corte, pertanto, successivamente alla nomina di un amministratore di sostegno, al quale siano stati conferiti poteri di rappresentanza o di assistenza, il mandatario *ex contractu* decadrà dalle funzioni privatistiche attribuitegli dal mandante e la procura, rilasciata *a latere* del mandato, perderà di valore, specialmente se essa riguardi quegli stessi atti, per i quali siano state estese, al beneficiario di amministrazione di sostegno, le limitazioni previste per l'interdetto o per l'inabilitato⁵⁸.

In definitiva, secondo la Corte di Cassazione, qualora il mandante divenga beneficiario di amministrazione di sostegno e perda la capacità di compiere gli atti per i quali rilasciò procura, il mandato si estinguerà, fatta salva l'ipotesi in cui sia stato conferito anche per gli atti, in relazione ai quali il beneficiario della misura di protezione abbia conservato la capacità di agire⁵⁹.

In base al *decisum* del Supremo Collegio, infatti, l'art. 1722, n. 4), cod. civ. – a mente del quale, il mandato si estingue per l'interdizione o per l'inabilitazione del mandante – nulla disporrebbe, per il caso in cui il mandante sia sottoposto ad amministrazione di sostegno, soltanto «per un difetto di coordinamento»⁶⁰.

⁵⁵ Mi riferisco a Cass. civ., 8 febbraio 2024, n. 3600, cit.

⁵⁶ In questi termini, si veda Cass. civ., 8 febbraio 2024, n. 3600, cit.

⁵⁷ Così, Cass. civ., 8 febbraio 2024, n. 3600, cit., secondo la quale, nella fattispecie in esame, Tizio, fratello e rappresentante volontario di Caia, è stato ritenuto inidoneo a ricoprire l'incarico di amministratore di sostegno, con motivazione congrua e, comunque, insindacabile in sede di legittimità.

⁵⁸ Cass. civ., 8 febbraio 2024, n. 3600, cit.

⁵⁹ Cfr., ancora, Cass. civ., 8 febbraio 2024, n. 3600, cit.

⁶⁰ Si esprime, in questi termini, Cass. civ., 8 febbraio 2024, n. 3600, cit., per la quale: «è evidente che nessuna procura può conti-



Occorre osservare, infine, che la Suprema Corte di Cassazione è pervenuta a conclusioni pressoché identiche, anche nel contesto di altra, recentissima, pronunzia, di poco successiva a quella finora esaminata⁶¹.

Si avverte la sensazione, pertanto, che si assisterà al progressivo consolidamento, per via giurisprudenziale, del principio, in base al quale, il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno deprivi di efficacia il mandato e la procura anteriori, quanto meno nella misura in cui, detti negozi, riguardino atti, il cui compimento sia stato precluso al beneficiario dello strumento di protezione.

6. – A mio avviso, la Corte di cassazione, nei recenti provvedimenti dianzi richiamati⁶², ha sì risolto correttamente il problema, epperò non ha adeguatamente motivato i passaggi, logici e giuridici, che l'hanno condotta alla soluzione.

In altri termini, benché il risultato, al quale è giunta la Corte, appaia corretto, esso non si rivela comunque pienamente soddisfacente, in quanto la Corte, forse per eccesso di sintesi, non è stata in grado di giustificare, in modo esaustivo, i mezzi, attraverso i quali vi sia approdata.

Non mi pare punto condivisibile l'affermazione, secondo la quale, l'art. 1722, n. 4), cod. civ. non preveda l'estinzione del mandato, anche in conseguenza dell'ammissione del mandante al beneficio dell'amministrazione di sostegno, solo «per un difetto di coordinamento»⁶³.

Come già rimarcato⁶⁴, infatti, il beneficiario di amministrazione di sostegno, a differenza dell'interdetto giudiziale e dell'inabilitato, «conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno», oltre che per quelli necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana (art. 409 cod. civ.)⁶⁵.

A ben vedere, dunque, l'art. 1722, n. 4), cod. civ., rigorosamente circoscritto all'interdizione e all'inabilitazione, potrebbe essere esteso all'amministrazione di sostegno, soltanto se la sua applicazione sia espressa-

nuare ad avere effetto nel momento in cui, limitandosi la capacità di agire del mandante, è nominato un rappresentante legale in persona diversa dal rappresentante volontario».

⁶¹ Si veda Cass. civ., 10 giugno 2024, n. 16052, in *One Legale*, secondo la cui pronunzia, in tema di amministrazione di sostegno, la procura, mediante la quale il beneficiario, prima della nomina dell'amministratore, abbia conferito, a quest'ultimo o a un terzo, poteri di rappresentanza, diviene inefficace, ex art. 1722 cod. civ., con riguardo ai soli atti rispetto ai quali il giudice tutelare abbia esteso, al beneficiario, le restrizioni e le decadenze stabilite, dalla legge, per l'interdetto e per l'inabilitato, in quanto lo scopo della norma è di affermare che nessuna procura volontaria può continuare ad avere effetto, nel momento e nella misura in cui si limiti la capacità di agire del mandante.

Conclusione, questa, che, ad avviso della Corte, varrebbe, non solo nel caso in cui sia nominata, come amministratore di sostegno, persona diversa dal precedente rappresentante volontario, ma anche in quello in cui sia nominata la stessa persona, la quale, in tale evenienza, trarrà la fonte dei suoi poteri, non più dalla procura, bensì dal decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno, entro il perimetro ivi tracciato e con i limiti ivi imposti, come è a dirsi, a titolo di esempio, per l'obbligo di richiedere, per il compimento di alcuni atti, la preventiva autorizzazione del giudice tutelare.

⁶² Si vedano: Cass. civ., 8 febbraio 2024, n. 3600, cit.; Cass. civ., 10 giugno 2024, n. 16052, cit. Cfr., *supra*, § 5.

⁶³ Si esprimono, in questi termini: Cass. civ., 8 febbraio 2024, n. 3600, cit.; Cass. civ., 10 giugno 2024, n. 16052, cit.

⁶⁴ V., più a fondo, *supra*, § 2.

⁶⁵ Sul punto, si veda G. BONILINI, *Introduzione*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 34 ss.

V., inoltre: E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, cit., 67 ss.; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit., 31; A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, cit., 152 ss.; P. CENDON, voce *Amministrazione di sostegno. Profili generali*, cit., 21 ss.; R. CATERINA, *Le persone fisiche*, cit., 83 ss.

Cfr., altresì, F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 450.



mente richiamata dal giudice tutelare, ai sensi dell'art. 411, ultimo comma, cod. civ., sicché non si può genericamente sostenere che sussista un difetto di coordinamento tra disposizioni.

A tacer d'altro, poi, come già rammentato⁶⁶, l'art. 1722, n. 4), cod. civ. racchiude una norma insuscettibile di interpretazione estensiva e di applicazione analogica⁶⁷, con la conseguenza che le fattispecie estintive, ivi previste, non si prestino a essere estese, *tout court*, al diverso caso dell'amministrazione di sostegno⁶⁸.

Di conseguenza, in linea di principio, mi pare che si possa piuttosto affermare che, in mancanza di un'espressa statuizione in tal senso da parte del giudice tutelare, l'estinzione del mandato e della procura non sia un'implicita, necessaria, diretta, conseguenza dell'apertura dell'amministrazione di sostegno⁶⁹.

Al riguardo, è stato anche efficacemente osservato, invero, come il giudice tutelare, nell'esercizio della propria discrezionalità, ben possa disporre che il mandato, conferito dall'infermo quando questi era ancora nel pieno della propria capacità, non si estingua, *ex art. 1722, n. 4)*, cod. civ., affidando, eventualmente, all'amministratore di sostegno, il compito di esercitare i diritti del mandante, beneficiario della misura di protezione⁷⁰.

Non di meno, ove il giudice tutelare non ne abbia direttamente disposto la caducazione⁷¹, oppure non abbia esteso, al beneficiario di amministrazione di sostegno, *ex art. 411, ultimo comma, cod. civ.*, l'effetto estintivo, contemplato dall'art. 1722, n. 4), cod. civ., il mandato e la procura, dallo stesso rilasciati nel tempo antecedente alla concessione della misura di protezione, non si estingueranno, ma subiranno, tutt'al più, un restringimento, una "compressione", agli atti non affidati all'amministratore di sostegno⁷²; vale a dire, permarranno in vigore, limitatamente agli atti che non richiedano la rappresentanza esclusiva, o l'assistenza necessaria, dell'amministratore di sostegno⁷³, onde sia evitata la sovrapposizione, di mandato e procura, ai poteri dell'amministratore medesimo⁷⁴.

Soluzione, quest'ultima, alla quale sembra essere pervenuta, seppure in modo affrettato, nelle pronunzie *supra* richiamate⁷⁵, anche la Suprema Corte di cassazione, dove ha stabilito, appunto, che il mandato non si estingua, e quindi permanga in vita, nella parte in cui sia stato conferito anche per gli atti, in relazione ai quali il beneficiario di amministrazione di sostegno abbia conservato la capacità di agire e, per ciò, non abbisogni del supporto dell'amministratore.

⁶⁶ V., *supra*, § 4.

⁶⁷ Così, F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 447.

In tema, si veda, inoltre, A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 440.

⁶⁸ Giova richiamare, sul punto, Trib. Genova, 25 ottobre 2015, cit.

⁶⁹ In proposito, v. anche G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 503.

⁷⁰ In questi, chiari, termini, si veda G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 503 ss.

⁷¹ A titolo di esempio, imponendo la revoca del mandato e della procura da parte dell'amministratore di sostegno, oppure comprendendo, tali atti, fra quelli che il beneficiario di amministrazione di sostegno non possa compiere.

⁷² Si confronti, in tal senso, G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 504.

⁷³ A titolo di esempio, nell'eventualità in cui il beneficiario di amministrazione di sostegno, prima dell'apertura della misura di protezione, abbia conferito procura speciale, a un dato soggetto, per la vendita di un determinato bene immobile, e tale, specifica, attività non sia stata poi affidata all'amministratore di sostegno, individuato in persona diversa dal procuratore speciale, la procura potrà permanere in vigore, anche a séguito dell'attivazione dello strumento di protezione, non determinandosi, in codesta evenienza, alcuna sovrapposizione di poteri.

⁷⁴ Si veda G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 504.

⁷⁵ Cass. civ., 8 febbraio 2024, n. 3600, cit.; Cass. civ., 10 giugno 2024, n. 16052, cit. V., *supra*, § 5.



Orbene, codesta soluzione, sebbene – giova ripeterlo – non sia stata motivata in modo esauriente, mi pare corretta e meritevole di condivisione, soprattutto per due, ulteriori, ragioni, inesprese nei provvedimenti del Supremo Collegio.

Anzitutto, perché la nomina di un amministratore di sostegno, specialmente quando gli siano attribuiti poteri di rappresentanza, è incompatibile con la precedente nomina di un rappresentante volontario, sicché non potrà che determinare – già solo per il principio, logico e giuridico, di incompatibilità⁷⁶ – il restringimento, l’“affievolimento”, del mandato e della procura anteriori, agli atti non affidati all’amministratore di sostegno.

Inoltre, mi sembra qui pertinente anche il richiamo alla norma racchiusa nell’art. 1724 cod. civ., in virtù della quale, la nomina di un «nuovo mandatario» per lo stesso affare importa revoca del mandato.

Ebbene, se la nomina di un «nuovo» rappresentante volontario, qual è il mandatario con rappresentanza, determina la revoca del mandato, *a fortiori*, anche la nomina di un «nuovo» rappresentante legale, qual è l’amministratore di sostegno con funzioni di rappresentanza, non potrà che svigorire, nel senso anzidetto, il precedente mandato e l’eventuale procura, rilasciata *a latere* del medesimo.

A mio parere, peraltro, *in subiecta materia*, si dovrebbe sempre operare una distinzione, a seconda che il soggetto – il quale abbia affidato ad altri la gestione dei propri interessi, tramite mandato e procura – divenga successivamente affetto da una mera infermità fisica oppure da un’infermità, altresì, psichica.

Nel caso di mera infermità fisica, mi pare che l’amministrazione di sostegno non possa essere aperta, in quanto essa, in codesta evenienza, avrebbe una funzione di mero supporto, già di per sé assolta dal mandato e dalla procura sottostanti; inoltre, in tale ipotesi, il soggetto conserverebbe, senza dubbio, la capacità di agire e, quindi, la possibilità di revocare, in ogni tempo, i negozi gestori d’anzi posti in essere⁷⁷.

Del resto, è stato puntualmente precisato, anche dalla migliore dottrina, che «il soggetto perfettamente *compos sui*, il quale predilige il mandato, e il conferimento di procura a persona di propria elezione, seppur scelta al di fuori della cerchia familiare, non può correre il rischio di vedersi imposta l’amministrazione di sostegno, giacché difetta, in codesta ipotesi, il presupposto logico-giuridico di applicazione dell’amministrazione di sostegno»⁷⁸.

Nel caso di infermità, altresì, psichica, invece, mi pare che l’amministrazione di sostegno possa essere aperta, oltre che per le ragioni già ricordate, anche in considerazione del fatto che, in tale circostanza, il soggetto sarebbe privato, con ogni probabilità, della capacità di agire e, di conseguenza, se non fosse possibile attivare l’intervento di sostegno, perderebbe la possibilità di revocare, *sine die*, il mandato e la procura anteriormente conferiti, rimanendone sostanzialmente “prigioniero”.

L’amministrazione di sostegno, peraltro, può ben essere disposta, a mio avviso, anche nell’eventualità in cui il mandato e la procura prevedano, come non di rado accade nella prassi negoziale, una clausola, per così dire, di ultrattività, per il caso di sopravvenuta incapacità del mandante⁷⁹.

In detta ipotesi, il giudice tutelare, al più, designerà, come amministratore di sostegno, il rappresentante

⁷⁶ Al riguardo, v., di recente, M. BOSELLI, *La volontà incompatibile*, Napoli, 2024, *passim*.

⁷⁷ Sulla revoca degli atti in generale, si vedano, almeno: SALV. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935 (ristampa, Napoli, 1980), *passim*; SALV. ROMANO, voce *Revoca (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, Torino, s. d., ma 1968, 809 ss.; L. FERRI, voce *Revoca in generale (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, s. d., ma 1989, 198 ss.; M. COSTANZA, voce *Revoca*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. XVII, Torino, 1998, 335 ss.

⁷⁸ Si esprime, in questi termini eloquenti, G. BONILINI, *Le norme applicabili all’amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell’amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 504.

⁷⁹ Non è infrequente, invero, che, al mandato e alla procura, si accompagni la seguente, esemplificativa, previsione: «la procura si intende conferita anche in previsione della propria, futura, incapacità e resterà valida anche nel caso in cui al mandante venga nominato un amministratore di sostegno, salva diversa disposizione del giudice tutelare».



volontario, potendo nominare un amministratore di sostegno diverso soltanto in presenza di «gravi motivi», sempre che il mandato e la procura siano vestiti con atto pubblico o con scrittura privata con sottoscrizione autenticata; vale a dire, con la forma prescritta, per l'atto di designazione⁸⁰, dall'art. 408, comma 1, cod. civ.⁸¹.

Onde sia fornita una compiuta visione d'insieme, è d'uopo porre in luce, altresì, come, secondo autorevole dottrina, quando sul beneficiario di amministrazione di sostegno gravi un obbligo gestorio derivante da precedente contratto di mandato, l'art. 1722, n. 4), cod. civ. dovrà considerarsi applicabile al rapporto contrattuale, ove l'oggetto dell'amministrazione sia determinato attraverso il riferimento a una categoria di atti, la quale appaia comprensiva dell'operazione, al cui compimento, il beneficiario di amministrazione di sostegno, sia tenuto sulla base del mandato⁸².

Giova anche accennare, infine, alla questione relativa agli effetti dell'amministrazione di sostegno sulla procura alle liti, eventualmente conferita dal beneficiario della misura di protezione, prima della relativa istituzione⁸³.

Riguardo a tale questione – data la sua, sicura, maggiore, attinenza al diritto processuale – mi limiterò qui a osservare, in estrema sintesi, che: (i) le limitazioni della capacità processuale, del beneficiario di amministrazione di sostegno, come quelle relative alla capacità di agire, opereranno soltanto in relazione agli atti, i quali richiedano, in base al decreto del giudice tutelare, la rappresentanza esclusiva, o l'assistenza necessaria, dell'amministratore di sostegno (art. 409 cod. civ.), sicché, al di fuori di codesti atti, il beneficiario della misura di protezione conserverà la capacità processuale, *ex art. 75 cod. proc. civ.*⁸⁴; (ii) pertanto, ove la procura

⁸⁰ In generale, riguardo all'atto di designazione, si legga il pregevole contributo di L. GHIDONI, *Le designazioni di diritto privato*, Napoli, 2020, *passim*.

Per alcune, peculiari, fattispecie di designazione, v., inoltre: G. BONILINI, *Designazione d'esecutore testamentario e assenza di disposizioni da eseguire*, in *Studium iuris*, 2003, 712 ss.; G. BONILINI, *La designazione dell'amministratore di sostegno*, in *Studium iuris*, 2004, 1051 ss.

⁸¹ Sulla forma della designazione dell'amministratore di sostegno e sui poteri del giudice tutelare riguardo alla designazione medesima, si veda, per tutti, G. BONILINI, *L'amministratore di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 287 ss.

Quanto alla forma dei negozi in generale, è doveroso il richiamo a: N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, *passim*; R. GUASTINI, *In tema di libertà delle forme*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, 539 ss.; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, *passim*.

Sul tema, si vedano, inoltre: A.P. SCARSO, *In tema di conclusione di contratti per i quali sia prevista la forma scritta ad substantiam*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 196 ss.; S. DELLE MONACHE, *Questioni in tema di forma dell'electio amici e dell'accettazione del terzo nel contratto per persona da nominare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 645 ss.; M. CONFORTINI, *Forma scritta e mutamento di destinazione*, in *Rass. delle locazioni e del condominio*, 2004, 261 ss.; F. ADDIS, *La forma*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, a cura di G. Amadio e F. Macario, vol. I, *Parte generale. Le obbligazioni. Il contratto. Il fatto illecito e le altre fonti dell'obbligazione*, Bologna, 2014, 618 ss.; G. VILLANACCI, *Al tempo del neoformalismo giuridico*, Torino, 2016, *passim*.

⁸² Al riguardo, si veda G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 504.

V., inoltre, nel medesimo senso, S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit., 54.

⁸³ Per un esame più esaustivo della questione, si rinvia a F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 454 ss.

⁸⁴ Sul punto, si veda G. BONILINI, *Capacità del beneficiario di amministrazione di sostegno e compiti dell'amministratore di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 383.

V., inoltre, F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 458.

La giurisprudenza, peraltro, ha chiarito che il beneficiario di amministrazione di sostegno abbia autonoma legittimazione processuale, non soltanto ai fini dell'apertura dell'amministrazione di sostegno (art. 406, comma 1, cod. civ.), ma anche per proporre reclamo nei confronti dei decreti del giudice tutelare, emessi nel corso della procedura, essendo necessarie, invece, l'assistenza dell'amministratore e la previa autorizzazione del giudice tutelare, solo per instaurare giudizi nei confronti di terzi estranei; in questi



alle liti abbia, a suo oggetto, materie o atti, per i quali il beneficiario dello strumento di protezione abbia conservato la capacità processuale, essa non sarà menomamente scalfita dall'amministrazione di sostegno; (iii) diversamente, ove la procura alle liti riguardi materie o atti, in relazione ai quali il beneficiario di amministrazione di sostegno abbia perduto la capacità processuale, essa conserverà i propri effetti, finché il procuratore non dichiarerà, in giudizio, l'avvenuta nomina, in favore della parte che rappresenta, di un amministratore di sostegno, determinando, così, l'interruzione del processo (art. 300 cod. proc. civ.)⁸⁵.

È prassi invalsa, non di meno, che il giudice tutelare, su richiesta del ricorrente, nel decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno o in un successivo provvedimento, disponga che l'amministratore di sostegno revochi le procure alle liti, in precedenza conferite dal beneficiario della misura di protezione, se le medesime non rispondano più al suo interesse; tanto più, ove l'incarico di amministratore di sostegno sia stato conferito a un avvocato, il quale potrebbe essere autorizzato a stare in giudizio personalmente, ai sensi dell'art. 86 cod. proc. civ., senza necessità che gli venga conferita la procura alle liti, atteso che la rappresentanza sostanziale, attribuitagli con il decreto di nomina, racchiude, altresì, il potere di agire, o di resistere, in giudizio per la tutela delle sottostanti ragioni⁸⁶.

7. – Il rapporto tra la nomina di un amministratore di sostegno e il conferimento di mandato e procura – da parte del beneficiario della misura di protezione – nel tempo antecedente alla nomina medesima, non trova disciplina all'interno del codice civile.

Al lume di quanto finora esposto, risulta, intuitivamente, molto difficoltoso stabilire, *a priori*, in modo astratto, univoco e generalizzato, quale sia la sorte del mandato e della procura, in conseguenza dell'apertura dell'amministrazione di sostegno, riducendosi, il problema, a ben vedere, a una questione di individuazione del perimetro di delimitazione della capacità di agire del beneficiario dello strumento di protezione.

Problema, questo, che meriterà, dunque, una soluzione tagliata sul caso concreto e che non potrà punto prescindere dall'esame dello «statuto personalizzato» del beneficiario di amministrazione di sostegno, di volta in volta cucitogli su misura dal giudice tutelare, nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno o in un successivo provvedimento.

termini, si veda, almeno, Cass. civ., 27 febbraio 2020, n. 5380, in *Fam. e dir.*, 2020, 802 ss., con nota di M. GIORGETTI, *Sulla legittimazione processuale dei beneficiari dell'amministrazione di sostegno*.

In tema, cfr., inoltre, di recente, Cass. civ., 27 maggio 2024, n. 14681, in *One Legale*, ad avviso della quale, l'assistenza dell'amministratore di sostegno non esclude che il beneficiario della misura di protezione possa promuovere personalmente un giudizio, se ciò non sia espressamente escluso dal decreto di nomina; tuttavia, anche questa facoltà può essere esclusa, oppure è possibile stabilire che, quando l'amministratore di sostegno ritenga necessario promuovere un giudizio, anche in dissenso dal beneficiario, l'amministratore non possa procedervi, a meno che non sia autorizzato dal giudice tutelare, ex artt. 374 e 410 cod. civ., perché il decreto di nomina non può prevedere, in favore dell'amministratore di sostegno, un'autorizzazione generale a promuovere giudizi; di qui, la conclusione, secondo la quale, per promuovere procedimenti giudiziari *ex novo*, successivi all'apertura dell'amministrazione di sostegno, ove il beneficiario della misura non possa procedere in proprio per le specifiche limitazioni impostegli, l'amministratore deve munirsi dell'autorizzazione del giudice tutelare.

⁸⁵ In tal senso, si veda F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 457 ss., spec. 459, il quale precisa, in ogni caso, che la regola dell'ultrattività della procura, stabilita dall'art. 300 c.p.c., si applica unicamente in pendenza del giudizio.

⁸⁶ Al riguardo, v. F.A. MONCALVO, *Se, quale conseguenza dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, si determini l'estinzione del mandato, giusta la norma racchiusa nell'art. 1722, n. 4), cod. civ.*, cit., 459.

Per la giurisprudenza, cfr., almeno, Cass. civ., 6 marzo 2019, n. 6518, in *One Legale*.

Nel senso che l'amministratore di sostegno, entro i confini delle sue attribuzioni, possa proporre domanda congiunta di divorzio, v. Trib. Modena, 26 ottobre 2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 275 ss., con nota di F. ANELLI, *La separazione e il divorzio dell'infermo di mente*.



Riassuntivamente, quando venga istituita l'amministrazione di sostegno, là dove il suo beneficiario abbia in precedenza rilasciato ad altri mandato e procura, si potranno prospettare, a titolo di esempio, i seguenti, differenti, scenari: (i) il giudice tutelare potrà disporre che il mandato e la procura non si estinguano, *ex art.* 1722, n. 4), cod. civ., affidando, eventualmente, all'amministratore di sostegno, il compito di esercitare i diritti del mandante, beneficiario della misura di protezione⁸⁷; (ii) il giudice tutelare potrà privare di efficacia il mandato e la procura: vuoi ordinandone la revoca da parte dell'amministratore di sostegno; vuoi precludendo, espressamente, al beneficiario di amministrazione di sostegno, il compimento di tali atti, *ex artt.* 405, 407 e 409 cod. civ.; vuoi estendendogli – a norma dell'art. 411, ultimo comma, cod. civ. – l'effetto estintivo, contemplato, per l'interdizione e per l'inabilitazione, dall'art. 1722, n. 4), cod. civ.; in codeste ipotesi, il giudice tutelare, verisimilmente, designerà, come amministratore di sostegno, il rappresentante volontario, qualora il mandato e la procura siano vestiti con atto pubblico o con scrittura privata con sottoscrizione autenticata e possano quindi valere come formale designazione, ai sensi dell'art. 408, comma 1, cod. civ.⁸⁸; (iii) ove il giudice tutelare nulla abbia disposto, invece, circa la sorte del mandato e della procura, i medesimi non si estingueranno, ma subiranno, al più, un restringimento, quanto all'oggetto, agli atti non affidati all'amministratore di sostegno⁸⁹; in altri termini, permarranno in vigore limitatamente agli atti, in relazione ai quali il beneficiario di amministrazione di sostegno abbia eventualmente conservato la capacità di agire⁹⁰.

In ogni modo, affinché siano ridotte al minimo le incertezze interpretative in materia, nei casi di insorgenza dell'amministrazione di sostegno, si rivela intuitiva, per non dire scontata, l'opportunità che il giudice tutelare, nel relativo decreto di istituzione o in un successivo provvedimento, come del resto spesso accade nella prassi giudiziaria⁹¹, prenda netta posizione sul mandato e sulla procura eventualmente pendenti in quel momento, decidendo, appunto, in via alternativa: di coordinarne gli effetti con i compiti affidati all'amministratore di sostegno; di imporne la revoca da parte dell'amministratore medesimo; di comprendere il mandato e la procura fra gli atti che il beneficiario di amministrazione di sostegno non possa compiere; di stabilirne l'estinzione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 411, ultimo comma, e 1722, n. 4), cod. civ.⁹².

Nella cornice testé tratteggiata, non di meno, sarebbe altresì auspicabile, *de iure condendo*, un intervento del legislatore, se non diretto a regolamentare espressamente la sorte del mandato e della procura, a seguito della nomina di un amministratore di sostegno, quanto meno volto a introdurre, anche nel nostro ordinamento giuridico, in conformità a quanto già da tempo invoca autorevole dottrina⁹³, strumenti negoziali idonei a ovviare al problema, come potrebbe essere, a titolo di esempio, la così detta «procura in previsione dell'incapacità», per mezzo della quale, ciascun soggetto possa, non soltanto designare il proprio amministra-

⁸⁷ Sul punto, cfr., almeno, G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 503 ss.

⁸⁸ Naturalmente, se il mandato e la procura non siano vestiti con atto pubblico o con scrittura privata con sottoscrizione autenticata, oppure se sussistano «gravi motivi», il giudice tutelare, con decreto motivato, potrà designare un amministratore di sostegno diverso dal rappresentante volontario (art. 408, comma 1, cod. civ.).

⁸⁹ In tal senso, si veda G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 504.

⁹⁰ Come stabilito, a titolo di esempio, dalle seguenti, recenti, pronunzie: Cass. civ., 8 febbraio 2024, n. 3600, cit.; Cass. civ., 10 giugno 2024, n. 16052, cit., V., *supra*, § 5.

⁹¹ Cfr., sempre a mero titolo esemplificativo, Trib. Genova, 25 ottobre 2015, cit., nella cui pronunzia sono richiamati, altresì: Trib. Rieti, 26 gennaio 2006; Trib. Novara, 27 marzo 2012. V., *supra*, § 5.

⁹² Al riguardo, v., almeno, G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 504.

⁹³ In proposito, si veda G. BONILINI, *Introduzione*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 49 ss., *ivi*, numerosi richiami.



JUS CIVILE

tore di sostegno, ma anche delimitarne i poteri⁹⁴; oppure, ancora, un intervento legislativo, orientato a consentire il rilascio di procure, secondo testi controllati dal giudice, a persone di fiducia, poi tenute al rendiconto⁹⁵.

Soluzioni, queste ultime, seppure meramente esemplificative, che, in definitiva, limiterebbero il ricorso all'amministrazione di sostegno e varrebbero a prevenire o, comunque, a diminuire le frequenti sovrapposizioni, di mandato e procura, ai poteri dell'amministratore di sostegno.

⁹⁴ Così, G. BONILINI, *Introduzione*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 49 ss.

⁹⁵ Lo spunto di riflessione è fornito da G. BONILINI, *Introduzione*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, cit., 39.

Sull'obbligazione di rendiconto in generale, giova richiamare la densa opera di L. GHIDONI, *L'obbligazione di rendere il conto*, Napoli, 2018, *passim*.



CORTE EDU, SEZ. V, 15 FEBBRAIO 2024, (REQUÊTE NO. 14157/18)

La Corte EDU da un lato, non riconosce l'esistenza di un diritto generale e incondizionato dei figli ad ereditare una parte del patrimonio dei loro genitori, anche se ha ammesso il posto attribuito alla riserva ereditaria nell'ordinamento giuridico interno della maggioranza degli Stati contraenti, e, dall'altro, nel caso di specie, ha verificato che i ricorrenti non si trovassero in una situazione di precarietà economica o di bisogno prima di escludere l'eccezione di ordine pubblico internazionale, la quale opera come limite generale all'ingresso, nell'ordinamento interno, di disposizioni normative o provvedimenti provenienti da ordinamenti stranieri.

IVAN LIBERO NOCERA

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Bergamo

ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE E SUCCESSIONE NECESSARIA: NOTA SULLE NOTE DEL “TEMA DI LARA”

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione della réserve nel Code civil. – 3. La fattispecie al centro della controversia. – 4. Regolamento UE sulla successione transfrontaliera e ordine pubblico internazionale. – 5. Il criterio della “residenza abituale” al fine di individuare la lex successiois. – 6. La conclusione della Corte EDU e riflessi sul nostro ordinamento. – 7. Riflessioni conclusive.

1. – Rare volte accade che da un capolavoro della letteratura si riesca a trarre un film di altrettanto successo. “Il dottor Živago”, tratto dal libro di Boris Pasternak, premio Nobel nel 1958, rappresenta un esempio di tale felice combinazione. La pellicola con Omar Sharif del 1965, vincitrice di cinque Oscar, è rimasta nella memoria anche per la sua colonna sonora con il celebre “Tema di Lara” di Maurice Jarre, con il suo crescendo orchestrale e l'accompagnamento di ventidue balalaike.

Come la trama de “Il dottor Živago” è fortemente intrecciata alla tragica storia della guerra civile sovietica e alla vita di Pasternak, perseguitato dal regime sovietico, anche la pronuncia che si commenta è fortemente legata sia all'evoluzione storica del diritto successorio sia alle vicende personali del *de cuius*, proprio quel Maurice Jarre autore della colonna sonora del film.

La sentenza della Corte EDU, sez. V, 15 febbraio 2024¹ è di particolare momento in quanto per la prima volta la Corte si sofferma sul rapporto tra successione necessaria, segnatamente il diritto alla quota di legittima, e ordine pubblico internazionale.

¹ Disponibile al sito internet <https://hudoc.echr.coe.int>.



2. – Il *Code civil* francese – il cui impianto originario era stato mutuato in toto dal Codice italiano del 1865 – costituisce l'archetipo del principio di uguaglianza tra gli eredi per il quale «les descendants ont un droit égal sur les biens de leurs ascendants»², portato dalla Rivoluzione francese.

L'impatto di tale innovazione sull'assetto sociale dell'epoca è stato efficacemente sintetizzato da Francesco Galgano secondo il quale «molti pensano che a decapitare la nobiltà francese sia stata la ghigliottina [ma] il vero patibolo fu eretto nel 1804, occultato sotto le cartacee sembianze del *code Napoléon*. La sentenza di morte fu eseguita, senza rullar di tamburi, da queste dieci parole recitate dall'art. 742: l'eredità si divide in parti uguali fra i discendenti»³.

Nell'ordinamento francese il legittimario gode di una tutela forte derivante dalla natura della legittima come quota di eredità⁴, la cui estensione, stabilita dall'art. 913 cod. civ., limita notevolmente la quota disponibile. Invero, è previsto che la *réserve* ammonti alla metà dell'eredità qualora il *de cuius* lasci un solo figlio, a due terzi dell'eredità se il defunto lascia due figli e a tre quarti dell'eredità qualora il defunto lasci tre o più figli.

Negli ultimi vent'anni la *réserve* ha subito importanti revisioni nel senso di una più accentuata sensibilità verso la promozione dell'autonomia negoziale in ambito successorio: a partire dalla legge n. 2006-728 del 23 giugno 2006 “portant réforme des successions et des libéralités”, l'ordinamento francese ha conosciuto vari interventi che hanno modificato la quota di riserva, «restringendo il suo ambito di applicazione, diminuendo la sua forza e alterando la sua natura»⁵.

Invero, tale riforma ha espunto dal novero dei legittimari gli ascendenti, con l'abolizione del principio di reciprocità della legittima in linea retta, lasciando unicamente i discendenti e il coniuge (l'art. 916 recita «A défaut de descendant et de conjoint survivant non divorcé, les libéralités par actes entre vifs ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens»), con la precisazione che a quest'ultimo in assenza di discendenti spetta un quarto dell'asse (art. 914-1) a titolo di riserva.

Inoltre, la novella del 2006, oltre a introdurre la categoria dogmatica delle *liberalites*, nella quale sono confluite successioni e donazioni, con un significativo avvicinamento della materia successoria a quella contrattuale, ha, tra le varie novelle, introdotto all'art. 292 il patto successorio rinunciativo⁶, concedendo a un

² Con riferimento alla nuova disciplina successoria del codice Napoleone, A. TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. I, Parigi, 1981, 109, osserva che «lorsque la loi des successions établit le partage égale elle détruit la liaison intime qui existait l'esprit de famille et la conservation de la terre».

³ Così F. GALGANO, *Tutto il rovescio del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991, 10. Si rammenta in proposito il passo de *Il Gattopardo* (G. TOMASI DI LAMPEDUSA, *Il Gattopardo*, Feltrinelli, Milano, 1958, 76), in cui il Principe nell'esprimere a padre Pirrone il proprio disappunto verso un eventuale matrimonio tra la propria figlia Concetta e il preferito rampante nipote Tancredi esclama: «la fortuna di casa Salina doveva essere divisa in otto parti, in parti non eguali, delle quali quella delle ragazze sarebbe stata la minima. Ed allora? Tancredi aveva bisogno di ben altro».

⁴ Espressamente si stabilisce che: «La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent. La quotité disponible est la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt a pu disposer librement par des libéralités» (art. 912) e che «Lorsqu'au décès du testateur il y a des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit, par sa mort, de tous les biens de la succession; et le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament» (art. 1004).

⁵ In questi termini P. MALAURIE-C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 2018, 420. Sulle ragioni della riforma vedansi A. FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 363; D. VIGNEAU, *Le règlement de la succession. Observation sur le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités*, in *JCP N*, 2006, I, 1144. Non sono mancati, tuttavia, opinioni critiche alla riforma, tra cui P. CATALA, *La loi 23 juin 2006 et les colonnes du temple*, in *Droit de la Famille*, 2006, n. 11, 5, secondo il quale «s'infiltrer un dessaisinement douloureux et onéreux des héritiers légitimes au bénéfice d'une administration à l'anglaise».

⁶ Il divieto dei patti successori istitutivi è invece ancora previsto, oltre che in Francia, altresì in Belgio e Lussemburgo (art. 1130



presunto erede necessario la facoltà di rinuncia anticipata a promuovere un'eventuale azione di riduzione. In aggiunta, ha reso di portata generale la regola della riduzione per equivalente (art. 924), che in precedenza rappresentava un'eccezione dai confini limitati rispetto al principio della riduzione in natura, rivitalizzando peraltro il modello delle successioni separate secondo l'origine dei beni.

Successivamente, il 5 agosto 2011 il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato incostituzionale l'art. 2 della legge del 14 luglio 1819 relativa al “*droit d'aubaine et de détraction*”, che riconosceva agli eredi di nazionalità francese esclusi da un'eredità regolata da una legge straniera un “*droit de prélèvement*” compensativo sui beni siti in Francia: la norma abrogata realizzava, infatti, una chiara disparità di trattamento tra gli eredi francesi e quelli aventi altra cittadinanza, assicurando protezione internazionale ai soli legittimari francesi, con una discriminazione tra gli eredi in base alla nazionalità⁷.

In seguito, con due sentenze del 27 settembre 2017, la prima sezione civile della *Cour de cassation*, ha stabilito che la legge californiana⁸, la quale non contempla la quota di legittima, non è contraria all'ordine pubblico internazionale francese, atteso che non lascia i figli pretermessi «dans un état de précarité ou de besoin, en réduisant ainsi la réserve héréditaire à une fonction purement alimentaire»⁹. Riecheggia, in tali paro-

comma 2 cod. civ.), nonché nei Paesi Bassi (art. 4.4, comma 2, NBW), in Portogallo (art. 2028, comma 2, cod. civ.), in Grecia (art. 368 cod. civ.) e in Spagna (art. 1271, comma 2, cod. civ.), anche se con deroghe al livello regionale. Vedasi A. BONOMI-M. STEINER (a cura di), *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Librairie Droz, Parigi, 2008. Per una più ampia panoramica, si rinvia in proposito alla nota 18.

⁷ Il riferimento è alla pronuncia del *Conseil constitutionnel*, 5 agosto 2011, n. 2011-159 QPC; *JCP – Semaine juridique (édition générale)*, 2011, n. 26, 1236. Sulla portata di tale decisione vedansi V. EGEA, *Note sous Conseil constitutionnel, 5 août 2011, décision numéro 2011-159 QPC, Mme Elke B. et a*, in *Rev. fr. de droit const.*, 2012, n° 89, 155; E. FONGARO, *Feu le droit de prélèvement. Note sous Conseil constitutionnel, 5 août 2011, décision n° 2011-159 QPC, JCP – Semaine juridique (édition générale)*, 2011, n° 36, 23; J. CASEY, *Requiem pour le droit de prélèvement de la loi du 14 juillet 1819*, in *Rev. jur. pers. et fam.*, 2011, n° 12, 32.

⁸ Le *sections* 6540 e 6541 prevedono infatti rispettivamente che «(a) The following are entitled to such reasonable family allowance out of the estate as is necessary for their maintenance according to their circumstances during administration of the estate:(1) The surviving spouse of the decedent.(2) Minor children of the decedent.(3) Adult children of the decedent who are physically or mentally incapacitated from earning a living and were actually dependent in whole or in part upon the decedent for support(b) The following may be given such reasonable family allowance out of the estate as the court in its discretion determines is necessary for their maintenance according to their circumstances during administration of the estate:(1) Other adult children of the decedent who were actually dependent in whole or in part upon the decedent for support.(2) A parent of the decedent who was actually dependent in whole or in part upon the decedent for support.(c) If a person otherwise eligible for family allowance has a reasonable maintenance from other sources and there are one or more other persons entitled to a family allowance, the family allowance shall be granted only to those who do not have a reasonable maintenance from other sources» e che «(a) The court may grant or modify a family allowance on petition of any interested person.(b) With respect to an order for the family allowance provided for in subdivision (a) of Section 6540:(1) Before the inventory is filed, the order may be made or modified either (A) ex parte or (B) after notice of the hearing on the petition has been given as provided in Section 1220.(2) After the inventory is filed, the order may be made or modified only after notice of the hearing on the petition has been given as provided in Section 1220.(c) An order for the family allowance provided in subdivision (b) of Section 6540 may be made only after notice of the hearing on the petition has been given as provided in Section 1220 to all of the following persons:(1) Each person listed in Section 1220.(2) Each known heir whose interest in the estate would be affected by the petition.(3) Each known devisee whose interest in the estate would be affected by the petition».

⁹ *Cour de cassation civ.*, I, 27 settembre 2017, n. 16-13151 e n. 16-17198, disponibili rispettivamente ai siti internet <https://www.legifrance.gouv.fr> e <https://www.legifrance.gouv.fr>, nonché in *Dr. fam.*, 2017, 230, sulle quali si veda il commento di D. VINCENT, *Réserve héréditaire et ordre public international. Mise en œuvre des arrêts du 27 septembre 2017*, in *Dr. fam.*, 2018, n. 13; e di J. GUILLAUME-H. FULCHIRON, *Ordre public successoral et réserve héréditaire: réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin*; E. CALÒ, *Il terzo uomo: con Johnny Hallyday dopo Michel Colombier e Maurice Jarre si ripropone il rapporto fra successione necessaria e ordine pubblico internazionale*, in *Riv. not.*, 2018, 1141; ID., *Vite (e morti) parallele Michel Colombier e di Maurice Jarre: la colonna sonora dell'ordine pubblico internazionale successorio nel diritto italiano e francese*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 873. Più in generale sul rapporto tra quota di riserva francese e ordine pubblico internazionale vedasi M. GRIMALDI, *Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire*, in *Deffrénois*, 2012, 755.



le della Suprema Corte francese, la tesi suggerita da Paul Lagarde¹⁰, il quale ha proposto di valutare caso per caso la contrarietà all'ordine pubblico, a seconda se l'esito dell'applicazione della legge straniera comporti o meno in concreto la sottrazione di risorse a figli minori o a figli che frequentino ancora corsi di studio.

In tali sentenze la *Cour de cassation* ha riepilogato le menzionate riforme che hanno toccato la *réserve*, per concludere che esse hanno modificato il significato dello stesso istituto, la cui funzione alimentare prevale sulla funzione di conservazione dei beni nella famiglia, con conseguente “declino” della quota di riserva nelle successioni internazionali.

Uno di tali due contenziosi – entrambi curiosamente riguardanti l'eredità di due famosi musicisti¹¹ – è giunto davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che, con la pronuncia in commento, ha chiarito che l'abolizione del “*droit d'aubaine et de détraction*” ad opera della menzionata sentenza del *Conseil constitutionnel* non costituisce una violazione dei diritti scolpiti dalla Convenzione, in quanto la Corte EDU «n'a jamais reconnu l'existence d'un droit général et inconditionnel des enfants à hériter d'une partie des biens de leurs parents»¹².

Giova segnalare che la legge n. 2021-1109 del 24 agosto 2021 – per contrastare l'applicazione del diritto successorio musulmano che discrimina in base al sesso, superabile, tuttavia, con l'eccezione di ordine pubblico internazionale – ha valorizzato l'istituto della riserva reintroducendo il “*droit de prélèvement*” in favore dei legittimari sui beni situati in Francia il giorno del decesso, qualora il defunto o almeno uno dei suoi figli sia, al momento del decesso, cittadino europeo o vi risieda abitualmente, e qualora la legge straniera applicabile alla successione non permetta alcun meccanismo di protezione legittimaria dei figli, in modo da reintegrarli nei diritti attribuiti loro dalla legge francese¹³. Nondimeno, tale novella si applica alle successioni aperte dopo la sua entrata in vigore (1° novembre 2021) e dunque non riguarda il caso di cui si discute.

3. – Al fine di meglio inquadrare la fattispecie, giova sintetizzare la vicenda al centro della controversia in questione.

Nel 1984, Maurice Jarre, dopo aver avuto due figli dai suoi primi due matrimoni, si risposò per la quarta volta e si stabilì con la moglie in California. Nel 1991 i coniugi costituirono un *trust* – il *Jarre Family Trust* – di diritto californiano, di cui essi erano unici *trustee* e nel quale furono conferite tutte le proprietà del musicista, compresi gli immobili situati negli Stati Uniti e le royalties e diritti d'autore raccolti attraverso la Società degli autori, compositori ed editori musicali in Francia. Nel 1995, il compositore e la moglie costituirono una società immobiliare, alla quale furono conferiti i beni immobili situati a Parigi di proprietà del musicista. Il 31 luglio 2008 Maurice Jarre redigeva testamento individuando la moglie quale unica beneficiaria del proprio patrimonio e moriva l'anno successivo in California. A seguito del *trust*, in applicazione della legge ca-

¹⁰ Vedasi P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 101, 2012, 4, 709.

¹¹ Peraltro, oltre ai processi relativi alle eredità di Maurice Jarre e dell'arrangiatore Michel Colombier, vi è stato un terzo analogo contenzioso riguardante l'eredità del cantante Johnny Hallyday che si è chiuso in via transattiva.

¹² In questi termini il punto 64 della sentenza in commento. Già nel caso *Marckx c. Belgio* (13 giugno 1979, § 31, serie A n. 31), la Corte Edu aveva ritenuto che l'articolo 1 del Protocollo n. 1, il quale si limita a sancire il diritto di ciascuno al rispetto della “sua” proprietà, non è valido solo per i beni correnti e non garantisce il diritto di acquisirli mediante successione legittima.

¹³ Sul punto vedansi le considerazioni critiche di H. PÉROZ, *Le droit de prélèvement: tel un phœnix?*, in *Gaz. Pal.*, n. 12, 23 marzo 2021, 48; N. LAURENT-BONNE, *Le nouveau droit de prélèvement compensatoire dans les successions internationales: quand la fin ne justifie pas les moyens*, in *AJ Famille*, n. 10, ottobre 2021, 548, ribadite in *ID.*, *L'incerto futuro della riserva ereditaria nel diritto francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 1201



liforniana, le operazioni successorie sono state effettuate negli Stati Uniti secondo le direttive del *trust Jarre Family*, senza che fosse aperta alcuna successione in Francia, dove si trovavano alcuni beni immobili della società immobiliare costituita dal *de cuius*.

Poiché erano stati lesi nella loro legittima, i due figli, nati dal primo e dal secondo matrimonio del *de cuius*, agivano in giudizio, invocando l'esistenza del descritto diritto di prelievo e di detrazione corrispondente alla loro quota riservata sul patrimonio paterno situato in Francia, ai sensi dell'art. 2 della legge del 14 luglio 1819, successivamente abrogata dal *Conseil constitutionnel*.

Il ricorso promosso dai figli davanti alla Corte EDU ha riguardato proprio gli effetti della sentenza del *Conseil constitutionnel* che nel 2011 ha dichiarato incostituzionale l'art. 2 della legge del 14 luglio 1819 relativa all'abolizione del "*droit d'aubaine et de détraction*", che fino ad allora conferiva agli eredi francesi esclusi da un'eredità disciplinata dal diritto straniero il diritto ad un prelievo compensativo sul patrimonio situato in Francia. Tale declaratoria d'incostituzionalità era immediatamente applicabile alle controversie pendenti, tra cui quella già intentata dai due legittimari, il cui diritto non era stato ancora giudizialmente riconosciuto.

Invocando l'art. 6, § 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali e l'art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla stessa Convenzione (secondo cui «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale»), i ricorrenti hanno lamentato di non essere stati riconosciuti dai tribunali interni per la loro quota di riserva nel patrimonio paterno, che era stata violata per effetto di un *trust* e, dunque, hanno affermato di essere titolari di beni in proprietà o, per lo meno, di una aspettativa sulla proprietà relativa ai beni ereditari.

Giova rammentare che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, questa è chiamata a verificare «se sia stato mantenuto un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo»¹⁴. Pertanto, spetta alla discrezionalità del legislatore nazionale, come tale insindacabile dal giudice sovranazionale, il compito di indicare i connotati della pubblica utilità e dell'interesse generale, sebbene – secondo la stessa giurisprudenza – la disciplina positiva debba rispondere ad un criterio di ragionevolezza, da cui deriva un sindacato secondo il concetto di "proporzionalità" e di "giusto equilibrio" tra l'imperativo degli interessi generali della collettività e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo.

Nella pronuncia in epigrafe, la Corte EDU precisa che l'ingerenza nel diritto al rispetto delle aspettative di proprietà dei ricorrenti deriva dall'abrogazione di una norma costituzionale consentita dall'art. 62 della Costituzione francese. Pertanto, detta ingerenza è, nel caso che ci occupa, reputata conforme all'interesse generale, atteso che l'abrogazione del vecchio diritto di detrazione era portato da una norma discriminatoria che favoriva solo i francesi.

Inoltre, la Corte EDU conferma quanto già disposto dalla *Cour de cassation* con sentenza del 27 settembre 2017 che, nel respingere il ricorso dei due figli del *de cuius*, aveva affermato che «Una legge straniera designata dalla regola di conflitto che ignori la riserva ereditaria non è di per sé contraria all'ordine pubblico internazionale francese e può essere esclusa solo se la sua concreta applicazione, in caso specifico, conduce ad una situazione incompatibile con i principi del diritto francese considerati essenziali».

¹⁴ Vedansi, *ex multis*, Corte EDU, 3 giugno 2004, Di Belmonte c. Italia e Corte EDU, 29 luglio 2004 Scordino c. Italia entrambe al sito internet www.echr.coe.int.



4. – In proposito, è noto che, allo scopo di armonizzare il diritto successorio europeo, a partire dal 17 agosto 2015 è entrato in vigore il Regolamento UE n. 650/2012 del 4 luglio 2012 (nel prosieguo il “Regolamento”) ¹⁵, volto a dettare norme uniformi di diritto internazionale privato, immediatamente vincolanti all’interno di tutto lo spazio giuridico europeo, in relazione alla competenza, alla legge applicabile, all’accettazione e all’esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni transnazionali.

In forza del principio di primazia del diritto comunitario, il Regolamento prevale sulle leggi nazionali con esso confliggenti, ossia sulle norme interne di diritto internazionale privato che per l’Italia sono comprese negli artt. da 46 a 50 della legge 31 maggio 1995, n. 218.

Tale Regolamento ha inciso notevolmente sulla nostra disciplina successoria ¹⁶, ampliando notevolmente i confini di applicazione di una legge straniera, con significativi riverberi applicativi. Invero, nella prassi, non è raro imbattersi nel tentativo di aggirare i diritti dei legittimari, cercando di assoggettare la propria successione alla legge di uno Stato – anche extra UE – che non prevede i diritti di legittima o il divieto di patti successori ¹⁷.

Si pensi, a mo’ di esempio, al *Código Civil de la República de Panamá* che non prevede in capo ai figli il diritto ad una quota di eredità, limitandosi a contemplare all’art. 814 il diritto ad un mero credito alimentare solo qualora sussista un effettivo stato di bisogno («Los hijos o descendientes legítimos del testador, y los hijos naturales que éste haya reconocido legalmente, tendrán derecho a los alimentos en la extensión que señala el Artículo 236») oppure al *Código Civil de Costa Rica* che non riconosce alcun diritto di legittima a favore dei figli, bensì, all’art. 595, un mero obbligo alimentare solo in ipotesi di figlio minore o handicap («El testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por

¹⁵ Per una panoramica su tale Regolamento vedansi, tra i tanti, I. RIVA, *Il quadro normativo introdotto dal Regolamento UE n. 650/2012 sulle successioni transfrontaliere*, in *Famiglie transfrontaliere: regimi patrimoniali e successori*, a cura di I. Riva, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Torino, 2021, 123; J. RE, *Pianificazione successoria e diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2020; C. CONSOLO-F. GODIO, *Profili processuali del Reg. UE n. 650/2012 sulle successioni transnazionali: il coordinamento tra le giurisdizioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2018, 18; U. BERGQUIST-R. FRIMSTON-F. ODESKY-D. DAMASCELLI-P. LAGARDE-B. REINHARTZ, *Commentaire du règlement européen sur les successions*, Editions Dalloz, Parigi, 2015; A. DAVI-A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Giappichelli, Torino, 2014.

¹⁶ Più in generale, su quello che è stato definito un nuovo sistema ordinamentale “italo-europeo” in seguito all’integrazione tra gli ordinamenti nazionali e il diritto europeo, vedasi, in particolare, P. PERLINGIERI, *Il rispetto dell’identità nazionale nel sistema italo-europeo*, in *Foro nap.*, 2014, 449.

¹⁷ Basti pensare che i patti successori sono ammessi e disciplinati in Germania ai §§ 1941 e 2274 ss. BGB, in Svizzera (artt. 494 e 495 cod. civ. svizzero) e in Turchia. Ammettono i patti successori istitutivi e rinunciativi Estonia, Irlanda, Islanda, Finlandia, Lettonia, Norvegia, Serbia e Montenegro, Aragona, Navarra, Ungheria. Sono consentiti i soli patti successori istitutivi in Inghilterra, Galles, Catalogna, Galizia, Paesi Baschi, Cipro, Grecia. Ammettono i patti istitutivi solo tra coniugi e i patti successori rinunciativi: Austria e Liechtenstein. A Malta sono consentiti i patti successori istitutivi da parte dei genitori di un coniuge nel contratto di matrimonio, i patti rinunciativi nella convenzione di separazione consensuale tra coniugi, i patti rinunciativi nel contratto di matrimonio in cambio di donazione obnuziale. I soli patti successori rinunciativi sono ammessi in Francia, in Polonia e in Svezia. In Portogallo sono ammessi i soli patti istitutivi nel contratto di matrimonio. I patti successori sono, invece, vietati, oltre che in Italia, in Albania, Bielorussia, Bulgaria, Repubblica Ceca, Slovacchia, Lituania, Romania, Russia. In ambito europeo vedasi il sito internet www.successions-europe.eu/ a cura del *Council of the Notariats of the European Union (CNUE)*. A. FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d’impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 391. L’art. 3, comma 1, lett. b, Regolamento UE n. 650/2012 definisce il patto successorio come «l’accordo, a causa di morte, anche derivante da testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza corrispettivo, diritti nella successione futura di una o più persone parti dell’accordo». Il considerando n. 49 stabilisce che «il patto successorio è un tipo di disposizione a causa di morte la cui ammissibilità e accettazione variano nei diversi Stati membri», pertanto vi è l’esigenza di dedicargli una disciplina in modo (come afferma il considerando n. 48) «da garantire la certezza del diritto per le persone che desiderano pianificare in anticipo la loro successione».



si mismo, además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten»). Inoltre, in ambito europeo, l'ordinamento del Regno Unito non conosce il diritto alla legittima ma, secondo l'*Inheritance Provision for Family and Dependants Act* del 1975, il giudice può discrezionalmente disporre provvedimenti patrimoniali in ragione delle necessità di mantenimento a favore dei congiunti del defunto, qualora i beneficiari siano stati pretermessi o non sufficientemente considerati nel testamento (in termini analoghi si veda l'art. 684 *Code civil du Québec* come novellato dalla *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique entre les époux*, L. Q. 1989, c. 55)¹⁸.

Il Regolamento stabilisce le regole per l'individuazione della *lex successiois*, vale a dire della legge atta a disciplinare una determinata fattispecie successoria che presenta elementi di estraneità rispetto all'ordinamento interno. Detta legge può anche essere quella di uno Stato non membro dell'Unione Europea¹⁹ e regolerà, dal momento dell'apertura fino alla divisione, l'intera successione, la quale riceverà un'unica regolazione legislativa in tutti i suoi profili (dall'individuazione dei soggetti chiamati all'interpretazione delle disposizioni testamentarie), rispettando così il principio dell'unità della successione²⁰.

Pertanto, la legge applicabile alla vicenda successoria ben potrebbe in ipotesi anche non riconoscere i diritti dei legittimari, atteso che nel Regolamento non è presente il limite dell'inderogabilità dei diritti dei riservatari posto in materia di diritto internazionale privato dall'art. 46, comma 2, legge 31 maggio 1995, n. 218, secondo il quale «Nell'ipotesi di successione di un cittadino italiano, la scelta non pregiudica i diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimari residenti in Italia al momento della morte della persona della cui successione si tratta».

Non potrebbe invocarsi la tutela dei diritti degli eredi necessari neppure in forza del principio dell'ordine pubblico internazionale, il quale opera quale "controlimite" posto a garanzia dell'integrità del nostro ordinamento rispetto alla circolazione dei valori giuridici cui tende, invece, il sistema del diritto internazionale privato, di talché, qualora si debba fare applicazione di una legge straniera o si debba riconoscere efficacia a un atto straniero, l'interprete deve verificare se la disciplina del singolo caso concreto risponda ai principi fondamentali e irrinunciabili del nostro ordinamento.

Invero, secondo la Corte di cassazione italiana, si deve ammettere il contrasto con l'ordine pubblico «soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari»²¹. Tale scrutinio è stato poi esteso dalle Sezioni Unite della Suprema Corte anche a «principi e valori esclusivamente propri dell'ordinamento interno, purché fondamentali ed irrinunciabili»²², nonché al «modo in cui detti principi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti e dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente, dal quale non può prescindere nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»²³.

¹⁸ Sul punto vedasi A. FUSARO, *Il diritto successorio inglese e il trust*, in *Not.*, 2010, 561; B. SLOAN, *Borkowski's Law of Succession*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 287; R. KERRIDGE, *Family Provision in England and Wales*, in K.G.C. REID-M.J. DE WAAL-R. ZIMMERMANN (eds), *Comparative Succession Law, III, Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 384.

¹⁹ Vedasi art. 20 del Regolamento secondo il quale «La legge designata dal presente regolamento si applica anche ove non sia quella di uno Stato membro».

²⁰ Invero, l'art. 21 del Regolamento esplicitamente parla di «legge applicabile all'intera successione» e l'art. 23 afferma che «La legge designata a norma dell'art. 21 o dell'art. 22 regola l'intera successione».

²¹ Così, in termini, Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Guida dir.*, 2016, 44, 39.

²² In questi termini, Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *DeJure.it*.

²³ Così, in termini, Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *DeJure.it*. Su tale sentenza vedansi i commenti di M.C. VENU-



Similmente, la *Cour de cassation* (a partire dalla sentenza Lautour del 25 maggio 1948) ha definito l'ordine pubblico internazionale francese come l'insieme dei principi di giustizia universale ritenuti dall'opinione francese dotati di assoluto valore internazionale.

Peraltro, l'art. 35 del Regolamento contiene uno specifico riferimento all'ordine pubblico, prevedendo che la legge applicabile alla successione non trovi applicazione quanto «manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro». In difetto di indicazioni normative che chiariscono la portata del limite dell'ordine pubblico nel Regolamento, valga osservare che tale questione è stata affrontata da una sentenza della Corte di giustizia UE, secondo la quale l'ordine pubblico può operare unicamente laddove l'applicazione della normativa di un diverso ordinamento costituisca «una manifesta violazione di una norma considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato membro richiesto o di un diritto riconosciuto come fondamentale nello stesso ordinamento giuridico»²⁴.

I diritti dei legittimari e più in generale il sistema della successione necessaria non solo non hanno alcuna copertura costituzionale né sono attuative di diritti inviolabili dell'uomo, sì che risultano derogabili da una legge straniera o applicabili a condizioni di reciprocità, ma neppure appaiono espressioni di valori fondamentali e irrinunciabili dell'ordinamento. Del resto, l'art. 42, comma 4, Cost. in materia successoria menziona espressamente unicamente la successione legittima e quella testamentaria e, pertanto, la legge straniera che non assicura la stessa tutela dei diritti dei legittimari garantita dal nostro codice civile non è in rapporto di manifesta incompatibilità con il nostro ordinamento, non raggiungendo il grado di contrasto richiesto dall'art. 35 del Regolamento.

Pertanto, la successione necessaria non costituisce espressione dell'ordine pubblico internazionale nel nostro sistema né in quello transalpino²⁵.

TI, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162*, in *Questione Giustizia*, 27 giugno 2023; G. DE MARZO, *Interesse del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata*, in *Foro it.*, 1/2023, I, 83; in *Fam. e dir.*, 2023, 408, con *Nota introduttiva* di M. SESTA, 427, e commenti di G. RECINTO, *Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, 430; M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230*, 437; A. SPADAFORA, *Irriducibilità del totalitarismo "minoricentrico"?*, 456; G. FERRANDO, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, II, 377; M. SESTA, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 387. Più in generale, in argomento, vedansi G. PERLINGIERI-G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Esi, Napoli, 2019, *passim* e V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 403. Ancora recentemente la Cass., 3 aprile 2024, n. 8718, in *DeJure.it*, ha affermato «Si definisce come ordine pubblico internazionale quello formato dall'insieme di principi, desumibili dalla Carta costituzionale o, comunque, pur non trovando in essa collocazione, fondanti l'intero assetto ordinamentale siccome immanenti e più importanti istituti giuridici quali risultano dal complesso delle norme inderogabili provviste del carattere di fundamentalità, che le distingue dal più ampio genere delle norme imperative, tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico ed a formare il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale, conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia. L'ordine pubblico internazionale è, quindi, costituito dai principi che formano, come sostenuto in dottrina, l'eticità dell'ordinamento quale risulta dal complesso delle sue norme (Cass., 11 novembre 2002, n. 15822). Si tratta di principi fondamentali che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti dell'uomo, o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale (Cass., n. 15822/2002, cit.). In tal senso si è espressa anche la Corte costituzionale rimarcando come l'ordine pubblico sia costituito dalle «regole fondamentali poste dalla costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici nei quali si articola l'ordinamento positivo nel suo adeguarsi all'evoluzione della società» (Corte cost. n. 18/1982).

²⁴ Così, in termini, Corte Giust., 6 settembre 2012, causa C-619/10, in *DeJure.it*, sull'interpretazione dell'art. 34 del Regolamento 44/2001 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

²⁵ Sul punto, tra gli altri, G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 475 e V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 353.



5. – Nel caso di specie, la Corte EDU rileva che il padre dei ricorrenti avesse scelto durante la sua vita di regolare il suo patrimonio e la sua successione non secondo il diritto francese ma secondo il diritto californiano.

In proposito, si rammenta che ai fini dell'individuazione della legge applicabile, l'art. 21 del Regolamento n. 650/2012 non adotta il criterio della legge nazionale del defunto scolpito nell'art. 46 della legge 31 maggio 1995, n. 218, ma afferma il criterio della residenza abituale al momento della morte²⁶: «Salvo quanto diversamente previsto dal presente regolamento, la legge applicabile all'intera successione è quella dello Stato in cui il *de cuius* aveva la propria residenza abituale al momento della morte». Il successivo art. 22 consente di esercitare la *professio iuris* permettendo di scegliere come legge che regola l'intera successione quello dello Stato di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o all'epoca della morte.

Il criterio in parola fa sì che, quando esso cade nel territorio di uno Stato membro, *forum* e *ius* siano unificati rispetto alla medesima successione, in quanto costituisce, in uno, titolo di giurisdizione e criterio di collegamento, al principale scopo di semplificare la definizione delle controversie, l'amministrazione della massa e la relativa devoluzione, a vantaggio dell'efficienza e della certezza del diritto.

Qualora i beni ereditari si trovino nel territorio di uno Stato membro, ma il defunto risiedeva in uno Stato terzo al momento della morte, la giurisdizione spetta allo Stato cui sono situati i beni, operando la «competenza sussidiaria» dettata dall'art. 10 del Regolamento. Tuttavia, alla presenza dei beni nello Stato membro si affiancano altri fattori di collegamento, in quanto occorre che lo Stato in cui sono situati i beni sia quello di cui il defunto era cittadino al momento della morte (lett. *a*), oppure quello della sua precedente residenza abituale purché, nel momento in cui il foro è adito, non siano trascorsi più di cinque anni dal cambio di residenza (lett. *b*).

Se, applicando tali criteri, non si individua la competenza di nessun organo giurisdizionale di uno Stato membro, gli organi giurisdizionali dello Stato membro in cui si trovano beni ereditari saranno competenti a decidere su tali beni: pertanto, in questo caso, la competenza sarà circoscritta alle decisioni riguardanti detti beni.

Il concetto di “residenza abituale” non è innovativo in quanto è stato già adottato sia nell'ambito di convenzioni internazionali²⁷, sia in numerosi regolamenti dell'Unione Europea²⁸ per superare la tradizionale

²⁶ Nella prospettiva della prossimità, il criterio della residenza abituale è preferibile a quello della cittadinanza, come osservano P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2012, 699 e A. DUTTA, *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*, in *Rabels Zeitschrift*, 2009, 564. Sul tale criterio vedasi C. MARRESE, *Successioni transfrontaliere tra diritto interno e diritto internazionale. Il tema della residenza abituale*, Key, Milano, 2019.

²⁷ Il primo utilizzo della nozione di residenza abituale nel diritto internazionale privato di origine sovranazionale viene individuato nella convenzione dell'Aja del 1902 sulla tutela dei minori (vedasi F. MOSCONI-C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. I. Parte generale e obbligazioni*, Utet, Torino, 2020, 218) la quale, mentre all'art. 1 sanciva che la tutela del minore era regolata dalla legge del suo Stato di cittadinanza, agli artt. 2 e 3 prevedeva alcuni casi nei quali la tutela era regolata dalla legge del diverso Stato in cui il minore risiedeva abitualmente. Più recentemente, vedasi, l'art. 5 della Convenzione di diritto internazionale privato de L'Aja del 19 ottobre 1996, ratificata dallo Stato italiano con legge 18 giugno 2015, n. 101 in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori.

²⁸ Vedansi l'art. 3 del Regolamento n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 rifiuto nel Regolamento n. 1111/2019 del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale che impiega il titolo di giurisdizione della residenza abituale sia nelle disposizioni relative alle azioni di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio, sia in quelle relative alle azioni in materia di responsabilità genitoriale. Inoltre, il Regolamento n. 593/2008 del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. “Roma I”), utilizza la residenza abituale come criterio di collegamento all'art. 4 (legge applicabile in mancanza di scelta) e agli artt. 5, 6 e 7 (relativi, rispettivamente, ai contratti di trasporto, con consumatore e di assicurazione). Il Regolamento n. 864/2007 dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. “Roma II”) impiega il criterio della residenza abituale all'art. 4, par. 2 (secondo cui, in deroga alla regola generale della *lex loci damni*, se il danneggiato e il responsabile risiedono abitualmente nello stesso paese al momento del danno, si applica la legge di tale Paese), all'art. 5, in materia di responsabilità da prodotti, e agli artt. 10, 11 e 12, rispet-



contrapposizione tra cittadinanza e domicilio nel loro impiego, sia come titoli di giurisdizione che come criteri di collegamento. La scelta del legislatore europeo di riferirsi a tale concetto giuridico è stata dettata dall'intento di scongiurare i conflitti di qualificazione che sarebbero potuti scaturire dall'eventuale mancata corrispondenza fra le nozioni giuridiche di domicilio proprie dai diversi Stati membri²⁹.

Poiché il Regolamento non fornisce una definizione di "residenza abituale", è possibile ricavare utili indicazioni (i) da altri regolamenti comunitari che impiegano tale nozione come titolo di giurisdizione nonché come criterio di collegamento, (ii) dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale nonché (iii) dai "considerando" dello stesso Regolamento, i quali hanno un'indubbia valenza interpretativa.

In particolare, dai "considerando" 23 e 24 dello stesso Regolamento n. 650/2012 in materia successoria³⁰ si ricava che il criterio della residenza abituale esige l'accertamento (i) di un collegamento fisico tra il sog-

tivamente, in materia di arricchimento senza causa, *negotiorum gestio* e *culpa in contrahendo* (dove ricorre come criterio residuale). Il Regolamento n. 1259/2010 del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (c.d. "Roma III"), fa largo uso del criterio della residenza abituale di uno o di entrambi i coniugi, sia nell'ambito dell'autonomia delle parti (art. 5), sia come criterio di collegamento oggettivo, in modo quasi esclusivo (artt. 6, 7, 8). Anche nel Regolamento n. 4/2009 del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, la residenza abituale ricorre in due titoli di giurisdizione tra quelli generali, previsti in via alternativa tra loro (art. 3), nella disposizione relativa all'*electio fori* (art. 4), nonché, con riferimento alla legge applicabile, nel protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 – al quale l'art. 15 del regolamento fa rinvio – in cui la regola generale è, appunto, costituita dalla residenza abituale del creditore d'alimenti. Più recentemente, la residenza abituale ricorre come titolo di giurisdizione e come criterio di collegamento anche nei Regolamenti n. 1103/2016 e n. 1104/2016 del 24 giugno 2016 e istitutivi della cooperazione rafforzata sulla competenza, sulla legge applicabile e sul riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate. Vedasi in proposito P. KINDLER, *From Nationality to Habitual Residence: Some Brief Remarks on the Future EU Regulation on International Successions and Wills*, in K. BOELE-WOELKI-T. EINHORN-D. GIRSBERGER-S. SYMEONIDES (a cura di) *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven Int. Pub., 2010, 251.

²⁹ Vedansi, in proposito, D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Giuffrè, Milano, 2013, 48; ID., *I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n. 650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte*, in *Il diritto internazionale privato europeo*, a cura di P. Franzina e A. Leandro, Giuffrè, Milano, 2013, 87; A. BONOMI-R. DI IORIO, *Il regolamento europeo sulle successioni*, sub art. 4, in A. Bonomi e P. Wautelet (a cura di), *Il regolamento europeo sulle successioni*, Giuffrè, Milano, 2015, 121, i quali evidenziano che la nozione di domicilio accolta nella maggior parte degli Stati membri tende a coincidere con quella di residenza abituale, ovvero con il luogo in cui si colloca il «centro della vita» di un determinato soggetto, con l'eccezione degli ordinamenti di *common law*, i quali accolgono una nozione di domicilio (c.d. *domicile*) che ragionevolmente potrebbe condurre alla designazione di un luogo diverso da quello individuato dalla nozione di residenza abituale.

³⁰ Invero, come afferma il considerando 23, per poter determinare la residenza abituale occorre effettuare «una valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli anni precedenti la morte e al momento della morte, che tenga conto di tutti gli elementi fattuali pertinenti, in particolare la durata e la regolarità del soggiorno del defunto nello Stato interessato, nonché le condizioni e le ragioni dello stesso. La residenza abituale così determinata dovrebbe rivelare un collegamento stretto e stabile con lo Stato interessato tenendo conto degli obiettivi specifici del presente regolamento». La valenza del "collegamento stretto e stabile" è ribadita dal considerando 24 del medesimo Regolamento, là dove si legge che «In taluni casi può risultare complesso determinare la residenza abituale del defunto. Un caso di questo genere può presentarsi, in particolare, qualora per motivi professionali o economici il defunto fosse andato a vivere all'estero per lavoro, anche per un lungo periodo, ma avesse mantenuto un collegamento stretto e stabile con lo Stato di origine. In un siffatto caso si potrebbe ritenere che il defunto, alla luce delle circostanze della fattispecie, avesse ancora la propria residenza abituale nello Stato di origine in cui è situato il centro degli interessi della sua famiglia e della sua vita sociale. Altri casi complessi possono presentarsi qualora il defunto fosse vissuto alternativamente in più Stati o si fosse trasferito da uno Stato all'altro senza essersi stabilito in modo permanente in alcuno di essi. Se il defunto era cittadino di uno di tali Stati o vi possedeva tutti i suoi beni principali, la sua cittadinanza o il luogo in cui sono situati tali beni potrebbero costituire un elemento speciale per la valutazione generale di tutte le circostanze fattuali». Proprio in ragione del considerando 23, V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Esi, Napoli, 2015, 194, ha osservato che l'autorità giudiziaria nazionale deve effettuare una valutazione in concreto sull'esistenza di ragioni sostanziali idonee a giustificare l'operatività della disciplina dettata dalla legge straniera, evitando che il criterio della residenza abituale sia utilizzato in modo strumentale per permettere l'applicazione della normativa estera.



getto interessato e un dato luogo connotato da una certa stabilità desumibile dal mero fattore temporale ovvero da altri elementi quali le ragioni del soggiorno che ne escludano l'occasionalità e la temporaneità (elemento oggettivo), nonché (ii) dell'intenzione del medesimo soggetto di fissare in tale luogo la propria residenza in maniera stabile, comprovata da elementi, quali, ad esempio, l'acquisto o la locazione di una casa, l'iscrizione dei figli ad una scuola o la stipula di un contratto di lavoro a tempo indeterminato (elemento soggettivo).

Attesa la difficoltà di determinare la residenza abituale e nella consapevolezza che tale criterio, ancorché abbia carattere ampio, non è sempre di per sé sufficiente a individuare la legge più prossima ovvero il vincolo più stretto di una determinata persona con un luogo, data la rammentata insufficienza del mero certificato di residenza, l'art. 21, comma 2, Regolamento n. 650/2012 accorda prevalenza all'elemento oggettivo depotenziando la posizione psicologica del defunto, ai fini della ricostruzione della nozione di residenza³¹. Invero, prevede che «se in via eccezionale, dal complesso delle circostanze del caso concreto risulta chiaramente che, al momento della morte, il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso da quello la cui legge sarebbe applicabile ai sensi del paragrafo 1, la legge applicabile alle successioni è quella di tale altro Stato»³².

Allo stesso modo, il considerando 25 consente in casi eccezionali – quali, ad esempio, il trasferimento del futuro *de cuius* nello Stato di residenza abituale in un momento relativamente prossimo alla sua morte, qualora tutte le circostanze del caso indichino che aveva collegamenti manifestamente più stretti con un altro Stato – di individuare quale legge applicabile alla successione quella dello Stato con il quale il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti e non quella dello Stato di residenza abituale del defunto.

Pertanto, il concetto comunitario di residenza abituale scolpito dal Regolamento si distingue da quello del nostro codice nel quale, secondo la definizione dell'art. 43, comma 2, cod. civ., la residenza si colloca «nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale», avvicinandosi, invece, alla definizione di domicilio che si rinviene al comma 1 dello stesso art. 43 cod. civ., attesa la necessità di valorizzare, oltre che la presenza fisica dell'individuo in un certo luogo e il carattere usuale di tale presenza, altresì tutti i fattori idonei a fare di quel luogo il centro effettivo della vita della persona.

Di conseguenza, il concetto di residenza abituale si configura come un concetto da costruire sulla base del significato proprio della locuzione, la quale parrebbe esigere da un lato che il periodo di permanenza in un dato luogo sia “apprezzabile”, senza, tuttavia, essere necessariamente “continuativo”, ma neppure “occasionale”.

La mobilità della residenza abituale favorisce la ricerca dell'ordinamento più conveniente per radicare in modo stabile e permanente il proprio centro degli interessi, trasferendolo da uno Stato a un altro al fine di individuare in quest'ultimo la residenza abituale. È pur vero che il considerando n. 26 del Regolamento precisa che un organo giurisdizionale potrebbe applicare meccanismi intesi a contrastare l'elusione della legge, come la frode alla legge nel contesto del diritto internazionale privato, applicandosi così – qualora, ad esempio, si sposti artificialmente, in prossimità della morte, la maggior parte dei propri beni in un altro Stato al fine di radicare la residenza abituale – il criterio sussidiario dello Stato con il quale il defunto aveva collegamenti

³¹ Come osserva D. DAMASCELLI, *Legge applicabile*, in M. SESTA (a cura di) *Codice delle successioni e donazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, 1791: «Tale norma, presupponendo comunque l'esistenza in un dato Stato della residenza abituale del defunto, conduce, infatti, alla svalutazione dell'elemento soggettivo nella ricostruzione della nozione di residenza abituale rilevante ai fini del regolamento: non si vede, altrimenti, in quale caso potrebbe darsi divergenza tra legge della residenza abituale e legge del collegamento più stretto, se non in quello in cui (accertata a titolo oggettivo in un determinato Stato la residenza abituale del defunto) si debba negare l'applicazione della relativa legge a cagione del fatto che il defunto stesso non considerasse tale Stato come quello corrispondente al centro principale dei suoi interessi di vita e di affari». Nello stesso senso ID., *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, cit., 52.

³² Come pare evincersi nella fattispecie descritta in D. MURITANO, *La successione di Johnny Hallyday*, in *Trusts e att. fid.*, 2019, 54.



manifestamente più stretti. Nondimeno, tali “valvole di sicurezza” contro i trasferimenti fraudolenti della residenza abituale non si dimostrano sempre di facile funzionamento, scontrandosi sovente con fattispecie in cui convergono molteplici circostanze non certo di univoco segno di talché sarebbe arduo ravvisare profili di artificiosità.

Da quanto esposto, un soggetto che intendesse pianificare la propria successione evitando l’applicazione del disposto codicistico interno che impone il rispetto dei diritti dei legittimari dovrebbe trasferirsi in uno Stato che non prevede tale tutela, facendo sì che al momento della sua morte possa individuarsi in esso la sua residenza abituale da una valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli anni precedenti al decesso. In particolare, occorre tenere in conto la durata, la regolarità e la stabilità del soggiorno in tale Stato, nonché le condizioni e le ragioni dello stesso, indipendentemente dalle mere risultanze anagrafiche, potendosi affermare che il *de cuius* avesse il centro dei propri interessi nello Stato che non tutela i legittimari, in quanto aveva creato legami stretti con tale Stato, senza mantenerne in modo significativo con il proprio Stato d’origine.

Tuttavia, ciò, oltre ad essere connotato dall’inevitabile relatività propria del ricorso alle presunzioni, può non essere sufficiente ai fini di identificare la legge applicabile alla successione nello Stato diverso da quello italiano qualora, ad esempio, vi siano documentati dissapori con i figli, in quanto, secondo il considerando 26 del Regolamento, «nulla nel presente regolamento dovrebbe impedire a un organo giurisdizionale di applicare meccanismi intesi a contrastare l’elusione della legge, come la frode alla legge nel contesto del diritto internazionale privato».

Inoltre, il considerando 38 è esplicito nell’affermare che «Il presente regolamento dovrebbe consentire ai cittadini di organizzare in anticipo la loro successione scegliendo la legge applicabile alla stessa. Tale scelta dovrebbe essere limitata alla legge di uno Stato di cui abbiano la cittadinanza al fine di assicurare un collegamento tra il defunto e la legge scelta e di evitare che una legge sia scelta nell’intento di frustrare le aspettative legittime di persone aventi diritto ad una quota di legittima». Ancora, in virtù del considerando 50: «La legge che, in base al presente regolamento, disciplinerà l’ammissibilità e la validità sostanziale di una disposizione a causa di morte nonché, per quanto riguarda i patti successori, gli effetti vincolanti di tali patti tra le parti, non dovrebbe pregiudicare i diritti di chiunque, in forza della legge applicabile alla successione, abbia diritto a una quota di legittima o abbia un altro diritto di cui non può essere privato dalla persona della cui successione si tratta».

Pertanto, nell’ipotesi in cui, ad esempio, un cittadino italiano, dopo aver redatto testamento in cui non disponeva alcunché a favore dei figli, si trasferisse poco prima della morte in uno Stato che non riconosce i diritti dei legittimari alla quota di riserva, dalla disamina complessiva delle circostanze fattuali, potrebbe emergere come la scelta del *de cuius* di collocare la propria residenza nel nuovo Stato in età avanzata possa essere esclusivamente dettata dalla volontà di pregiudicare i diritti di legittima dei propri figli, di talché il Regolamento n. 650/2012, in forza dei considerando 26, 38 e 50, non potrà essere piegato al perseguimento di scopi evidentemente fraudolenti.

Valga segnalare che la recente riforma del diritto delle successioni elaborata nella vicina Svizzera ed entrata in vigore il 1° gennaio 2023, oltre a sopprimere la quota di legittima a favore degli ascendenti, ha ridotto la quota di legittima riservata ai discendenti, passata da tre quarti a metà dell’asse ereditario (art. 471 cod. civ. svizzero). In proposito, si rammenta che tra Italia e Svizzera (paese che non è membro dell’UE) è in vigore il “Trattato di domicilio consolare tra Italia e Svizzera” del 18 dicembre 1868. L’art. 17, comma 3, di questo Trattato prevede che: «Le controversie che potessero nascere tra gli eredi di un Italiano morto in Svizzera riguardo all’eredità da lui relitta, saranno portate davanti al giudice dell’ultimo domicilio che



l'Italiano aveva in Italia». Pertanto, la disposizione convenzionale prevale sulla norma europea, giacché in forza dell'art. 75 del Regolamento UE n. 650/2012: «Il presente regolamento non pregiudica l'applicazione delle convenzioni internazionali di cui uno o più stati membri sono parte al momento dell'adozione del presente regolamento e che riguardano materie disciplinate dal presente regolamento». Di conseguenza, certamente la giurisdizione su un'eventuale controversia spetta all'autorità giudiziaria italiana perché, per tale condizione, è sufficiente che la parte del contratto successorio sia cittadino italiano a prescindere dal luogo in cui questi abbia residenza o domicilio. Nondimeno la dottrina è divisa sulla legge applicabile³³.

6. – Come anticipato, la Corte EDU nella presente pronuncia ha affermato che non può essere riconosciuto l'esistenza di un diritto generale e incondizionato dei figli ad ereditare una parte del patrimonio dei loro genitori, atteso che l'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione EDU non assicura il diritto di acquisire beni mediante successione, ma si limita a sancire il diritto di ciascuno al rispetto della “sua” proprietà.

Anche con riferimento al nostro ordinamento si può affermare che le norme a tutela dei legittimari e più in generale il sistema della successione necessaria non sono certamente attuative di diritti inviolabili dell'uomo, sì che risultano derogabili da una legge straniera o applicabili a condizioni di reciprocità.

Invero, la nostra Carta fondamentale, in materia successoria – inserendo la successione a causa di morte nella norma dedicata alla proprietà, a conferma della tradizionale intima connessione tra diritto successorio e diritto dominicale³⁴ – menziona espressamente all'art. 42, comma 4, solamente la successione legittima e quella testamentaria. Il mancato riferimento alla successione necessaria ha indotto certa dottrina, supportata dalla giurisprudenza anche di legittimità³⁵, a ritenere la quota di riserva tutt'altro che

³³ Secondo un orientamento, si dovrebbe continuare a seguire la prassi che interpreta *praeter legem* l'art. 17 della convenzione come comprensivo di una norma implicita sulla legge applicabile, e, pertanto, si dovrebbe far coincidere la legge applicabile con quella del giudice competente, atteso che «il mantenimento di un regime parzialmente derogatorio rispetto al diritto comune dei due paesi appare tuttavia pienamente giustificato sia dalle peculiari caratteristiche delle relazioni italo-svizzere, sia, soprattutto dal superiore interesse ad avere una soluzione bilaterale concordata e consacrata da una norma uniforme in vigore in entrambi i paesi. A questo proposito, occorre dare il giusto peso alla circostanza che una norma uniforme è interpretata dalle autorità giudiziali dei due paesi in vista delle esigenze della Convenzione, in una prospettiva diversa, dunque, da quella del diritto comune, come abbiamo visto nella presente rassegna. La consolidata prassi applicativa della Convenzione fornisce numerosi argomenti a favore del suo mantenimento» (in questo senso T. BALLARINO-I. PRETELLI, *Una disciplina ultracentenaria delle successioni*, in *Riv. ticinese di diritto*, 2014, 919). Una differente dottrina ritiene, invece, che l'art. 17 del Trattato si limita a disciplinare unicamente la competenza e non già la legge applicabile, la quale dovrebbe essere individuata secondo quanto previsto dal Regolamento 650/2012 applicando il criterio di collegamento della residenza abituale (A. BONOMI, *Le successioni internazionali nelle relazioni italo-svizzere: un plädoyer per la revisione della convenzione del 1868*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2019, 41). In argomento, vedasi altresì F. RIZZO, *Il contratto successorio svizzero alla prova del Regolamento UE 650/12*, in *Annali della fac. giur. dell'un. di Camerino*, n. 11/2022, 1.

³⁴ Invero, nei lavori preparatori alla Costituzione si legge che «la menzione del diritto successorio è stata fatta per volontà e desiderio espresso di coloro che volevano fosse messo l'accento sul diritto di proprietà privata appunto perché tale diritto trova la sua espressione più caratteristica nel diritto successorio» (Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori, vol. II, Roma, 1970-1971, 1680). In tema, vedansi P. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in *Tratt. breve succ. e donaz.*, diretto da P. Rescigno, vol. I, Cedam, Padova, 2010, 4; ID., *Introduzione al codice civile*, Laterza, Bari, 2001, 94; ID., *Proprietà e famiglia*, Pàtron, Bologna, 1971, 36; A. DE CUPIS, voce *successione ereditaria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, 1257. Non a caso L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, Giuffrè, Milano, 1999, 11, affermava che il «fondamento politico-istituzionale della successione *mortis causa*» deve individuarsi nel diritto di proprietà.

³⁵ In proposito, Cass., 24 giugno 1996, n. 5832, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 1, 164, con nota di E. CALÒ, *L'etica dell'ordine pubblico internazionale e lo spirito della successione necessaria*, ha esplicitamente affermato: «Ai legittimari non fa riferimento la Carta Costituzionale e la quota riservata ai medesimi rappresenta un limite della successione legittima ovvero delle disposizioni te-



insopprimibile³⁶, trattandosi di un limite alla successione affidato alla discrezionalità del legislatore ordinario. La disciplina di tutela dei legittimari non costituirebbe perciò un principio di ordine pubblico internazionale, ammettendosi l'applicabilità in Italia di leggi straniere che non contemplano a favore dei legittimari un livello di tutela corrispondente a quello nazionale. Del resto, come visto, il Regolamento europeo n. 650/2012 permette di applicare ad una successione la legge del luogo della residenza abituale o quella scelta per il tramite di una *professio iuris*, la quale ben potrebbe non prevedere quote di riserva in favore dei congiunti o del coniuge.

Benché non direttamente inserita nel testo costituzionale, comunque, la successione necessaria presenta un collegamento indiretto con alcune norme costituzionali. In particolare, le disposizioni di cui agli artt. 536 ss. cod. civ., in quanto volte ad evitare che «i più stretti parenti del *de cuius*, quelli che hanno vissuto con lui, rimangano senza sostanza alcuna»³⁷, comunicano con le garanzie costituzionali riferite al riconoscimento dei diritti della famiglia (art. 29 Cost.), al dovere dei genitori di mantenere i figli (art. 30 Cost.), all'impegno dello Stato a favorire gli istituti a protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù (art. 31 Cost.)³⁸. Del

stamentarie, che il legislatore ordinario può modificare ed anche sopprimere; pertanto l'istituto non rientra tra quelli che costituiscono l'ordine pubblico, cui si riferisce l'art. 31 delle disposizioni sulla legge in generale». La successiva pronuncia di cui alla Cass., 30 giugno 2014, n. 14811, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 567, con nota critica di E. CALÒ, *La vedova non è più allegra: la mancanza di reciprocità con Cuba preclude lo status di legittimario*, ha affermato che «Con specifico riferimento poi all'art. 29 Cost., deve rilevarsi che tale norma tutela l'interesse del soggetto alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, e non si estende all'istituto della successione necessaria, che non ha copertura costituzionale». Tra la giurisprudenza di merito si segnala App. Milano, 4 dicembre 1992, in *Riv. dir. int. e priv. proc.*, 1994, 821; Trib. Termini Imerese, 15 luglio 1965, in *Giur. siciliana*, 1965, 784. In senso contrario si ricordano V. TAGLIAFERRI, *Il diritto delle successioni e le nuove regole di assegnazione della ricchezza*, Giuffrè, Milano, 2012, 116. e L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, Giuffrè, Milano, 2000, t. II, 89, nt. 1, secondo il quale «l'intangibilità della legittima è un principio di ordine pubblico non solo interno, ma anche di diritto internazionale privato».

³⁶ In tal senso F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2006, 4, nell'auspicare la sua abrogazione, osserva che «spetta al legislatore ordinario stabilire le norme e i limiti della successione testamentaria (art. 42, comma 4, Cost.). Dunque la famiglia e la filiazione sono bensì protette a livello costituzionale (art. 29, 30, 31, 37 Cost.), ma non nei suoi profili di trasmissione *mortis causa* della ricchezza, onde la quota di riserva potrebbe anche essere limitata, assai opportunamente e proficuamente, ad un assegno alimentare vitalizio del tipo di quello previsto dall'art. 548 cpv., c.c. per il coniuge separato con addebito o, ancor meglio, a un assegno assistenziale in caso di bisogno, del tipo di quello previsto, per il coniuge divorziato, dall'art. 9-bis l. 1° dicembre 1970, n. 898». In senso analogo vedasi altresì A. PORCIELLO, in A. PORCIELLO-M. MAZZUCA, *Sulle successioni mortis causa. Tra autonomia e valori costituzionali*, Esi, Napoli, 2014, 81. Un ripensamento del diritto delle successioni nel senso di escludere una prevalenza assoluta e aprioristica dell'interesse familiare su tutti gli altri interessi, a vantaggio dell'autonomia negoziale *post mortem* è proposta da V. BARBA, *Recensione a Vincenzo Verdicchio, La circolazione dei beni di provenienza donativa*, in *Foro nap.*, 2014, 713; ID., *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, cit., 345; ID., *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 333. In particolare, V. BARBA, *Recensione a Vincenzo Verdicchio, La circolazione dei beni di provenienza donativa*, cit., 717, reputa che anche nell'attuale assetto assiologico dell'ordinamento «si può giungere alla conclusione che la tutela dei legittimari non è, necessariamente, ineludibile» e che «gli interessi espressi e protetti da essa hanno carattere recessivo. Sicché è possibile e plausibile giungere alla conclusione che la disciplina di tutela dei legittimari debba essere ridimensionata a pieno vantaggio dell'autonomia privata».

³⁷ Così G. TAMBURRINO, voce *Successione necessaria (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, 1352.

³⁸ Si veda V.E. CANTELMO, *L'istituto della riserva*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Cedam, Padova, 1994, 471, il quale osserva: «Il sistema di diritto positivo di attuazione dei diritti del legittimario trova fondamento nella norma costituzionale della tutela della persona e del matrimonio e realizza uno dei limiti alla successione per causa di morte in generale enunciati dalla previsione costituzionale nell'ultimo comma dell'art. 42 [Cost.]». Vedasi altresì anche E. GABRIELLI, *Rapporti familiari e libertà di testare*, in *Familia*, 2001, 11, secondo cui «Le norme costituzionali importano, in ogni caso, che il legislatore ordinario è tenuto: [...] a prescrivere limiti alla libertà di disporre per causa di morte in considerazione degli interessi dei componenti della famiglia legittima e dei figli naturali». In argomento vedansi altresì V. VERDICCHIO, *La circolazione dei beni di provenienza donativa*, Esi, Napoli, 2012, 10; G.R. FILOGRANO, *Donazione indiretta e tutela dei legittimari*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 222; G. MARINARO, *La successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ.*, CNN, diretto da P. Perlingieri, Esi, Napoli, 2009, 8.



resto, lo stesso art. 42, ult. comma, Cost., ammette genericamente «limiti» alla successione legittima e testamentaria, presupponendo il contemperamento degli interessi sottesi a quest'ultime tipologie con valori ulteriori a quelli individualistici che convergono nel fenomeno ereditario³⁹. Pertanto, trova tutela costituzionale quella che è stata definita "successione necessaria materiale", che assicura un opportuno sostegno patrimoniale al coniuge e ai figli minori del defunto, a prescindere dalla natura e dalla latitudine dei diritti attribuiti⁴⁰.

Avendo dunque ben chiari quali direttive di principio i riferimenti costituzionali⁴¹ («la bussola, secondo la celebre metafora del giurista navigante in mare aperto»⁴²), è possibile dedurre che la sostanza dei precetti costituzionali posti a protezione della famiglia nucleare e dell'infanzia in particolare⁴³ non impedisce al legislatore la modifica delle norme riguardanti la quota di riserva, emendando, ad esempio, la natura (da quota dell'attivo ereditario a quota d'eredità, ipotizzando una legittima "per equivalente"⁴⁴) e il *quantum* dei diritti accordati ai legittimari, nonché gli strumenti da essi invocabili al fine di tutelare i propri interessi.

I diritti fondamentali scolpiti dalla Costituzione hanno invero mutato il sistema dei valori normativi⁴⁵ presenti nell'originaria orditura del Codice civile, in cui, per considerare solo la materia successoria, si riconosce assoluta prevalenza ai profili patrimoniali e ad una valutazione quantitativa degli interessi in gioco.

Di conseguenza, l'attuale assetto costituzionale e i valori espressi dai principi informatori del nostro ordinamento autorizzano una profonda revisione del fenomeno giuridico successorio, il quale non può svilire

³⁹ In proposito, M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, 493, giunge a riconoscere una "costituzionalizzazione" della successione necessaria sia da un'esegesi del testo di cui all'art. 42, comma 4, Cost., sia da altri indici ricavabili dalla legge fondamentale, non mancando, tuttavia, di precisare «pur mancando argomenti senz'altro dirimenti».

⁴⁰ Sulla formula "successione necessaria materiale" si vedano le acute considerazioni di A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in R. SACCO (diretto da), *Tratt. di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2002, 91, il quale evidenzia così – in prospettiva comparatistica – «la convergenza delle regole strutturali dei sistemi giuridici a fronte del differente tenore delle regole enunciate». La dicotomia tra una successione necessaria materiale e una successione necessaria formale è propria della Pandettistica; in senso critico, si vedano le riflessioni di L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 1.

⁴¹ Del resto, anche L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 (ora in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Giuffrè, Milano, 2011, 165) ricorda che i principi possono assumere la veste dogmatica di regole di decisione o il carattere retorico di una base di partenza per l'attività del giudice, come il riferimento alla giustizia della decisione o del contratto e del processo.

⁴² Così, U. BRECCIA, *La bussola e il compasso del giurista navigante in mare aperto*, in *Liber amicorum per Francesco Donato Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Giuffrè, Milano, 2008, 9.

⁴³ Si veda V.E. CANTELMO, *L'istituto della riserva*, cit., 471, il quale osserva: «Il sistema di diritto positivo di attuazione dei diritti del legittimario trova fondamento nella norma costituzionale della tutela della persona e del matrimonio e realizza uno dei limiti alla successione per causa di morte in generale enunciati dalla previsione costituzionale nell'ultimo comma dell'art. 42 [Cost.]». Vedasi altresì anche E. GABRIELLI, *Rapporti familiari e libertà di testare*, in *Famiglia*, 2001, 11, secondo cui «Le norme costituzionali importano, in ogni caso, che il legislatore ordinario è tenuto: [...] a prescrivere limiti alla libertà di disporre per causa di morte in considerazione degli interessi dei componenti della famiglia legittima e dei figli naturali».

⁴⁴ Sul tema si vedano le acute riflessioni di A. SEMPRINI, *Legittima per equivalente: sistema ed evoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1444; ID., *La legittima per equivalente*, Esi, Napoli, 2019, *passim*; ID., *La legittima per equivalente*, in *Dir. delle successioni e della famiglia*, *Quaderni*, 32, Esi, Napoli, 2019, 45; ID., *La progressiva erosione della legittima in natura*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 1054.

⁴⁵ Già S. PUGLIATTI, *Il diritto ieri oggi domani. Ultima lezione* (Aula Magna dell'Università di Messina 19 dicembre 1973), Giuffrè, Milano, 1993, 20, ammoniva che «il nostro sistema è fondato sul testo della Costituzione, e la Costituzione vigente in Italia è di carattere rigido, tale cioè per cui la norma della legislazione ordinaria deve essere conforme ai principi e alle norme costituzionali, altrimenti potrà essere dichiarata illegittima e perdere così la sua efficacia. Per il principio della massima applicazione della Costituzione, ai principi costituzionali è vincolato il legislatore ordinario a cui incombe l'obbligo di provvedere alla formulazione delle norme attuative di quei principi. Ma le carenze in questo campo sono assai numerose e cospicue. Vi è legato l'interprete, cittadino, organo amministrativo, giudice. Ed anche il giurista tecnico, cultore del diritto privato o del diritto amministrativo o di qualsiasi ramo del diritto, deve formarsi una mentalità costituzionalistica, deve cioè, nella sua opera di interprete e di costruttore del sistema, trarre dalle norme contenute nella Carta costituzionale le fondamentali direttive ermeneutiche e costruttive». Più recentemente si vedano le riflessioni di G. CONTE, *Il processo di neo-costituzionalizzazione del diritto privato. Notazioni sull'efficacia precettiva e sulle modalità applicative dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Giust. civ.*, 2018, 147.



l'atto di ultima volontà quale espressione del principio di autonomia, e dunque strumento di realizzazione della dignità della persona⁴⁶, né essere circoscritto alla mera modificazione soggettiva dei rapporti giuridici patrimoniali, ignorando la necessità che la successione *mortis causa* sia estesa anche alla sfera contrassegnata da interessi di natura non patrimoniale⁴⁷ e sempre più protesa all'appagamento di bisogni esistenziali della persona⁴⁸.

Pertanto, il principio di solidarietà familiare, scolpito dalle norme costituzionali su menzionate su cui riposa la conservazione di diritti riservati a determinati componenti del nucleo familiare⁴⁹, lungi da asseconda-

⁴⁶ Sul punto valga richiamare G. PERLINGIERI, *Il «Discorso preliminare» di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 678, il quale afferma che «l'autonomia testamentaria, più che mezzo di attribuzione patrimoniale, è prima di tutto atto di disposizione, anche di natura meramente negativa, e di regolamentazione, nonché strumento di realizzazione e di autodeterminazione della persona umana»; considerazioni, queste, ampiamente sviluppate in ID., *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, cit., 559, nonché in ID., *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 778. In tema si vedano le acute riflessioni di G.W. ROMAGNO, *Libertà testamentaria, successione necessaria e tutela del credito*, Esi, Napoli, 2021, 169; N. CIPRIANI, *Potere di disporre mortis causa e libertà personale, interessi della famiglia e del testatore*, in Aa.Vv., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria, Atti dell'11 Convegno Nazionale Sisdic*, Esi, Napoli, 2017, 345; P. LAGHI, *Recensione ad Andrea Porciello e Marcello Mazzuca, Sulle successioni mortis causa tra autonomia e valori costituzionali*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 1000; ID., *La clausola di diseredazione: da disposizione «afflittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, Esi, Napoli, 2013, 72; M. MAZZUCA, *La successione necessaria: sistematica del codice civile e assiologia costituzionale*, in ID.-A. PORCIELLO, *Sulle successioni mortis causa tra autonomia e valori costituzionali*, Esi, Napoli, 2014, 50. In argomento, V. BARBA, *Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa*, in *Riv. dir. priv.*, 2021, 519, osserva che: «l'interesse familiare non può più essere considerato l'esclusivo e unico orizzonte ermeneutico attraverso il quale i temi e i problemi del diritto ereditario debbano essere svolti e sciolti». Inoltre, vedasi le lucide considerazioni espresse dallo stesso autore in V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, cit., 345; ID., *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 333. Sul rapporto tra autonomia privata e Costituzione vedasi le riflessioni di V. RIZZO, *Contratto e costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 355, il quale avverte che tale relazione è intesa in senso ambivalente, ora come *Wesengehalt*, ora come *Drittwirkung*: ora «come problema dell'esistenza di un principio costituzionale di tutela dell'autonomia privata», ora «come incidenza della Costituzione nel procedimento di individuazione della disciplina di rapporti civilistici». In proposito, F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2012, 65, critica le «inibizioni e ritrosie della civilistica, che inducevano a vedere nel dettato costituzionale (soltanto) un programma di politica del diritto, privo di immediata precettività». Giova infine rammentare il pensiero di Umberto Breccia che concepisce l'autonomia privata come un ordinamento il cui riconoscimento primo è di natura costituzionale: U. BRECCIA, *Il pensiero di Salvatore Romano*, in G. FURGUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Esi, Napoli, 2015, 5; ID., *Autonomia contrattuale*, in E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, in *Comm. Gabrielli*, Utet, Torino, 2011, 67.

⁴⁷ Sul tema vedasi V. BARBA, *Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 333 in cui, a proposito degli atti di ultima volontà diversi dal testamento, idonei a regolare profili successori della persona, rammenta: «nel codice civile v'è già traccia e, al riguardo, basti ricordare la scelta del tutore o dell'amministratore di sostegno del proprio figlio, per il tempo successivo alla morte del genitore compiuta per atto pubblico o per scrittura privata autenticata (artt. 348, comma 1, e 408, comma 1, c.c.), la dichiarazione con cui si può escludere una persona dall'ufficio tutelare (art. 350, comma 1, n. 2, c.c.), nonché la stessa dispensa dalla collazione (art. 737 c.c.), nonché il problema dei diritti della personalità. È previsto, inoltre, che il soggetto possa regolare taluni interessi per dopo la propria morte anche con un atto diverso dal testamento sia nella legge sul diritto d'autore (cfr. artt. 24, comma 3; 93, comma 4; 96, comma 2) sia nella legge sulla cremazione e dispersione delle ceneri (cfr. l. 30 marzo 2001, n. 130) sia, infine, sebbene preveda ipotesi più controverse, nella legge sulla c.d. donazione di organi (l. 1° aprile 1999, n. 91, art. 4)». Sull'idoneità della successione *mortis causa* a regolamentare sia rapporti economici che interessi non patrimoniali vedansi, inoltre, meno recentemente, G. BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, 2000, 792; A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Cedam, Padova, 1998, 245; G. GIAMPICCOLO, voce *Atto «mortis causa»*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, 232.

⁴⁸ In merito vedasi S. CICCARELLO, *Persona e successione ereditaria*, Esi, Napoli, 1994, 169.

⁴⁹ La tutela dei legittimari è ricondotta al principio di solidarietà familiare, tra gli altri, da V. BARBA, *La successione dei legittimari*, Esi, Napoli, 2020, 19; N. VIRGILIO, *La successione riservata nell'ordinamento italiano*, in F. VOLPE (a cura di), *La successione dei legittimari*, Giuffrè, Milano, 2017; M. DOSSETTI, *Concetto e fondamento della successione necessaria*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, III, *La successione legittima*, 2009, Giuffrè, Milano, 69; G. MARINARO, *La suc-*



re l'esigenza di conservazione di una parte dei beni agli appartenenti della sua famiglia di origine, deve essere temperato con altri valori e interessi, ugualmente protetti dalla Costituzione come la libertà di disporre⁵⁰, l'autodeterminazione individuale e soprattutto la dignità umana: la libertà nel dare un assetto ai propri interessi *post mortem* costituisce un mezzo per la realizzazione e la promozione di questo «super-valore dotato di intrinseca pervasività»⁵¹, tanto da doversi ritenere l'autonomia testamentaria tutelata costituzionalmente dall'art. 2 Cost. più che dall'art. 42, ultimo comma, Cost.⁵².

Del resto, appare dissonante che il negozio testamentario goda, da un lato, di una maggiore duttilità rispetto al negozio *inter vivos*, tanto che non è sottoposto ad alcun vaglio di meritevolezza o di utilità sociale⁵³, dall'altro soffra di una forte limitazione quantitativa, atteso che la quota disponibile può arrivare ad essere circoscritta a solo un quarto del patrimonio ereditario. Di conseguenza, l'ampliamento della libertà di dare un assetto ai propri interessi per il tempo successivo alla morte sarebbe maggiormente coerente con la piena autonomia che consente alla persona capace d'agire di disporre in vita come meglio crede in misura larga e ampia delle proprie sostanze, anche depauperando il proprio patrimonio, in assoluto pregiudizio dei propri congiunti: com'è stato più volte affermato dalla Corte di cassazione, non sussistono gli estremi della prodigalità «nella condotta di un soggetto che, con la redistribuzione della propria ricchezza a persone a lui vicine, anche se non parenti, intendeva dare una risposta positiva e costruttiva al naufragio della propria famiglia»⁵⁴.

cessione necessaria, cit., 6; M. COMPORI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Famiglia*, 2003, 27; G. TAMBURRINO, voce *Successione necessaria (diritto privato)*, cit., 1352; L. FERRI, *Dei legittimari, Libro II – Art. 536-564*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Zanichelli e Roma Società Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1981, 2; V.E. CANTELMO, *Fondamento e natura dei diritti del legittimario*, Jovene, Napoli, 1972, 23 e 27. Evidenzia la funzione sociale del fenomeno successorio M. MAZZUCA, *La successione necessaria: sistematica del codice civile e assiologia costituzionale*, cit., 50.

⁵⁰ Si veda, in proposito, quanto evidenziato da G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 200.

⁵¹ In questi termini V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè, Milano, 2018, 64. Sulla dignità come criterio selettivo di regole e norme vedansi P. PERLINGIERI, *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in *Annali Sisdic.*, 2020, 5, 1; ID., *Il 'Diritto privato europeo' tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 345; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, Camerino-Napoli, 1972, 74. Sul valore costitutivo e normativo della dignità umana vedansi, tra la vasta letteratura, G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Giappichelli, Torino, 2014, *passim*; C. SCOGNAMIGLIO, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, in *Giust. civ.*, 2014, 67; S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, La Scuola di Pitagora, Napoli, 2013, 14; L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 761; G. ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 35; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 67; L. MENGONI, *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 1985, 134. L'intrinseca vocazione evolutiva propria della dignità è sottolineata da F.D. BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1071 e da P. ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, in Id., *Maschere del diritto. Volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, 40. Evidenzia il rischio di considerare la dignità un'evanescente panacea funzionale a sostenere qualsiasi tesi sottraendola al piano della discussione C.M. MAZZONI, *Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea*, Olschki, Firenze, 2019, 10.

⁵² Tanto da ritenere l'autonomia testamentaria tutelata costituzionalmente dall'art. 2 Cost. più che dall'art. 42, ultimo comma, Cost. In tal senso G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, in Id. (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, II, *La successione testamentaria*, Giuffrè, Milano, 2009, 6. In argomento vedasi altresì A.G. CIANCI, *Diritto privato e libertà costituzionali*, I, *Libertà personale*, Jovene, Napoli, 2016, 165.

⁵³ In argomento si rammentano le riflessioni di G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, cit., 13; S. PAGLIANTINI, *Causa e motivi nel regolamento testamentario*, Jovene, Napoli, 2000, 102; V. SCALISI, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 398; A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, 60; N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Giuffrè, Milano, 1970, 116; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, 58.

⁵⁴ Così in termini, Cass., 28 dicembre 2023, n. 36176, in *Not.*, 2024, 67, la quale richiama un analogo principio espresso da Cass.,



La revisione della successione necessaria non può però spingersi fino a eludere del tutto i principi costituzionali che impongono il rispetto dei valori della reciproca solidarietà familiare, sebbene il solidarismo non possa intendersi come del tutto scisso da una vocazione personalistica⁵⁵.

In proposito, valga osservare come negli ordinamenti di *common law*, ispirati a principi totalmente differenti dal nostro, in quanto volti alla tutela non già del principio dell'intangibilità della legittima bensì dell'assoluta autonomia testamentaria (nonostante una percentuale compresa tra la metà e i due terzi della popolazione – in particolare i soggetti titolari di minori patrimoni – muoia intestata⁵⁶), si prevede a favore di determinati congiunti del *de cuius* – come anticipato – il diritto ad un mero credito alimentare solo qualora sussista un effettivo stato di bisogno, rimettendo dunque al giudice la valutazione del caso concreto⁵⁷.

7. – È noto che come ha più volte ammonito Giuseppe Benedetti, quando si è di fronte ad un testo normativo destinato ad operare in un contesto pluriculturale, per evitare il rischio di possibili frantumazioni e dispersioni, si deve trovare un possibile piano di equilibrio e d'intesa tra, da una parte, la necessaria varietà di contesti giuridici nazionali e, dall'altra, l'esigenza ineludibile di garantire un esito interpretativo omogeneo e uniforme⁵⁸, in modo da realizzare una "sintesi del molteplice nell'uno", per dirla con Pugliatti⁵⁹.

13 gennaio 2017, n. 786, in *Foro it.*, 2017, 1, 4, 1302. Per contro, nella Relazione al Re che accompagnò l'emanazione del vigente codice civile il concetto di prodigalità è stato preso in considerazione «in rapporto a chi con lo sperpero e la dilapidazione minacci di rovinare la famiglia», senza, pertanto, alcun riferimento alle condizioni psichiche del soggetto.

⁵⁵ In tal senso, vedasi su tutti P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, Esi, Napoli, 2020, 433, 438, 566 e 597, ripreso da V. BARBA, *Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa*, cit., 518. In proposito, ancora P. PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Cedam, Padova, 2007, a p. 317, suggerisce una rilettura del diritto ereditario alla luce dei principi di maggior libertà testamentaria e maggior autonomia negoziale e a p. 321 osserva come l'art. 42, comma 4, Cost., «riservando alla legge il compito di stabilire "le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità", consente una modifica agevole del diritto delle successioni nelle indicate direzioni. Modifica che, tuttavia, non può compiersi eludendo la considerazione dei principi costituzionali (in specie quelli enunciati agli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost.), i quali impongono di adeguare ogni intento riformatore al rispetto delle esigenze di solidarietà familiare». Più recentemente lo stesso V. BARBA, *Maso chiuso tra tradizione sudtirolese e principi identificativi del sistema ordinamentale*, in *Fam. e dir.*, 2018, 121, ha tuttavia evidenziato che «l'interesse familiare non può più essere considerato l'esclusivo e unico orizzonte ermeneutico attraverso il quale i temi e i problemi del diritto ereditario debbano essere svolti e sciolti. Tutto ciò, ovviamente, non significa proporre una lettura abrogante della disciplina di tutela dei legittimari, sebbene essa meriterebbe un'importante revisione legislativa, almeno in termini di riduzione delle quote di riserva, di trasformazione della tutela dei legittimari da reale a meramente obbligatoria, di ammissibilità di una diseredazione del legittimario per violazione dei doveri di solidarietà nei confronti del *de cuius*». In proposito, vedansi altresì le riflessioni di M. MAZZUCA, *La successione necessaria: sistematica del codice civile e assiologia costituzionale*, in A. PORCIELLO-M. MAZZUCA, *Sulle successioni mortis causa. Tra autonomia e valori costituzionali*, cit., 50.

⁵⁶ Vedasi *National Consumer Council, Finding the will: a report on will writing behaviour in England and Wales*, 2007, disponibile al sito <https://www.probate-solicitors.co.uk/> p 3; K. ROWLINGSON-S. MCKAY, *Attitudes to Inheritance in Britain*, Joseph Rowntree Foundation, York, 2005, 69.

⁵⁷ Sul punto vedasi B. SLOAN, *Borkowski's Law of Succession*, cit., 287; R. KERRIDGE, *Family Provision in England and Wales*, cit., 384; E. COOKE, *Testamentary Freedom: A Study of Choice and Obligation in England and Wales*, in *Freedom of testation. Testierfreiheit*, R. ZIMMERMANN (ed.), 2012, 125; M. PATRONE, *Le clausole di non contestazione nei testamenti e nei trust: un approccio comparato*, in *Trusts*, 2012, 27; A. FUSARO, *Il diritto successorio inglese e il trust*, cit., 559. Sull'evoluzione del diritto successorio anglosassone si vedano le analisi di U. MATTEL, *La successione contro la volontà del testatore: radici profane di una contrapposizione sacra fra common law e sistemi romanisti*, in P. CENDON (a cura di), *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Giuffrè, 1994, I, 765 e A. MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Cedam, Padova, 1995, 5.

⁵⁸ G. BENEDETTI, *Quale ermeneutica per il diritto europeo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1.

⁵⁹ La formula si legge in S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in ID., *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, 93 e in ID., *Scritti giuridici*, V (1965-1996), Giuffrè, Milano, 2011, 1133.



All'esito della disamina della sentenza della Corte EDU che ha rilevato l'inesistenza di un diritto in capo ai congiunti a ereditare, stabilendo definitivamente che la quota di legittima non è un diritto protetto internazionalmente, è possibile concludere brevemente sui possibili spazi evolutivi permessi dalla nostra cornice assiologica con riferimento ad una riforma della successione necessaria.

Posto che secondo il principio costituzionale ricavabile dall'art. 42, ult. comma, Cost., spetta alle scelte discrezionali del legislatore ordinario l'individuazione dei limiti della successione testamentaria e, dunque, l'estensione dell'autonomia testamentaria, le norme della Costituzione italiana non impedirebbero né la radicale cancellazione della successione necessaria⁶⁰ e tanto meno interventi intermedi consistenti nella diminuzione delle quote di riserva o nel calcolo della legittima con criteri di progressività⁶¹ o nel riconoscimento ai congiunti di un diritto di credito e solo in presenza di peculiari presupposti – come ad esempio una particolare situazione di precarietà psico-fisica o economica o della durata del matrimonio – similmente a quanto previsto nei sistemi inglese, canadese, cubano e messicano⁶², ovvero ancora nell'espunzione degli ascendenti dall'elenco dei legittimari con la mera previsione di un diritto di credito in presenza di precarietà psico-fisica o economica, con un superamento di una visione dogmatica astratta⁶³ o ancora di ammettere la diseredazione del legittimario per violazione dei doveri di solidarietà nei confronti del *de cuius*⁶⁴ o di dilatare le fattispecie di indegnità (art. 463, n. 3-*bis*, cod. civ.)⁶⁵.

⁶⁰ Si allude al d.d.l. n. 1043/2006 (XV leg.) di iniziativa dei Senatori Saro, Antonione, Mauro, Massidda e Sanciu, comunicato alla Presidenza il 27 settembre 2006 nonché al d.d.l. n. 576/2008 (XVIa leg.) di iniziativa del Senatore Saro, comunicato alla Presidenza il 17 giugno 2008. Sul punto vedansi, con differenti accenti, le riflessioni di A.M. GAROFALO, *La riforma della successione necessaria e le quote di riserva facoltative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, 69; G. AMADIO, *Le proposte di riforma della successione necessaria*, in *Giur. it.*, 2012, 1942; ID., *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. not.*, 2007, 806; M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, cit., 493; S. DELLE MONACHE, *Abrogazione della successione necessaria?*, in A. DONATI-A. GARILLI-S. MAZZARESE-A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, 2, Persona, famiglia e successioni, Utet, Torino, 2009, 237; G. BONILINI, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in AA.VV., *La successione legittima*, in *Tratt. Bonilini*, III, Giuffrè, Milano, 2009, 729; M. PARADISO, *Sulla progettata abrogazione della successione necessaria*, in S. PAGLIANTINI-E. QUADRI-D. SINESIO (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, III, Giuffrè, Milano, 2008, 2055.

⁶¹ In argomento si vedano le riflessioni di E. CALÒ, *Le nuove fonti europee d'immediata applicazione professionale*, Esi, Napoli, 2013, 158.

⁶² In proposito, vedasi P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in occasione dell'XI Convegno S.I.S.Di.C., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Esi, Napoli, 5-7 maggio 2016, Napoli, 2017, 513; A. PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (Riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimati)*, in *Pers. e danno*, 2007, 5, 7; ID., *Il diritto delle successioni: fondamenti costituzionali, regole codicistiche ed istanze sociali*, in *Vita not.*, 2004, 115. In proposito, inoltre, vedasi G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, 583, il quale osserva che «potrebbero essere altri, gli strumenti adatti al soccorso di chi versi in istato di bisogno, e potrebbero essere accónci, soprattutto, lo strumento alimentare e quelli atti a non sacrificare la proprietà, epperò capaci di fornire un reddito, sicché potrebbero trovare migliore impiego, in definitiva, i diritti di usufrutto, di uso, di abitazione e, in senso lato, il credito alimentare». In proposito vedasi altresì le riflessioni di G. GABRIELLI, *Il regime successorio nella famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, II, 1285.

⁶³ In tal senso, sia pure ad altro riguardo, P. PERLINGIERI, *Diritti della persona anziana, diritto civile e Stato sociale*, in AA.VV., *Anziani e tutele giuridiche*, a cura di P. Stanzione, Esi, Napoli, 1991, 42.

⁶⁴ Vedasi in proposito le riflessioni di V. BARBA, *Diseredazione*, in V. CUFFARO (a cura di), *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 505; ID., *Recensione a "La clausola di diseredazione. Da disposizione «afflittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria" di Pasquale Laghi ed a "La diseredazione. Profili evolutivi" di Marco Tatarano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 969; ID., *La disposizione testamentaria di diseredazione* (nota a Cass., 25 maggio 2012, n. 8352), in *Fam. pers. succ.*, 2012, 763. In senso analogo si rinvia alle considerazioni di M. COMPARTI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, cit., 42.

⁶⁵ Sul punto vedasi le lucide osservazioni di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il diritto successorio tra questioni ancora aperte e nuove esigenze economico-sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 1037, secondo il quale: «Non può, infatti, essere revocato in dubbio che l'attuale misura delle quote di legittima debba essere rivista nel senso di un forte ridimensionamento, così come appare non del tutto irragio-



In tutte le su menzionate ipotesi, invero, si tratterebbe di individuare una *loi arbitraire* – per dirla con Jean Domat⁶⁶ – operando un differente bilanciamento degli interessi e dei valori che convergono nel fenomeno ereditario quali la tutela della famiglia, il dovere di mantenere i figli, la tutela della proprietà privata e la libertà di autodeterminazione del *de cuius*, facendo sì che la vicenda successoria si emancipi dalla funzione statica – certamente estranea alle economie più evolute – di conservazione della ricchezza all’interno della famiglia nucleare in forza di meri vincoli di sangue, per assurgere a fenomeno dinamico di circolazione dei diritti e di affermazione dell’autonomia privata per il tempo successivo alla propria dipartita⁶⁷.

Del resto, anche per il diritto vale ciò che diceva il dottor Živago della vita: «è un elemento che continuamente si rinnova e rielabora da sé, che da sé si rifà e si ricrea incessantemente»⁶⁸.

nevole pensare all’introduzione di ulteriori “correttivi”, come, ad esempio, quello di subordinare il diritto alla quota di legittima alla concreta persistenza di un vincolo affettivo, negando così qualsiasi diritto al figlio che abbia abbandonato il genitore nei momenti più critici. O, ancora, introdurre norme che sanciscano una necessaria partecipazione del coniuge alla vicenda successoria in misura proporzionale alla durata del vincolo matrimoniale o pensare ad altri interventi correttivi che la dottrina non ha mancato di proporre negli anni più recenti».

⁶⁶ Sul pensiero di Jean Domat, vedansi, da ultimo, F. ADDIS, *Norme e principi nel Trattato delle leggi di Jean Domat*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, Jovene, Napoli, 2023, 3; E. BATTELLI, *La primazia del diritto privato tra regole e principi nel Trattato delle leggi di Jean Domat*, in *Giust. civ.*, 2023, 623; R. CALVO, *Metodo e scienza nell’architettura domatiana del diritto civile*, in J. Domat, *Trattato delle leggi*, trad. it. a cura di R. Calvo, Esi, Napoli, 2020, 1.

⁶⁷ Sia consentito il rinvio a I.L. Nocera, *Per una rimediazione quantitativa della legittima. Solidarietà endofamiliare e autonomia nel passaggio generazionale*, Esi, Napoli, 2024, *passim*.

⁶⁸ B. PASTERNAK, *Il dottor Živago*, trad. it. di P. Zveteremich, Feltrinelli, Milano, 2014, 275.



CGUE, SENT. 5 MARZO 2024, C-755/21 P, MARIÁN KOČNER CONTRO AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER LA COOPERAZIONE NELL'ATTIVITÀ DI CONTRASTO (EUROPOL)

L'articolo 50 del Regolamento 2016/794, letto alla luce dell'articolo 49, paragrafo 3, e dei considerando 56 e 57 del medesimo regolamento, istituisce un regime di responsabilità in solido di Europol e dello Stato membro nel quale si è verificato il danno derivato da un trattamento illecito di dati verificatosi nell'ambito di una cooperazione tra essi a titolo del suddetto regolamento.

ANDREA PARZIALE

Ricercatore di Diritto privato comparato – Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

RESPONSABILITÀ SOLIDALE TRA EUROPOL E STATO MEMBRO PER DANNO DA TRATTAMENTO ILLECITO DEI DATI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti, la sentenza del Tribunale e il ricorso dinanzi alla Corte di giustizia. – 3. Le Conclusioni dell'Avvocato generale. – 4. La sentenza della Corte di giustizia. – 5. Alcune considerazioni.

1. – Con sentenza del 5 marzo 2024 (caso *Kočner contro Europol*)¹, la Corte di giustizia dell'UE ha stabilito, *inter alia*, che Europol e uno Stato membro possono essere chiamati a rispondere in solido per i danni derivanti da un trattamento illecito di dati personali. La Corte ha, inoltre, condannato Europol a versare al ricorrente 2000 euro, a titolo di risarcimento dei danni non patrimoniali sofferti.

Il presente contributo riassume, innanzitutto, il caso concreto sotteso alla sentenza in commento e le fasi processuali ad essa antecedenti. In secondo luogo, vengono ripercorsi gli snodi fondamentali dell'argomentazione sviluppata dalla Corte di Lussemburgo. In terzo luogo, vengono svolte alcune considerazioni sul potenziale impatto (e sui limiti) della sentenza. Da un lato, si rileva come, in linea di principio, la configurabilità di una responsabilità solidale tra Europol e uno Stato membro per il risarcimento del danno derivante dal trattamento illecito di dati personali possa rafforzare la tutela degli individui interessati, fornendo incentivi comportamentali auspicabili ai titolari del trattamento dei dati. Dall'altro lato, è giocoforza constatare come simili incentivi non possano certo venire efficacemente veicolati mediante liquidazioni risarcitorie, come quella disposta dalla sentenza in commento, sostanzialmente simboliche.

¹ Corte Giust., 5 marzo 2024, causa C-755/21 P, Marián Kočner c. Agenzia dell'Unione Europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol), ECLI:EU:C:2024:202.



2. – La pronuncia in commento si ricollega a una tragica vicenda di cronaca consumatasi in Slovacchia nel 2018. Il 21 febbraio di quell'anno, il giornalista Jan Kuciak, che stava indagando sugli intrecci tra criminalità organizzata e politica nel suo Paese, veniva assassinato, con la sua fidanzata Martina Kusnirova, nella sua abitazione presso Veľká Mača².

Ampie manifestazioni di piazza seguivano il delitto, inducendo il primo ministro Robert Fico a rassegnare le dimissioni³, mentre l'imprenditore Marián Kočner veniva indagato come possibile mandante dell'omicidio⁴. L'Europol sequestrava i telefoni dell'indagato e un dispositivo di archiviazione⁵. I dati delle analisi venivano forniti alle autorità slovacche nel 2018 e nel 2019⁶. Tuttavia, nel 2019, delle informazioni relative all'indagato trapelavano nella stampa, ivi comprese delle conversazioni personali e fotografie di natura intima e il collegamento dell'indagato alla c.d. "Mafia list"⁷.

L'indagato agiva, dunque, nei confronti di Europol dinanzi al Tribunale dell'UE, ai sensi dell'art. 50, par. 1, Regolamento 2016/794 (Regolamento Europol) e dell'art. 340 TFUE, per il risarcimento del danno arrecato al proprio diritto alla vita privata e familiare, complessivamente quantificato in 100000 euro: 50000 euro per la divulgazione illecita delle suddette conversazioni e fotografie; e di 50000 euro per la sua inclusione nella "Mafia list", che avrebbe indotto la stampa a designarlo come una persona affiliata alla criminalità organizzata⁸.

Ai fini di una più completa comprensione della posizione di parte attrice e delle decisioni del Tribunale e della Corte di giustizia, non è inopportuno riportare brevemente il contenuto dell'art. 50 del Regolamento Europol, che si articola in due paragrafi. Il primo paragrafo (in base al quale, come già detto, Marián Kočner agiva in giudizio) attribuisce alla «*persona fisica che subisca un danno cagionato da un trattamento illecito dei dati [...] il diritto di ottenere il risarcimento del danno da Europol, conformemente all'articolo 340 TFEU, o dallo Stato membro in cui si è verificato il fatto generatore del danno, conformemente al diritto nazionale*»; il secondo paragrafo dispone che «*[q]ualsiasi controversia tra Europol e uno Stato membro in merito alla responsabilità finale del risarcimento corrisposto a una persona fisica ai sensi del paragrafo 1 è sottoposta al consiglio di amministrazione [...], fatto salvo il diritto di impugnare tale decisione ai sensi dell'articolo 263 TFUE*». Fornisce dei chiarimenti sulla natura della responsabilità civile ex art. 50, par. 1 il considerando 57 del medesimo Regolamento: «*[p]oiché per la persona interessata può non essere chiaro se il danno subito a seguito di un trattamento illecito dipenda dall'azione di Europol o di uno Stato membro, è opportuno che Europol e lo Stato membro in cui si è verificato il fatto generatore del danno rispondano in solido*».

Con sentenza del 29 settembre 2021⁹, il Tribunale dell'UE respingeva la (duplice) domanda attorea ai sensi dell'art. 50, par. 1, Regolamento Europol. In primo luogo, i giudici di Lussemburgo rilevavano che il nesso causale tra la condotta di Europol e la divulgazione delle conversazioni e fotografie intime non era stato dimostrato¹⁰, non essendo chiaro chi avesse fatto trapelare i dati *de quibus* alla stampa, cui avevano acces-

² C. BONINI-C. ANESI-G. RUBINO-L. BAGNOLI-L. RINALDI, *Jan Kuciak, cronaca di un omicidio*, in *La Repubblica*, 20 febbraio 2019.

³ L. GAMBARDELLA, *Alla fine il premier slovacco ha ceduto e si è dimesso*, in *Il Foglio*, 15 marzo 2018.

⁴ Trib. UE, sez. VIII, 29 settembre 2021, causa T-528/20, Marián Kočner c. Agenzia dell'Unione Europea per la cooperazione nell'attività di contrasto, ECLI:EU:T:2021:631, paragrafi 1-6.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ Corte Giust., 5 marzo 2024, cit. (parag. 21).

⁸ Corte Giust., 5 marzo 2024, cit. (parag. 22).

⁹ Trib. UE, sez. VIII, 29 settembre 2021, cit.

¹⁰ Trib. UE, sez. VIII, 29 settembre 2021, cit. (parag. 58-91).



so sia Europol sia le autorità slovacche. Al riguardo, il Tribunale escludeva che potesse configurarsi una responsabilità solidale tra le istituzioni europea e nazionale in base all'art. 50, par. 1, Regolamento Europol¹¹. Sebbene, infatti, il considerando 57 del medesimo Regolamento evocava esplicitamente tale possibilità, secondo il Tribunale, tale disposizione, di carattere non giuridicamente vincolante, non trova una espressa menzione nell'articolato, vincolante, del Regolamento stesso¹².

Analogamente, il Tribunale rigettava anche la domanda risarcitoria relativa all'inclusione dell'attore nella c.d. "Mafia list" per un duplice motivo: *in primis*, in quanto non era dimostrato che Europol avesse redatto una tale lista; *in secundis*, in quanto la stampa aveva preso ad associare il nome dell'attore agli ambienti della criminalità organizzata ben prima della vicenda in esame.

La sentenza di primo grado veniva impugnata dinanzi alla Corte di giustizia per sei motivi. In particolare, il primo motivo di appello contestava l'esclusione da parte del Tribunale della responsabilità solidale tra Europol e Slovacchia per i danni derivanti dalla divulgazione illecita di dati personali. La decisione del Tribunale relativa all'inclusione dell'attore nella "Mafia list" non veniva, invece, impugnata.

3. – Con le Conclusioni del 15 giugno 2023¹³, l'Avvocato generale Rantos affermava che, ai sensi del Regolamento Europol, una responsabilità solidale può, in effetti, insorgere tra Europol e uno Stato Membro, proponendo, dunque, alla Corte di richiedere una nuova valutazione di merito da parte del Tribunale.

Al riguardo, Rantos presentava una motivazione dettagliata in merito all'interpretazione dell'art. 50, par. 1, Regolamento Europol¹⁴. In particolare, evidenziava l'Avvocato generale che, nonostante la formulazione letterale dell'articolo 50, paragrafo 1 non sia cristallina sul punto, il considerando 57 del Regolamento Europol menziona esplicitamente la responsabilità solidale tra Europol e lo Stato membro nelle ipotesi di danni derivanti da trattamento illecito di dati personali. Pur riconoscendo che i considerando non sono giuridicamente vincolanti, Rantos ne sottolineava l'importanza ermeneutica¹⁵, evidenziando come il considerando 57 sia indicativo dell'obiettivo del regolamento Europol e dell'intenzione del legislatore dell'UE.

Ad adiuvandum, alla luce dei principi generali comuni al diritto degli Stati membri, ai sensi dell'art. 340 TFUE, e dell'art. 9:101 dei *Principles of European Tort Law* (PETL)¹⁶, l'Avvocato generale rilevava comparativamente come i sistemi giuridici degli Stati membri si sovrappongano, in una certa misura, nel prevedere forme di responsabilità solidale laddove siano coinvolti più danneggiati¹⁷.

4. – Con sentenza del 5 marzo 2024, la Corte di giustizia si è sostanzialmente allineata alle raccomandazioni dell'Avvocato generale relative alla questione della responsabilità solidale tra Europol e Stato membro. La Corte ha affermato che, se una disposizione di un Regolamento può essere interpretata in modi diversi, i

¹¹ Trib. UE, sez. VIII, 29 settembre 2021, cit. (parag. 92-95).

¹² Trib. UE, sez. VIII, 29 settembre 2021, cit. (parag. 93-95).

¹³ Conclusioni dell'Avvocato generale Athanasios Rantos del 15 giugno 2023, causa C-755/21 P, Marián Kočner c. Agenzia dell'Unione Europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol), ECLI:EU:C:2023:481.

¹⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Athanasios Rantos del 15 giugno 2023, cit., paragrafi 24-54.

¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Athanasios Rantos del 15 giugno 2023, cit., paragrafo 42.

¹⁶ GRUPPO EUROPEO SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE, *Principi di diritto europeo della responsabilità civile dello European Group on Tort Law*, in <http://www egtl.org>.

¹⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Athanasios Rantos del 15 giugno 2023, cit. (parag. 50).



considerando possono offrire delle indicazioni utili per determinare quale, tra le molteplici interpretazioni possibili, sia quella corretta, chiarendone il contesto e la *ratio*¹⁸. Al contrario, l'interprete non può far leva sui considerando (che non sono vincolanti) per interpretare una disposizione (vincolante) in un senso che sia chiaramente contrario al suo tenore letterale¹⁹.

Nella specie, la formulazione dell'art. 50, par. 1, Regolamento Europol non è conclusiva per quanto riguarda la possibilità che insorga una responsabilità solidale tra Europol e uno Stato membro²⁰. Nulla nel dato testuale dell'art. 50 del Regolamento Europol osta alla configurabilità di una responsabilità solidale tra le istituzioni europea e nazionale²¹, come delineato nel considerando 57. Anzi, secondo la Corte, il tenore letterale dell'art. 50, par. 2, Regolamento Europol, nel prevedere una seconda fase in cui il Consiglio di amministrazione di Europol si pronuncia sulla «*responsabilità finale*» tra Europol e Stato membro del risarcimento corrisposto ai sensi del par. 1, «*non avrebbe alcuna ragion d'essere in assenza di responsabilità solidale di queste entità*»²².

Stando così le cose, secondo la Corte, il danneggiato non è tenuto a identificare quale delle entità coinvolte abbia commesso il trattamento illecito²³. È sufficiente che l'individuo dimostri che il trattamento illecito dei dati è stato effettuato nell'ambito della cooperazione tra Europol e uno Stato membro. A tale condizione, il danneggiato potrà scegliere nei confronti di quale istituzione agire per ottenere il risarcimento integrale del pregiudizio subito. Dopodiché, la ripartizione delle rispettive quote di responsabilità potrà essere oggetto di un (diverso) procedimento, che coinvolgerà solo Europol e lo Stato membro interessato, dinanzi al Consiglio di amministrazione di Europol²⁴.

Se, tuttavia, l'Avvocato generale Rantos aveva raccomandato che il Tribunale rivalutasse il caso nel merito, la Corte di giustizia ha deciso di pronunciarsi direttamente sulla controversia²⁵. Infatti, la Corte ha ritenuto che siano soddisfatte le condizioni della responsabilità civile extracontrattuale dell'UE ai sensi dell'art. 340 TFUE, vale a dire, (i) una violazione sufficientemente grave del diritto dell'UE che conferisce diritti soggettivi agli individui, (ii) l'insorgenza di un danno e (iii) la sussistenza di un nesso di causa tra la prima e il secondo²⁶.

Sub (i), secondo la Corte, è riscontrabile, nel caso *de quo*, una violazione di una norma giuridica attributiva di diritti soggettivi²⁷. Questo perché il Regolamento Europol impone a Europol e agli Stati membri «*un obbligo di protezione dei singoli contro il trattamento illecito dei dati personali che li riguardano, il quale emerge, in particolare, da una lettura combinata dell'articolo 2, lettere h), i) e k), dell'articolo 28, paragrafo 1, lettere a) ed f), dell'articolo 38, paragrafo 4, e dell'articolo 50, paragrafo 1, di detto regolamento*»²⁸. Inoltre, tale violazione è sufficientemente grave in quanto relativa a disposizioni del Regolamento Europol

¹⁸ Corte Giust., 5 marzo 2024, cit., paragrafo 59. In tal senso, Corte Giust., 13 luglio 2023, causa C-376/20 P, Commissione c. CK Telecoms UK Investments, EU:C:2023:561 (parag. 104-105).

¹⁹ Corte Giust., 5 marzo 2024, cit. (parag. 60).

²⁰ Corte Giust., 5 marzo 2024, cit. (parag. 55).

²¹ Corte Giust., 5 marzo 2024, cit. (parag. 61).

²² Corte Giust., 5 marzo 2024, cit. (parag. 61).

²³ Corte Giust., 5 marzo 2024, cit. (parag. 79).

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Corte Giust., 5 marzo 2024, cit. (parag. 111-112).

²⁶ Corte Giust., 10 settembre 2019, causa C-123/18 P, HTTS c. Consiglio, EU:C:2019:694 (parag. 32).

²⁷ Corte Giust., 5 marzo 2024, cit., paragrafi 118-132. Nel valutare la sufficiente gravità della violazione, è, infatti, necessario tener conto, *inter alia*, dell'ampiezza del margine di discrezionalità che la norma lascia all'autorità. Int al senso, v. Corte Giust., 30 maggio 2017, causa C-45/15 P, Safa Nicu Sepahan c. Consiglio, EU:C:2017:402, (parag. 30).

²⁸ Corte Giust., 5 marzo 2024, cit. (parag. 121).



che non lasciano a Europol e agli Stati membri alcuna discrezionalità in merito al loro obbligo di proteggere gli interessati da qualsiasi divulgazione illecita²⁹.

Sub (ii), la Corte riconosce che il ricorrente ha subito un danno effettivo, dal momento che la pubblicazione dei suoi dati sulla stampa ha violato il suo diritto alla vita privata, all'onore e alla reputazione³⁰.

Sub (iii), tale danno è causalmente riconducibile alla violazione sufficientemente grave del diritto dell'UE di cui sopra, in quanto la divulgazione illecita dei dati personali del ricorrente ha portato alla loro pubblicazione sulla stampa³¹.

Pertanto, la Corte di giustizia ha condannato Europol a risarcire l'appellante per 2000 euro, determinati su base equitativa³². Come si ricorderà, la richiesta originaria dell'appellante era di 50000 euro per la divulgazione delle trascrizioni di conversazioni e fotografie di natura intima con la sua partner. Tuttavia, la Corte ha deciso che una cifra di gran lunga inferiore fosse «*adeguata*» a risarcire il danno derivante dalla divulgazione delle *chat* intime, mentre l'appellante non sarebbe riuscito a dimostrare l'effettiva divulgazione delle fotografie³³.

5. – La sentenza in commento contiene delle statuizioni di principio che risultano, a parere di scrive, particolarmente apprezzabili nel senso di agevolare la tutela risarcitoria dei danneggiati e di veicolare una maggiore responsabilizzazione dei titolari del trattamento dei dati personali. Tuttavia, l'importo decisamente modesto del risarcimento ridimensiona di molto la portata della sentenza in tal senso. In casi simili futuri, al fine di rendere l'art. 50 del Regolamento Europol uno strumento di tutela e un dispositivo incentivante efficace, la Corte di giustizia dovrebbe prendere in considerazione la liquidazione di importi che non siano meramente simbolici.

In linea di principio, il riconoscimento, da parte della Corte di Lussemburgo, che, in ipotesi di collaborazione tra Europol e uno Stato membro, possa insorgere, tra tali soggetti, una responsabilità solidale in relazione al trattamento illecito di dati personali rappresenta una soluzione favorevole ai soggetti danneggiati. Come noto, l'istituto della responsabilità solidale consente al danneggiato, a fronte di una molteplicità di danneggianti, di scegliere il convenuto nei confronti di quale agire per ottenere il risarcimento integrale del danno subito³⁴. Questi potrà, poi, agire in regresso nei confronti degli altri danneggianti. Questo schema operativo risulta particolarmente utile per il creditore-danneggiato in casi, come in quello in esame, di causalità alternativa, riscontrabili laddove l'attore può dimostrare che il danno è causalmente riconducibile a uno dei convenuti, ma non può individuare esattamente chi lo ha cagionato³⁵.

²⁹ Corte Giust., 5 marzo 2024, cit. (parag. 129).

³⁰ Corte Giust., 5 marzo 2024, cit. (parag. 133-136).

³¹ *Ibid.*

³² Corte Giust., 5 marzo 2024, cit. (parag. 140).

³³ Corte Giust., 5 marzo 2024, cit. (parag. 138).

³⁴ Nell'ordinamento giuridico italiano, il riferimento normativo fondamentale è dato dall'art. 2055 c.c. Per dei commenti generali su tale disposizione codicistica, v. A. GNANI, *La responsabilità solidale. Art. 2055 c.c.*, in F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il codice civile – commentario*, Giuffrè, Milano, 2005; E. PELLECCIA, *La responsabilità solidale*, in P. CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, XIV, Utet, Torino, 1998; C. COSSU, *La responsabilità solidale e la valutazione del danno*, in G. ALPA-M. BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Utet, Torino, 1987; M. De ACUTIS, *La solidarietà nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, 621-644.

³⁵ Per delle analisi comparatistiche su come diversi sistemi giuridici approcciano il problema, v. K. KRUPA-LIPIŃSKA, *The problem of the indeterminate defendant in tort law in Europe*, in *Comparative Law Review* 2016, 22, 15-34; W.V. HORTON ROGERS (a cura di), *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors*, Kluwer Law Intl, Vienna, 2004.



Ne discende che l'operatività della responsabilità solidale determina, di fatto, una traslazione dei costi dell'incertezza causale dal danneggiato ai danneggianti (nel caso *de quo*, Europol e le autorità slovacche); con la conseguenza di incentivare gli attori coinvolti ad adottare un livello efficiente di precauzione (nel caso *de quo*, un livello efficiente di protezione dei dati personali trattati nel corso di indagini transfrontaliere)³⁶. In definitiva, la configurabilità di una responsabilità solidale tra Europol e Stato membro può promuovere una *accountability* più efficace in materia di protezione dei dati.

La sentenza illustra, altresì, con chiarezza come le condizioni della responsabilità civile extracontrattuale delle istituzioni UE ai sensi dell'arti. 340 TFUE si applichino alle condivisioni illecite di dati personali, adottando, anche a questo riguardo, un approccio favorevole al danneggiato. In proposito, particolarmente *claimant-friendly* appare, a parere di chi scrive, l'affermazione per cui «qualsiasi divulgazione di dati personali, costituenti l'oggetto di un trattamento nell'ambito di una cooperazione tra Europol e le autorità nazionali competenti a titolo del regolamento 2016/794, a soggetti non autorizzati a prenderne conoscenza costituisce la violazione di una norma giuridica dell'Unione preordinata a conferire diritti ai singoli»³⁷. Con ciò, la responsabilità civile di Europol per illecita divulgazione di dati personali sembra assumere una colorazione oggettiva³⁸.

In linea di principio, il quadro così delineato dalla Corte pare, a parere di chi scrive, in grado di creare le condizioni, nell'ambito della cooperazione tra Europol e Stati membri, non solo per promuovere una più efficace tutela risarcitoria dei danneggiati in caso di fughe di informazioni, ma anche per veicolare un più elevato livello di *accountability* degli attori coinvolti a livello di protezione dei dati personali. Si tratta di un esito decisamente auspicabile, soprattutto in un settore particolarmente delicato come quello delle indagini transfrontaliere.

Se la Corte di giustizia delinea un quadro in cui il danneggiato può accedere piuttosto agevolmente alla tutela risarcitoria ai sensi dell'art. 50 del Regolamento Europol, il vero *punctum dolens* della sentenza in commento è rappresentato dal livello estremamente ridotto del *quantum* risarcitorio. Naturalmente, trattandosi di risarcimento del danno non patrimoniale, rimesso alla determinazione equitativa del decisore, ogni quantificazione monetaria, in assenza di prezzi di mercato oggettivi, è tanto arbitraria quanto legittima. È, tuttavia, giocoforza constatare come il possibile ruolo dell'art. 50 del Regolamento Europol come strumento di tutela e dispositivo incentivante non possa che uscire ridimensionato dalla liquidazione di importi risarcitori sostanzialmente simbolici, come avvenuto nel caso di cui trattasi. Perché il combinato disposto degli artt. 50 del Regolamento Europol e 340 TFUE non si risolva in un modesto strumento indennitario, sprovvisto di sostanziali effetti responsabilizzanti, è auspicabile che la Corte ripensi la propria prassi liquidatoria nell'ambito *de quo*.

³⁶ M. FAURE, *Attribution of Liability: An Economic Analysis of Various Cases*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2016, 91, 616-617.

³⁷ Corte Giust., 5 marzo 2024, cit. (parag. 123).

³⁸ Per completezza, è opportuno segnalare che la letteratura giuseconomica mette in guardia rispetto al combinato disposto di responsabilità solidale e responsabilità oggettiva; affermando, in estrema sintesi, che, in presenza di rischi di insolvenza, ciò potrebbe portare a un eccesso di (risarcimento e di) deterrenza nei confronti di uno dei responsabili (M. FAURE, *Attribution of Liability: An Economic Analysis of Various Cases*, cit., 617-618; M. FAURE, *Causal Uncertainty, Joint and Several Liability and Insurance*, in H. KOZIOL-J. SPIER, (a cura di), *Liber Amicorum Pierre Widmer. Tort and Insurance Law*, vol 10, Springer Verlag, Vienna, 2003; L. KORNHAUSER-R. REVESZ, *Joint and Several Liability*, in P. NEWMAN (a cura di), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, 371-376; L. KORNHAUSER-R. REVESZ, *Joint Tortfeasors*, in B. BOUCKAER-G. DE GEEST (a cura di), *Encyclopedia of Law and Economics*, II, *Civil Law and Economics*, 2000, 625-643). Nel caso in esame, peraltro, simili timori non sembrano giustificati, dal momento che i possibili danneggianti (Europol e autorità inquirenti degli Stati membri) sono delle istituzioni pubbliche, per le quali i rischi di insolvenza sono presumibilmente contenuti.