



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI PERUGIA



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES

2020

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES



*Annuario giuridico della — Law Yearbook of the
Università degli Studi di Perugia*

International Annual Review in collaboration with
Escuela Libre de Derecho (México)

Editor in Chief Antonio Palazzo - Università di Perugia

Co-Editor in Chief Mario I. Álvarez Ledesma - Escuela Libre de Derecho

Scientific Coordinator Andrea Sassi - Università di Perugia

Scientific Board

Guido Alpa, *Sapienza Università di Roma*; Franco Anelli, *Università Cattolica del Sacro Cuore*; Silvia Angeletti, *Università di Perugia*; Rainer Arnold, *Universität Regensburg*; Mario Ascheri, *Università Roma Tre*; Antonio Bartolini, *Università di Perugia*; Maurizio Borghi, *Bournemouth University*; Mauro Bove, *Università di Perugia*; Giovanni Bruno, *Università di Roma Tor Vergata*; Francesco D. Busnelli, *Scuola Superiore S. Anna Pisa*; Luisa Cassetti, *Università di Perugia*; Hedley Christ, *University of Brighton*; † Marco Comporti, *Università di Siena*; Cristina Costantini, *Università di Perugia*; Enrico del Prato, *Sapienza Università di Roma*; Francesco P. Luiso, *Università di Pisa*; Agustín Luna Serrano, *Académie des Privatistes Européens*; Maurizio Lupoi, *Università di Genova*; Giovanni Marini, *Università di Perugia*; Salvatore Mazzamuto, *Università Roma Tre*; Carlo Mazzù, *Università di Messina*; Lorenzo Mezzasoma, *Università di Perugia*; Manuel A. Munive Páez, *Escuela Libre de Derecho México*; Maurizio Oliviero, *Università di Perugia*; Andrea Orestano, *Università di Perugia*; Massimo Paradiso, *Università di Catania*; Andrea Pierini, *Università di Perugia*; Calogero Pizzolo, *Universidad de Buenos Aires*; Vito Rizzo, *Università di Perugia*; Umberto Santarelli, *Università di Pisa*; Francesco Scaglione, *Università di Perugia*; Stefania Stefanelli, *Università di Perugia*; † Peter Stein, *University of Cambridge*; Ferdinando Treggiari, *Università di Perugia*; Andrea Triscioglio, *Università di Torino*; Marco Ventura, *Università di Siena, Centro per le Scienze Religiose (FBK-ISR)*; David Zammit, *University of Malta*; Vincenzo Zeno-Zencovich, *Università Roma Tre, Università degli Studi Internazionali di Roma*.

Editorial Board of Europe

Managing Editors: Valentina Colcelli (valentina.colcelli@cnr.it); Andrea Sassi (andrea.sassi@unipg.it); Stefania Stefanelli (stefania.stefanelli@unipg.it). Members: Sabrina Brizioli; Silvio Pietro Cerri; Roberto Cippitani; Elisabetta Mazzilli; Francesco Paolo Micozzi; Vera Sciarino.

Editorial Board of Latin America

Managing Editor: Manuel A. Munive Páez (mmunive@eld.edu.mx). Members: José Castillo Nájera; Carlos Ortega.

Peer Review and Open Access Journal

ISSN 1722-1110

2020

Registration at the Tribunale di Perugia on 24 July 2003, no. 33

Responsabile: Antonio Palazzo

Website: www.rivistadirittoeprocesso.eu

INDEX

Articles

- 5-26 CAMILLO VERDE
Lo status personae nel contesto emergenziale
- 27-52 FRANCESCO SCAGLIONE
Correttezza e abuso di posizione dominante
- 53-96 ROBERTO CIPPITANI, VALENTINA COLCELLI, ALESSANDRA LANGELLA,
ANTONELLA MIRABILE, ANDREA MAIERÀ
*L'istituzione di una biobanca di ricerca: questioni etico-giuridiche. Il caso
della biobanca dell'Umbria*
- 97-142 DANIELE CHIAPPINI
Legal and Ethics State-of-the-Art of Artificial Intelligence in Medicine
- 143-170 DANIELE CORVI
Il contratto di scommessa tra aleatorietà e Covid-19
- 171-202 BEATRICE CORDELLI
L'interesse del consumatore tra nullità di protezione e integrazione del contratto
- 203-244 MASSIMO BILLI
*Codice della crisi d'impresa: adeguati assetti organizzativi e ruolo degli
amministratori*

Focus: Environmental Law and Policy

- 245-266 SERGIO MESSINA
*L'incerta relazione tra diritto alla felicità e sostenibilità ambientale. Dalla
eco-psicologia alla "eco-democrazia"*
- 267-308 SIMONA FANNI
*Theorizing a Human Right-based Approach to Sustainable Urban Development
in Europe*

- 309-334 EMANUELE FRATTO ROSI GRIPPAUDO
The Right of Access to Environmental Information in the Italian Legal System
- 335-358 PIETRO CUOMO
La responsabilità da illecito internazionale in materia di danno ambientale

Overviews

- 359-396 *Azioni ablativo di stato e interesse del figlio alla continuità affettiva* (nota a Corte cost., 20 giugno 2020, n. 127) [ANDREA SASSI]
- 397-415 *Giustizia predittiva e situazioni familiari tra diritti e processo* [STEFANIA STEFANELLI]
- 416-439 *Blockchain e smart contract: commento all'attuale normativa italiana DLT e rilievi comparati* [ALESSANDRO BILLI]
- 440-443 *Recensione a D. FIORDALISI, Abuso del diritto altrui. Una figura formale di qualificazione giuridica* [OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA]

In Memoriam

- 445 *In memory of Marco Comporti* [ANTONIO PALAZZO]
- 446 *In memory of Cesare Massimo Bianca* [ANTONIO PALAZZO]

CAMILLO VERDE^(*)

LO STATUS PERSONAE
NEL CONTESTO EMERGENZIALE

Abstract: The essay analyses the *status personae* in the era of Covid-19. Especially the article focuses on the role of legal rules in the social and economic reality, with particular reference to the concept of “complessità giuridica”.

SOMMARIO: 1. Gli snodi più significativi della legislazione emergenziale. – 2. Osservazioni critiche sulla tendenza decodificante del sistema ordinamentale, costantemente esposto alle insidie del “germe nichilista”. – 3. Il concetto di “complessità giuridica” quale rinnovato prisma d’indagine della multiforme realtà sociale e giuridica. – 4. La latente contraddizione tra la “complessità” nelle scienze filosofiche e in quelle giuridiche: l’aporìa rispetto all’irriducibile funzione “ordinante” dello *jus* tra *complessità* e *complicazione*.

1. — *Gli snodi più significativi della legislazione emergenziale.*

Il 30 gennaio 2020 l’Organizzazione Mondiale della Sanità ha emesso una dichiarazione con la quale l’epidemia da “Coronavirus” viene valutata come emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale. La stessa Organizzazione, con una successiva dichiarazione dell’11 marzo 2020, ha messo in luce che il fenomeno emergenziale veniva a qualificarsi come una vera e propria “pandemia”, stante il suo grado di diffusività e, soprattutto, di gravità a livello globale.

La crisi di tutti i sistemi sanitari di fronte all’assalto violento e rapido del contagio da “Coronavirus” e delle conseguenze letali sulla vita di chi è stato colpito dal morbo ha costretto i governi dei paesi, oggetto di una vera e propria “invasione” (stante il diffuso paragone con gli eventi bellici), ad assumere provvedimenti aventi una rapida efficacia giuridica ed esecutiva di

^(*) Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

contenimento dei contagi, nonché ad adottare tutte le altre misure idonee a fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19.

L'Italia è stato il primo paese dell'Unione Europea a essere colpito dal vento letale della menzionata pandemia virale: segnatamente, parte dei territori delle regioni Lombardia e Veneto e, successivamente, del Piemonte e dell'Emilia-Romagna; e poi, progressivamente, in misura più delimitata e circoscritta nelle altre regioni.

Il Governo italiano ha emanato una serie, anche consistente, di decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, tutti collegati, per i profili attuativi, a tre decreti legge: 23 febbraio 2020, n. 6; 25 marzo 2020, n. 33 e 16 maggio 2020, n. 33.

Come accennato, i tre provvedimenti ora citati sono stati accompagnati da vari decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, tutti contenenti disposizioni attuative rispetto a ciascuno di essi, così delineando una complessa produzione normativa di natura regolamentare, attuativa e precisativa delle misure già assunte, in via generale nei decreti legge suddetti, ma precisate poi in modo analitico, con decreti del P.C.M., in quanto anch'essi attuativi di quanto disposto nei decreti legge medesimi.

Occorre precisare che questi ultimi rappresentano la struttura portante dell'impianto normativo proiettato a fronteggiare l'epidemia, mentre i decreti del P.C.M. hanno completato il quadro normativo nella regolamentazione di tutte le attività oggetto delle relative discipline legislative, che hanno, di certo, inciso sull'esercizio di molteplici diritti e doveri di rango costituzionale⁽¹⁾; a tanto costretti dalle evidenti e straordinarie necessità ed urgenza d'adottare ulteriori disposizioni rispetto a quelle precedenti. Ciò in considerazione dell'evolversi dell'epidemia nel tempo e sui vari territori via via interessati dalle conseguenti crisi sanitarie.

Il d.l. n. 33/2020, in particolare, offre un quadro normativo d'ampio respiro, perché contiene disposizioni aventi effetto "sull'intero territorio nazionale" (v. art. 1, 1° comma) ed investe una serie di tematiche civili, ludiche,

⁽¹⁾ In chiave più spiccatamente civilistica, si veda sin d'ora P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss. (ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 109 ss.).

sportive, nonché gli accessi ai luoghi di culto, l'apertura al pubblico dei musei e degli altri luoghi di cultura, la sospensione dei servizi educativi e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, il divieto di circolazione se non in presenza di comprovate esigenze lavorative, o per assolute urgenze (quali, ad es., i trasferimenti in Comuni diversi), o per situazioni di necessità (inerenti, ad es., a spostamenti all'interno dello stesso Comune di residenza), oppure per transiti effettuati abitualmente in ragione della brevità delle distanze da percorrere, nonché per motivi di salute.

Va, altresì, puntualizzato che la menzionata disciplina positiva è intervenuta anche in tema di svolgimento delle attività produttive industriali e commerciali, disponendone la sospensione; decisione che ha inciso profondamente sulla economia e sulle finanze del paese, provocando – come peraltro è accaduto, e sta tutt'ora accadendo – l'accentuazione di una crisi economico-finanziaria la cui governabilità è resa ancora più difficile dalla concomitante crisi sanitaria.

Alla luce di questa ampia e complessa formulazione di norme contenenti misure restrittive non proprio coerenti coll'impianto giuridico costituzionale, il Governo, per legittimare le sue proposte (politiche), è ricorso alla valvola di sicurezza dell'articolo 16 della Costituzione, espressamente richiamato nel preambolo del d.l. n. 19/2020, cit.⁽²⁾. L'art. 16 Cost., infatti, riconosce, e riconoscendo – ad un tempo – garantisce, il diritto di “ogni cittadino” a circolare e a soggiornare “liberamente” in qualsiasi parte del territorio nazionale, «[...] salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di salute e sicurezza»⁽³⁾.

In ordine agli spostamenti delle persone fisiche all'interno del predetto territorio, sono stati predisposti appositi modelli contenenti dichiarazioni sostitutive di certificazioni oppure dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà aventi per oggetto quanto prescritto rispettivamente dall'art. 46 (relativo

⁽²⁾ Per un commento all'art. 16 Cost. – espressamente citato nel preambolo del d.l. n. 19 del 25 maggio 2020, secondo alinea, (in *G.U.* n. 79/2020) – cfr. M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorni (libertà di)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 14 ss.

⁽³⁾ Cfr. G. DEMURRO, *sub.* art. 16 Cost., in R. BIFULCO, A. CALITTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario Cost. it.*, I, Torino, 2005, p. 372 ss.; nonché P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione Italiana*, *sub.* art. 16. Cost., 2^a ed., Napoli, 2001, p. 83 ss.

alla certificazione) e dall'art. 47 (relativo agli atti di notorietà) del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. Questi due documenti, compilati dalla persona fisica che si sposti fuori dalla propria abitazione, constano di una autodichiarazione con la quale l'interessato, sotto la propria responsabilità, dichiara, fra l'altro, che lo spostamento è determinato da esigenze lavorative o di assoluta urgenza in caso di trasferimento in Comune diverso, oppure perché sussiste una situazione di necessità, oppure per motivi di salute. Ci si riferisce così, in breve, alle misure di contenimento del contagio adottate ai sensi degli artt. 1 e 2 del menzionato d.l. 25 maggio 2020, n. 19, cit.; contenimento attuato e garantito dall'onere del divieto espresso di spostamenti *ad libitum*, applicato a tutto il territorio nazionale.

Si è parlato, e scritto, in tal caso, d'un vero e proprio "soggiorno obbligato in casa", il quale è durato dal 25 febbraio al 18 maggio 2020.

Va sottolineato che col d.l. n. 6/2020, cit., è stata disposta la chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi per l'acquisto di beni di prima necessità, nonché la chiusura e/o la limitazione delle attività degli uffici pubblici, ed altre attività comportanti il concorso operativo di più persone e quindi le più esposte al rischio del contagio.

In verità, a séguito del rispetto rigoroso di tutte le misure previste ed adottate, il contagio è rimasto circoscritto, per lo più, in poche regioni e ha solo lambito le altre.

Si è trattato degli interventi normativi riguardanti la prima fase dell'impatto contro la violenza aggressiva del "Coronavirus".

A questa fase ne è seguita una seconda, intesa comunemente come fase di prevenzione delle misure di contenimento già disposte e integrate da una serie di ulteriori provvedimenti di gestione del fenomeno epidemico (che cominciava a dar segnali di attenuazione e con mitigato rischio di diffusione). L'inizio di questa fase può essere fatto coincidere con le date dell'emanazione del d.l. n. 19/2020, cit., e cioè alla data del 25 maggio 2020, e che prosegue fino all'emanazione del d.l. n. 33/2020, risalente, come si è visto, al 17 maggio 2020.

Nella terza fase, decorrente del 18 maggio 2020, cessano di aver effetto tutte le misure limitative della circolazione delle persone fisiche (v. l'art. 1, comma 1°, del testo citato dal d.l.).

L'ultimo decreto citato, il n. 33/2020, fissa una regolamentazione apposita sulla modulazione degli spostamenti, sul divieto di “assembramento” di persone in luoghi pubblici e aperti al pubblico, ed altre misure atte ad impedire la ripresa della diffusione del *virus*. Nel frattempo, sono state autorizzate la ripresa delle funzioni religiose, delle attività economiche produttive e sociali, rinviando l'esecuzione di tali aperture agli accorgimenti contenuti nei protocolli e nelle linee guida regionali; il tutto idoneo a prevenire ed a ridurre il rischio di contagio in un momento delicato in cui l'aggressione e la diffusione, almeno in Italia, sembravano tendere al ridimensionamento, pur nella consapevolezza che la persistenza del *virus* segnalava il protrarsi della pericolosità pandemica⁽⁴⁾.

Questa fase si è esaurita sul tavolo delle trattative degli “Stati Generali”, convocati a Villa Pamphili in Roma e conclusisi il 20 giugno 2020, dai quali nasce un'ulteriore fase, proiettata verso la ripresa di tutte le attività sospese ed orientata verso l'assunzione di riforme significative dell'organizzazione dello Stato, nonché verso il rilancio dell'economia finanziaria e, soprattutto, reale, in quanto ampiamente mortificate dalla pressione pandemica e dal rallentamento dei processi produttivi, nonché dalla limitazione o sospensione delle attività commerciali, delle attività di imprese, dello svolgimento di fiere e mercati e così via, come da disposizioni emergenti dai tre citati decreti legge, accompagnati da un articolato sistema attuativo contenuto nei plurimi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri all'uopo previsti ed emanati⁽⁵⁾, e da altre

⁽⁴⁾ Peralto, la dimensione mondiale della pandemia – soprattutto per la contagiosità precoce, rapida e grave che la connota – è stata, ed è, tale da consigliare non tanto l'opportunità, quanto la vera e propria ineludibile necessità di comportamenti prudenti e ponderati, al fine di contenere il contagio, sì da impedire il suo diffondersi. Il bilancio globale dell'epidemia da Covid-19 nei primi mesi dell'anno ha fatto registrare circa 500 mila decessi ed una quota di casi di circa 10 milioni di persone (cfr. G. REZZA, *Nuovo coronavirus. Un bilancio di metà anno*, in *Corriere della Sera*, 9 luglio 2020, p. 15).

⁽⁵⁾ In ordine alle disposizioni normative in materia di contenimento della emergenza epidemiologica da Covid-19 si segnalano i decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 13 febbraio, 26 febbraio, 1° marzo, 9 marzo, 11, marzo, 22 marzo, 1° aprile e 10 aprile del corrente anno 2020, tutti ricollegabili ai tre decreti legge n. 6/2020, n. 19/2020 e n. 33/2020 indicati nel testo.

autorità come, ad esempio, il Ministero della Salute⁽⁶⁾, il Dipartimento della Protezione civile e così via⁽⁷⁾.

Successivamente, si sono susseguiti ulteriori decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri⁽⁸⁾. Da ultimo, occorre, in particolare, considerare che il d.P.C.M. del 24 ottobre 2020 – in ragione dell’esponentiale aumento dei contagi – ha rinnovato, nell’ambito di quella che si è mediaticamente definita “seconda ondata”, un regime definito di c.d. “semi-lockdown”, imponendo significative restrizioni alle attività di ristorazione e suggerendo altri comportamenti cautelativi ai consociati. Per quanto assai meno invasivo dello *status personae* rispetto ai provvedimenti assunti durante la c.d. “prima ondata”, ossia da marzo 2020 in poi, anche il decreto da ultimo citato interviene su libertà costituzionalmente garantite (si pensi, quanto meno, a quella d’iniziativa economica privata *ex* art. 41 Cost.), sicché le riflessioni che seguono ben si attagliano anche al momento presente, in cui vieppiù s’avverte l’esigenza di procedere ad un cauto e ragionevole bilanciamento degli interessi coinvolti, secondo una polarizzazione – forse generica, ma efficace – che punta al contemperamento tra il bene “salute” (artt. 2 e 32 Cost.) e le istanze dell’economia (art. 41 Cost.),

⁽⁶⁾ Cfr. ad es. Ministero della Salute, ordinanza 30 gennaio 2020, contenente le misure profilattiche contro il nuovo Coronavirus.

⁽⁷⁾ Cfr. ad es. Dipartimento della Protezione Civile, ordinanza n. 654 del 20 marzo 2020 (in *G.U.* n. 79 del 23 marzo 2020), che contiene misure urgenti in materia di salute, di sostegno del lavoro e dell’economia nonché di politiche sociali connesse alla menzionata crisi epidemiologica.

⁽⁸⁾ Si segnalano, tra i più rilevanti, il d.P.C.M. dell’11 giugno 2020, che ha autorizzato, tra l’altro, la ripresa di ulteriori attività a partire dal 15 giugno, tra cui: centri estivi per i bambini, sale giochi, sale scommesse, sale bingo, così come le attività di centri benessere, centri termali, culturali e centri sociali; il d.l. del 30 luglio 2020, n. 83, che ha sostituito le misure adottate con il d.P.C.M. dell’11 giugno 2020, cit., le quali erano state *medio tempore* prorogate sino al 31 luglio 2020; il d.l. 8 settembre 2020, n. 111, che ha introdotto disposizioni urgenti per far fronte a esigenze indifferibili connesse all’emergenza epidemiologica da Covid-19, al fine di garantire il regolare avvio dell’anno scolastico, nonché di rimodulare e garantire il trasporto pubblico locale; recentemente, il d.P.C.M. del 13 ottobre 2020, il quale ha imposto di tenere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie, nonché l’obbligo di indossarli nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private e in tutti i luoghi all’aperto, salvo specifici casi. L’ultimo provvedimento adottato è il d.P.C.M. del 24 ottobre 2020, cit. nel testo.

senza mai trascurare le implicazioni di quest'ultima sulla tenuta del "lavoro", sul quale – lo si rammenta – la nostra Repubblica s'impertina (art. 1 Cost.).

2. — *Osservazioni critiche sulla tendenza decodificante del sistema ordinamentale, costantemente esposto alle insidie del "germe nichilista".*

Questa fugace rilettura dei risultati normativi aventi per oggetto la disciplina positiva delle misure dirette a contenere ed a frenare l'efficienza pluri-offensiva del "Coronavirus" (basti considerare che i decessi provocati dal virus Covid-19 in Italia sono stati in pochi mesi circa 3.500 sull'intero territorio nazionale e che, come visto, l'epidemia è stata tutt'altro che debellata), spinge ad una duplice riflessione.

La prima si fonda sul rilievo che l'intervento governativo ha innestato nel sistema ordinamentale una quantità di norme d'urgenza⁽⁹⁾, in parte di taglio legislativo (i decreti legge) e per la rimanente e più ampia parte di carattere amministrativo (i d.P.C.M.), con l'effetto d'una non agevole applicazione delle norme stesse, offuscata anche dalla menzionata ombra d'illegittimità costituzionale⁽¹⁰⁾. Occorre, a rigore, rimarcare che l'esito pratico conseguito dalle

⁽⁹⁾ In una prospettiva particolarmente, e forse eccessivamente, critica, v. G. AGAMBEN, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Macerata, 2020, *passim*, spec. pp. 17-20, ove, in riferimento alle misure adottate dal Governo, si legge che «[...] due fattori possono concorrere a spiegare un comportamento così sproporzionato. Innanzitutto, si manifesta ancora una volta la tendenza crescente a usare lo stato di eccezione come paradigma normale di governo. [...] L'altro fattore, non meno inquietante, è la condizione di insicurezza e paura che in questi anni si è evidentemente diffusa nelle coscienze degli individui e che si traduce in un vero e proprio bisogno di stati di panico collettivo, al quale l'epidemia offre ancora una volta il pretesto ideale».

⁽¹⁰⁾ Per alcuni rilievi critici, v. B. CARAVITA DI TORITTO, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, Editoriale per *Federalismi*, 2020, p. iv ss., spec. vii: a parere dell'A., «[...] lo schema finora seguito dal Governo appare invero scontare qualche incertezza nella scelta dello strumento e ha provocato in dottrina qualche dubbio. Tali dubbi potrebbero essere sciolti facendo riferimento ai contenuti degli atti di volta in volta riguardati: laddove i contenuti intervengano solo nei limiti tipici delle ordinanze contingibili e urgenti, riguardando i criteri della provvisorietà, della non astrattezza, della proporzionalità con l'emergenza a cui

scelte governative – sintetizzate in un vero e proprio “diritto di guerra”⁽¹¹⁾ – è apparso abbastanza soddisfacente, perché si constata tuttora che la violenza pluri-offensiva del contagio è stata frenata, sicché attualmente⁽¹²⁾ ci si orienta verso la formulazione di una diversa normativa preordinata, come s’è accennato, alla ripresa delle attività sospese, al rilancio dell’economia reale e, non da ultimo, alle riforme *ab imis* dell’ordinamento giuridico (fra le quali spicca la scelta della semplificazione delle procedure amministrative)⁽¹³⁾.

La seconda riflessione muove dalla constatazione per cui, a fronte della già notevole produzione di norme, alle quali s’è poc’anzi fatto cenno, si prevedono ulteriori interventi legislativi per regolamentare la graduale ripresa delle attività sospese, la scelta sul delicato rilancio dell’economia reale e l’individuazione dei processi riformatori che impongono strategie politiche di rilievo.

È agevole dedurre che ci si aspetta l’affermarsi di un prodotto normativo di ampio spessore quantitativo e qualitativo, con la conseguente crisi ipertrofica di leggi, di decreti, di ordinanze, di protocolli e così via⁽¹⁴⁾.

si fa riferimento, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri [...] possono essere uno strumento adeguato; qualora invece i contenuti non rispondano a queste caratteristiche ovvero abbiano effetti permanenti o incidano sul bilancio ovvero manchi la necessaria proporzionalità e pertinenza si dovrebbe ritenere doveroso – anche nel caso straordinario e urgente provocato dall’emergenza coronavirus – l’intervento con atto con forza di legge». Pertinente è il richiamo al principio di proporzionalità, cui va aggiunto il canone di ragionevolezza: per alcuni spunti v. G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, *passim*, nonché il documento *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, Quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo, reperibile al sito *cortecostituzionale.it*.

⁽¹¹⁾ N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un’epoca che fa eccezione*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 maggio 2020, ove esso è dipinto quale «[...] diritto vagante di giorno in giorno, incerto come incerti sono il cammino, e le forme e i tempi, dell’invisibile nemico».

⁽¹²⁾ Ma si v. anche quanto detto a chiusura del paragrafo precedente, in relazione alla recrudescenza del *virus* nell’autunno 2020.

⁽¹³⁾ In tal senso si orienta il d.l. 19 maggio 2020, n. 34, che, per l’appunto, contiene disposizioni sulle misure urgenti in materia di salute, sul sostegno del lavoro, sull’economia, nonché sulle politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica del Covid-19.

⁽¹⁴⁾ In particolare, è interessante il giudizio critico di S. CASSESE, *La cascata di regole*, in *Corriere della Sera*, 6 giugno 2020, pp. 1 e 28.

Si può intuire – e lo si vedrà meglio *infra* – come in tal modo s’inneschi, inevitabilmente, una realtà evolutiva del diritto, con il rischio duplice d’un positivismo⁽¹⁵⁾ travolto dall’accentuarsi del relativismo esistenziale e dalla progressiva tendenza culturale d’esaltare la forma sulla sostanza delle regole⁽¹⁶⁾, con l’ulteriore prevedibile rischio – autorevolmente segnalato di recente⁽¹⁷⁾ – di cadere nella trappola del “germe nichilista”.

Peraltro, giova sottolineare che la notevole produzione di regole – lo si rimarca: raramente ben coordinate fra loro, e invece più frequentemente oggetto di collegamenti sommarî, imprecisi e incompleti – solleva seri problemi ermeneutici per gl’interpreti e per gli operatori pratici, sì da bloccare frenare paralizzare interdire alcuni settori del sistema ordinamentale⁽¹⁸⁾, con l’esito finale di non giovare certo allo svolgimento della prassi applicative delle regole e dei nuovi istituti giuridici proclamati, spesso inadeguati alla disciplina delle fattispecie concrete⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁵⁾ Fondamentali, almeno quale introduzione al tema, restano le pagine di N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, con prefazione di L. Ferrajoli, Bari-Roma, 2011, *passim*, spec. p. 87, ove si precisa che è «[...] utile distinguere tre aspetti diversi con cui [il positivismo] si è storicamente presentato: 1) come un modo di avvicinarsi allo studio del diritto; 2) come una determinata teoria o concezione del diritto; 3) come una determinata ideologia della giustizia».

⁽¹⁶⁾ Approccio, quello additato, i cui rischi sono ben evidenziati da P. PERLINGIERI, *Dittatura del relativismo’ e ‘tirannia dei valori’*, in T.G. TASSO (a cura di), *Fatto e diritto. L’ordinamento tra realtà e norma*, Napoli, 2011, p. 127 ss.

⁽¹⁷⁾ Così si esprime P. SPADA, *Quale «giusto» attraverso il «legale»?*, in P. SIRENA (a cura di), *Oltre il «positivismo giuridico». In onore di Angelo Falzea*, Napoli, 2012, p. 143 ss.

⁽¹⁸⁾ Sulla centralità dell’“ordinamento” si può ricordare qui l’evoluzione del pensiero di C. SCHMITT, il quale nella sua opera più matura [ID., *Le categorie del politico* (trad. it.), Bologna, 1972, *passim*] sembra prediligere l’approccio “istituzionalista” di Maurice Hauriou e Santi Romano rispetto a quelli “normativista” e “decisionista”, i quali, nella prima impostazione dell’illustre giurista tedesco, costituivano i «tre tipi del pensiero giuridico», tra loro posti in posizione paritaria. Si v. anche l’interessante volume di B. DE GIOVANNI, *Kelsen e Schmitt. Oltre il Novecento*, Napoli, 2018, *passim*.

⁽¹⁹⁾ Decisive, al riguardo, le riflessioni di N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, 1999, *passim*, ma in particolare quelle presenti nel preambolo del testo monografico, là dove l’A. si riferisce al destino del codice civile e del diritto privato e profeticamente scrive: «le potenze del nostro tempo, che sono politiche, come politica l’ideologia dei codici ottocenteschi, non

In verità, questo modo di produrre norme giuridiche, che appesantiscono il sistema positivo, è coerente ad una diffusa cultura politica adagiatesi sovente sul terreno del diritto, producendo uno *status* ipertrofico del prodotto normativo, che finisce per penalizzare la pratica attuazione delle singole disposizioni. Viene così ad attuarsi un processo progressivo di decodificazione e, contemporaneamente, l'innesto nel sistema d'una rilevante legislazione specifica, rispetto alla quale mostrano tutta la loro fragilità le tradizionali "categorie" del diritto civile⁽²⁰⁾.

Questa produzione normativa ha registrato un'esperienza talvolta *integrativa* del diritto civile, sostituendone l'impianto codicistico (emblematica al riguardo, la disciplina del diritto di famiglia del 1975); talaltra, sperimentatrice d'una disciplina posta, invece, *fuori* dal codice civile, specialmente a fronte dell'esigenza di configurare nuovi impianti disciplinari, magari dietro la sollecitazione d'istanze socio-economiche-politiche più recenti e promotrici di mutamenti più radicali, in funzione attualizzatrice degli assetti giuridici preesistenti⁽²¹⁾.

si lasciano racchiudere entro gli stabili confini dei codici. Questi custodiscono la quotidiana e durevole particolarità dei bisogni; quelle sono agitate dalla volontà del divenire, che è insieme un distruggere e edificare». Per altro verso, «[...] discorrere di decodificazione relativamente al codice vigente non implica assolutamente la perdita di un fondamento unitario dell'ordinamento, sí da proporre una frantumazione di esso in tanti microordinamenti e in tanti microsistemi. La tecnica legislativa non è una variabile indipendente dal quadro costituzionale e non è suscettibile di autolegittimare legislazioni di settore tali da assumere il ruolo di diritto generale di un'intera materia, in difetto di un disegno complessivo» (così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., I, Napoli, 2006, pp. 175-176).

⁽²⁰⁾ Da ultimo, è assai efficace la de-costruzione operata da N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, *passim*, ove l'indagine sugli strumenti categoriali è vista come propiziatoria di una rinnovata configurazione dell'intero "sistema giuridico", dimodoché esso «[...] non risulti più impermeabile a qualunque valutazione del contenuto delle norme, di ciò che esse descrivono o prescrivono, ma rappresenti semmai il punto di sintesi finale tra testo e contesto, tra strumenti formali e situazioni sostanziali, tra teoria e storia» (*ivi*, p. 34).

⁽²¹⁾ Cfr. N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Milano, 1990, *passim*, ma spec. p. 55 ss.

3. — *Il concetto di “complessità giuridica” quale rinnovato prisma d’indagine della multiforme realtà sociale e giuridica.*

La dottrina ha da tempo preso atto di questo mutamento degli impianti sistematici e non ha potuto non proporre una rinnovata lettura del sistema ordinamentale tradizionale.

In tal senso, sulla scorta della premessa per cui la giuridicità appartiene alla realtà dell’esperienza, s’è da più parti sottolineato che il diritto è in perenne evoluzione: in questo clima evolutivo s’è, in particolare, riscontrata la sussistenza d’un «[...] nuovo indirizzo che, con il titolo di teoria della complessità, intende rappresentare una sfida epistemologica»⁽²²⁾.

La complessità si evidenzia, soprattutto, nella fase di complicata produzione normativa come quella segnalata in precedenza e collegata al clima di particolare, seria e grave urgenza pandemica da Covid-19, peraltro ancora in corso, che ha inciso nell’assetto culturale di plurimi rami del diritto, investendo anche quello costituzionale.

In questo quadro di estrema complessità giuridica, di sicuro giovamento appaiono le riflessioni che hanno tracciato «una stesura organica dei rapporti tra complessità sociale e diritto positivo»⁽²³⁾.

Questa linea riflessiva è sostenuta da un solido indirizzo culturale fonda-

⁽²²⁾ Così, testualmente, A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in P. SIRENA (a cura di), *Oltre il positivismo*, cit., p. 3 ss., 7. È doveroso precisare che l’A. s’era già pronunciato sul tema in esame in ID., *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, *Il concetto del diritto*, Milano, 1975, *passim*, così come nella monografia ID., *Teoria della efficacia giuridica*, Milano, 1951, *passim*, successivamente sviluppata nella voce enciclopedica, di più ampio respiro, ID., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, p. 432 ss. Il tema è stato approfondito anche da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 159 ss., spec. p. 183, per il quale «la complessità può essere uniforme e senza ricorso a livelli normativi diversi, quando i principi fondamentali dell’ordinamento sono contenuti in norme dello stesso rango di tutte le altre, e l’ordinamento non conosce una gerarchia delle norme; e può, invece, essere una complessità composita, articolata a più livelli, secondo un meccanismo mediante il quale le norme di rango inferiore non possono che essere conformi e, quindi, compatibili con quelle superiori. Tale complessità è tipica dei sistemi giuridici con Costituzione rigida».

⁽²³⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, cit., p. 7.

to «sulla oggettività degli interessi e dei valori» e, soprattutto, «ha immerso la metodologia giuridica nella storia della cultura»⁽²⁴⁾.

La curiosità su questa ricerca e sulle sue proposte di taglio sistematico spinge a ricordare l'itinerario dell'indagine, sebbene ci si limiterà a far menzione dei punti più significanti della riferita composizione teorica.

Una struttura complessa, come quella in esame, postula le presenze di norme ed interessi particolari, i quali – nella dinamica evolutiva che è loro co-essenziale – progressivamente s'integrano e s'armonizzano fra loro. Questo fenomeno sociale si riflette anche sulla giuridicità, la quale, sotto il profilo statico, presenta un'articolata complessità, mentre, sotto quello dinamico, assume i caratteri d'una tensione continua verso una perenne e inarrestabile evoluzione.

Gl'interessi appartengono alla realtà e all'esperienza sociale, ma sono tesi ad ottenere il riconoscimento dal diritto, affinché le inerenti situazioni d'interesse transitino sul terreno della rilevanza giuridica⁽²⁵⁾. Questo riconoscimento da parte del diritto è finalizzato ad ottenere la garanzia della *giuridicità*,

⁽²⁴⁾ In tal senso N. IRTI, *La cultura*, cit., p. 40, riferendosi proprio alla scuola di pensiero di A. Falzea, nel quadro della teoria sui valori. Sul ruolo di questi ultimi, v. anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 305 ss., ove il rilievo per cui «la gerarchia delle fonti non risponde soltanto ad una ragione di certezza formale dell'ordinamento per risolvere i conflitti tra le norme poste da diverse fonti, ma è ispirata soprattutto ad una logica sostanziale, cioè ai valori e alla loro rispondenza alla filosofia della vita presente nel modello costituzionale» (così a p. 305).

⁽²⁵⁾ Ma per alcuni spunti critici sulla lettura “sociologizzante” del fenomeno giuridico, v., sin dalla Prolusione camerte del 18 aprile 1969, P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss. (ora in ID., *Scuole*, cit., p. 1 ss., da cui si cita), dove si legge – in chiave di dissenso rispetto alla pressoché coeva Prolusione di N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 302 ss. – che «il dommatismo non scema con l'accentuazione del profilo sociologico entro il quale di recente, con rinnovato vigore, s'intende spingere lo studio del fenomeno giuridico, sì da escludere quell'autonomia del diritto che faticosamente il positivismo ha, in una certa qual misura, realizzato. Il diritto non si esaurisce nella dogmatica, come non si identifica nella sociologia, né è la sintesi dell'una e dell'altra ma ha unico fondamento nella realtà normativa che pur va sistemata ed interpretata in considerazione degli impulsi sociologici che sono alla base del sistema ed in costante riferimento alla natura dei fatti e dei problemi che la norma intende rispettivamente sussumere e risolvere» (*ivi*, p. 6).

nel senso che ogni situazione d'interesse, giudicata positiva, è in grado d'essere preservata e realizzata⁽²⁶⁾.

È allora evidente che, da una parte, questo procedimento postula un giudizio positivo preventivo sul valore sociale dell'interesse considerato e, dall'altra parte, consente all'interesse stesso di conseguire la sua realizzazione compiuta. Questa chiave di lettura, tuttavia, non merita d'essere analiticamente esasperata, giacché «[...] non vi è una realtà sociale e poi una realtà giuridica, perché l'unitarietà del fenomeno sociale è tale che non consente separazioni tra diritto e società»⁽²⁷⁾.

Nondimeno, la rilevanza giuridica dota la situazione d'interesse di un'efficacia giuridica, garantita dall'«intervento conservativo e attuativo del diritto», che «[...] si completa e conclude mediante le disposizioni di poteri di doveri giuridici»⁽²⁸⁾.

Considerato, poi, che le situazioni d'interesse «attengono all'insieme umano nella sua globalità, alla società civile in particolare», appare evidente la necessità d'individuare «il criterio che presiede alla graduazione di rilevanza e di efficacia tra una molteplicità di situazioni di interesse qualificate positivamente dal diritto»⁽²⁹⁾.

L'immersione del diritto nel sistema della cultura globale implica che le regole di comportamento siano disposte «secondo linee di valore disegnate dalla creatività spirituale della cultura specifica del complesso sistema culturale»⁽³⁰⁾.

⁽²⁶⁾ Ma in prospettiva più netta si v., nuovamente, P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss. (ora in ID., *Scuole*, cit., p. 27 ss.), secondo cui va rigettata l'opinione – additata quale espressione di un orientamento “neogiusnaturalistico-sociologico” (e v. anche nt. precedente) – secondo cui «l'atto giuridico, cioè l'autonomia privata, sarebbe espressione di valori pregiudiziali già pregnanti di vincolatività: il contratto sarebbe di per sé nudo patto da osservare in quanto tale e in quanto socialmente vincolante, quindi avrebbe rilevanza pregiudiziale, cioè un'esistenza, prima e al di fuori del diritto».

⁽²⁷⁾ P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, loc. cit.

⁽²⁸⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, cit., p. 6.

⁽²⁹⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, loc. cit.

⁽³⁰⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, cit., p. 7.

Si caratterizza, inoltre, per la circostanza che il diritto «[...] è già dotato di garanzie empiriche di realizzazione, sia nel settore organizzativo sia nel settore delle relazioni intersoggettive»⁽³¹⁾.

Da questa impostazione appare chiara la fondatezza delle tesi per la quale – nel quadro ricostruttivo del fenomeno della complessità giuridica – questa «[...] ha per oggetto le regole culturali del diritto, relative all'organizzazione dell'interesse sociale ed alle situazioni di interesse che si formano al suo interno»⁽³²⁾.

In questo clima edificativo d'un sistema – che per sua intrinseca natura è variegato, variabile, modificabile, adattabile agli umori e alle tensioni evolutive delle scelte culturali etico sociali, coerenti al *logos* delle regole «prive di quella tendenziale cogenza che è immancabile nelle leggi di natura»⁽³³⁾ – si presenta, altresì, coerente l'affermazione del principio secondo cui nel pensiero sulla complessità giuridica non v'è spazio per ogni valore che assuma il ruolo dell'assolutezza.

Da questa dottrina, sul terreno dei valori etico-sociali⁽³⁴⁾, emerge una costante e stretta correlazione tra la cultura generale di taglio sociale e la quella particolare di taglio giuridico⁽³⁵⁾.

⁽³¹⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, loc. cit.

⁽³²⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, loc. cit.

⁽³³⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, loc. cit.

⁽³⁴⁾ Decisive le considerazioni di C. MORTATI, *Sul rapporto fra Costituzione e politica in Schmitt*, in ID., *La teoria del potere costituente*, con prefazione di A. Barbera e a cura di M. Goldoni, Macerata, 2020, pp. 129 ss. e 133: «[...] fini e valori [...] devono essere oggetto specifico dell'indagine giuridica, se essa vuole cogliere la vera essenza, l'esatto significato degli istituti positivi. Con grande efficacia lo Schmitt denuncia l'illusione del metodo positivistico di acquistare in purezza per il fatto di respingere dalla considerazione giuridica ogni componente ideologica, economica, sociologica, morale e politica, osservando che, se il pensiero giuridico venga spogliato di ogni significato quanto al contenuto e staccato dalla situazione normale presupposta, non resta più molto per l'argomentazione giuridica, manifestandosi invece la sua insensatezza ideologica, economica, morale e politica» (e v. anche C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., p. 273 ss.).

⁽³⁵⁾ E v., infatti, con incisività, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 184: «l'ordinamento giuridico non si esaurisce nella complessità della sua genesi legislativa e normativa; la complessità dell'ordinamento è data

Conseguenza di questa costante correlazione è che la cultura giuridica non può non essere caratterizzata da situazioni d'interesse, ad un tempo socialmente e giuridicamente rilevanti.

Le regole che governano la rilevanza giuridica, essendo correlate alla “sostanza sociale”, esigono altre disposizioni per governare le azioni di quanti sono legati dalla condizione di co-esistenza e di con-vivenza all'interno del contesto inter-soggettivo di cui i soggetti stessi fanno parte⁽³⁶⁾.

Il motore che alimenta il menzionato contesto è quello della libertà di pensare, di decidere, di agire, di produrre idee e di tradurle in fatti e in atti concreti, come ad esempio in tema di diritto positivo, di concentrazione delle regole per il governo della società civile.

Peraltro, viene sottolineato che l'essere umano, nell'indicato quadro evolutivo della costruzione dell'ordine civile, si è collocato «[...] al vertice del reale in virtù dell'essenza spirituale a lui esclusiva», che si inverte soprattutto nella libertà, di cui si è fatto cenno, e che «[...] costituisce il carattere distintivo dall'uomo rispetto all'animale»⁽³⁷⁾.

Un'ulteriore notazione, che va sottolineata, è che il quadro evolutivo in esame esige, fra l'altro, «[...] la individuazione del principio primo che guida la formazione, la conservazione della società civile». Questo principio primo è costituito dall'interesse dell'insieme nella sua traduzione di valore sociale e cioè dalla scelta dei consociati di soddisfare l'impulso di adeguamento ai processi d'evoluzione delle situazioni esistenziali, orientati a migliorare la qualità della vita comunitaria e individuale.

Da questo punto di vista, rileva Falzea, «la complessità sociale si atteggia

dall'impatto con il sistema socio-culturale di appartenenza, che non è aspetto fattuale privo di capacità condizionante, ma è aspetto strutturale conformativo e adeguatore e, quindi, realmente contenutistico dello *ius*».

⁽³⁶⁾ Osserva al riguardo N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*, cit., pp. 50-51, peraltro richiamando anch'egli la teoresi di Angelo Falzea, che «[...] se il diritto è, per sua essenza, esperienza di rapporto, l'idea stessa della giuridicità esige che la relazione nella quale ogni rapporto si esprime si ponga fra i soggetti portatori delle tensioni, delle pulsioni, degli interessi che in quella relazione confliggono, si confrontano, trovano composizione».

⁽³⁷⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, cit., p. 16.

[...] come complessità assiologica» ed è «[...] implicata, cioè, in un valore d'ordine sociale rinvenibile in una forza attrattiva unitaria risalente al 'principio primo'»⁽³⁸⁾. Peraltro, questa forza attrattiva è controllata e pilotata dalla società politica, soprattutto là dove questa si trova ad operare nel quadro di "formazioni politiche" assistite da «[...] un sistema regolativo sovrastante rispetto a quello di dimensione ordinaria», come accade tuttora in Italia. La società civile è infatti regolata dal sistema comunitario⁽³⁹⁾ e «[...] all'interno dallo stesso nostro ordinamento giuridico nel rapporto tra leggi ordinarie ed i principi costituzionali»⁽⁴⁰⁾.

Opportunamente, lo stesso Autore riscontra che, in tali casi, la complessità assiologica si fa sempre più folta, ed è altresì resa più intensa a causa del concorso di altre plurime fonti del diritto, quali, ad esempio, le intese internazionali, le varie e diversificate decisioni contenute in «[...] raccolte private ed applicate dai giudici non istituzionali nelle sede arbitrali e delle giurisdizioni ordinarie»⁽⁴¹⁾, fino ad arrivare a una riscoperta del diritto consuetudinario o più esattamente – secondo l'efficace aggettivazione proposta da Rodolfo Sacco – "muto"⁽⁴²⁾.

Il tutto concorre ad accrescere quantitativamente e qualitativamente la "complessità regolativa" nel senso che i plurimi concorrenti sistemi regola-

⁽³⁸⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, cit., pp. 17-18.

⁽³⁹⁾ Sul sistema italo-comunitario (oggi italo-europeo) delle fonti, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 265 ss., spec. p. 284, ove vengono messe in risalto le implicazioni dell'articolazione multi-livello delle fonti sull'interpretazione: «la teoria delle fonti non ha più il suo esclusivo punto di riferimento nello Stato, che perde la sua centralità sia al suo interno con un'articolazione legislativa decentrata e autonoma, sia per il riconoscimento istituzionale, di rilevanza costituzionale, di fonti esterne, internazionali e comunitarie».

⁽⁴⁰⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, loc. cit.

⁽⁴¹⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, loc. cit.

⁽⁴²⁾ R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, *passim*, spec. p. 51, ove si precisa che «[...] il diritto muto non copre tutta e sola l'area della consuetudine. Esso non si estende a tutta l'area delle consuetudini e, soprattutto, sotto altri aspetti sconfinava (in modi significativi per il sistema e per i concetti) rispetto alla definizione della consuetudine». Ne deriva che «il diritto, per essere muto, deve essere non verbalizzato. Viceversa, la consuetudine può essere in vario modo verbalizzata».

mentari dell'ordine giuridico convengono nel fenomeno della «complessità giuridica» la quale, pertanto, «[...] si impone come capitolo essenziale della vita sociale e giuridica»⁽⁴³⁾.

In tale prospettiva, la dinamica sociale induce le spinte propulsive ingenerate dalle opposte categorie della conflittualità e della solidarietà a confluire nella “complessità”, in modo tale da realizzare un equilibrio sociale, se ed in quanto «[...] i soggetti e le formazioni sociali nella conflittualità e nella solidarietà osservino comportamenti che non soltanto non pregiudichino quell'equilibrio ma anzi lo rendono possibile»⁽⁴⁴⁾.

4. — *La latente contraddizione tra la “complessità” nelle scienze filosofiche e in quelle giuridiche: l'aporia rispetto all'irriducibile funzione “ordinante” dello jus tra complessità e complicazione.*

La ricostruzione dell'impianto del fenomeno della “complessità giuridica” è interessante e teoricamente soddisfacente, purché sussistano «[...] regole che evitino il disordine sociale» e, anzi, favoriscano l'“ordine”⁽⁴⁵⁾.

Di qui l'avvertita necessità di porre in essere, fra l'altro, regole di organizzazione della società civile, tali da dar luogo ad un complesso strutturalmente organizzato e, soprattutto, funzionalmente efficiente. Questa “efficienza” si misura sulla base di un acquisito equilibrio sociale, quale «condizione esistenziale della società»; un equilibrio, dunque, che deve essere «mantenuto a condizione che i soggetti e le formazioni sociali nella conflittualità e nella solidarietà osservino comportamenti che non soltanto non pregiudichino quell'equilibrio ma anzi lo rendano possibile»⁽⁴⁶⁾.

Ulteriore precisazione è che anche la complessità giuridica si sostiene sulla base di regole – tanto di organizzazione, quanto di relazione – le quali

⁽⁴³⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, loc. cit.

⁽⁴⁴⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, loc. cit.

⁽⁴⁵⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, loc. cit.

⁽⁴⁶⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, loc. cit.

s’innestano nelle norme e nei principi di diritto, inducendo a una rivisitazione del concetto stesso di “legalità”⁽⁴⁷⁾.

In questa complessità confluiscono, in via spontanea, «[...] le costumanze e le pratiche [...] dei componenti dell’insieme», ed in via mediata in quanto «[...] elaborato e formalizzato dagli organi ordinativi del medesimo insieme: prassi sociale e principi predisposti dal potere politico»⁽⁴⁸⁾.

Tanto perché, a rigore, le scelte inerenti all’organizzazione e alla sistemazione dell’ordine sociale nella fase della sua formazione vengono governate dalla politica⁽⁴⁹⁾.

Tracciate alcune linee essenziali sulle tematiche coinvolte dalla teoria sulla complessità giuridica, in ordine alla quale occorrerebbero riflessioni di più ampio respiro rispetto alle finalità del presente contributo – volutamente limitato a mettere in evidenza alcuni profili connessi ai processi ipertrofici della produzione di regole occasionati dai problemi, soprattutto sanitari, insorti a séguito della pandemia Covid-19 di cui s’è fatto cenno – s’impongono alcune considerazioni critiche.

La prima è che l’orientamento governativo, come già si è accennato, è stato quello di adottare una produzione di norme di vario grado che hanno incrementato il fenomeno quantitativo di regole di comportamento, favorendo l’ormai endemica crisi del diritto⁽⁵⁰⁾.

Peraltro, l’aumento delle regole ha innestato problemi operativi nell’applicazione delle stesse, e non solo per l’urgenza e la gravità del momento, che hanno inevitabilmente sottratto al *conditor juris* quella serena ponderazione d’assumere decisioni equilibrate e meglio coordinate tra loro, come già riferito in precedenza.

Questa evenienza ha allora sollecitato l’attenzione sul fenomeno della

⁽⁴⁷⁾ Audace sin dal titolo, ma assai convincente nella ricostruzione, è il recente saggio di P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, ove vengono rivisitati i due pilastri del *Rechtsstaat* ottocentesco, ossia la separazione dei poteri e il principio di legalità.

⁽⁴⁸⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, loc. cit.

⁽⁴⁹⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, loc. cit.

⁽⁵⁰⁾ Da vedere, riguardo alla κρίσις, il volume – che ha ingenerato un cospicuo dibattito – di C. CASTRONOVO, *L’eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, *passim*.

“complessità giuridica”, su cui già da tempo la dottrina è intervenuta con alcuni persuasivi risultati, sottolineati nelle pagine che precedono.

Occorre rilevare, in una prima istanza riflessiva, che il punto critico della teoria in esame emerge soprattutto sul piano del coordinamento culturale tra il concetto di complessità nell’ambito della filosofia e la sua corrispondente declinazione sul terreno della giuridicità.

In questa sede ci si limita a segnalare come il significato della “complessità” sia un dato nel quale concorrono diversi elementi, visti e considerati come un insieme organico, in guisa che un siffatto fenomeno non poteva restare estraneo al perimetro degli studi filosofici.

Agl’inizi del secolo scorso la teorica in esame era caratterizzata da un’impostazione marcatamente anti-riduzionistica⁽⁵¹⁾, in forza della quale l’epistemologia complessa si orientava ad osservare nei fenomeni gli aspetti della discontinuità, della contraddizione, della non linearità, della molteplicità. Tra le varie correnti di pensiero va sottolineato che alcune di esse privilegiavano l’incidenza del caso e del disordine, ai quali sarebbe conseguita una forma d’indomito irrazionalismo⁽⁵²⁾.

Transitando, tuttavia, dai dati filosofici a quelli della ricostruzione giuridica, si manifesta una sottile contraddizione logica tra l’impianto della complessità e quello del diritto.

⁽⁵¹⁾ Per le radici illuministiche, v. P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 11: «[...] il riduzionismo, a livello di una rinnovata sistemazione delle fonti, si traduce in una ferrea gerarchizzazione, che *riduce* [corsivo dell’A.] a una mera parvenza il mantenimento formale di una pluralità. Infatti, solo la fonte situata sul sommo gradino gerarchico, la legge, rappresenta una volontà indipendente e incondizionata chiamata a condizionare tutte le altre fonti dei gradini inferiori *ridotte* [corsivo nuovamente dell’A.] a una semplice ancillarità. È una *verità*, questa, che non è discutibile e che, purtroppo, dopo la Costituzione troviamo dommaticamente affermata nelle Preleggi al Codice Civile del 1942, ultima reliquia durevole nell’ordinamento italiano – anche se oggi soltanto formale – di un regime autoritario». Per una compiuta dimostrazione della tacita abrogazione dei canoni ermeneutici affidati all’art. 12, disp. prel., c.c. si v. ampiamente P. PERLINGIERI, *L’interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell’art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell’esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss. (ora in ID., *Scuole*, cit., p. 273 ss.).

⁽⁵²⁾ In tal senso, cfr. F. D’AGOSTINI, *Complessità (teoria della)*, in N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, 3^a ed. aggiornata e ampliata da G. Fornero, 1998, p. 169 ss., spec. p. 170.

Il dato *complesso* è strutturalmente contiguo rispetto al dato *complicato* e, quindi, denuncia una non linearità, sovente generatrice di confusione e disordine. Il dato giuridico – il *jus* – è, invece, istituzionalmente diretto a conseguire e ad attuare l'ordine, a dare certezze e sicurezze *nella* vita e *per* la vita dei singoli e delle formazioni sociali.

Vi è, dunque, un'evidente contraddizione tra l'agire complesso (o nella complessità) e l'agire giuridico (o nella giuridicità).

Un'ultima breve notazione intorno al collegamento operativo delle regole ordinarie con l'ordine sociale appare opportuna.

Si è affermato che la complessità giuridica generale è la fonte primaria delle regole giuridiche le quali sono, infatti, necessarie per l'attuazione e il mantenimento delle regole di organizzazione e di relazione del tessuto sociale: «la politica governa entrambi i percorsi dell'organizzazione e della sistematizzazione da essa utilizzata nell'ambito della formazione dell'ordine sociale»⁽⁵³⁾.

In verità, l'affidare al potere politico la gestione esclusiva o quantomeno preponderante del governo della vita sociale in vista dello stabilimento dell'ordine sociale non appare una scelta limpida per il superamento della “crescente complessità sociale” o comunque con il “minor aggravio di complessità per la società e per i suoi componenti”.

Infatti, se il governo politico si orienta a promuovere un incremento smodato delle regole giuridiche, ancorché stretto dalla necessità e dall'urgenza del momento come nel caso della pandemia Covid-19, oppure ispirato da pregiudiziali ideologiche che esigono risposte urgenti alle istanze sociali sollecitate da movimenti popolari estemporanei⁽⁵⁴⁾, è evidente che l'ingresso nel sistema normativo di una copiosa quantità di regole finisce per rendere ipertrofico il sistema stesso, e quindi più complesso del solito, con minori e intuibili difficoltà di utilizzazione da parte “dell'utenza destinataria dalle regole stesse”.

⁽⁵³⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, cit., p. 21.

⁽⁵⁴⁾ In senso critico, si v. anche il recentissimo volume di S. CASSESE, *Il buon governo. L'età dei doveri*, Milano, 2020, *passim*, spec. p. 25 ss., su «Sovranisti e globalizzazione», nonché p. 112 ss., su «La democrazia populistico-corporativa».

Questa situazione può comportare il rischio di uno squilibrio sociale, il quale è suscettibile d'incidere negativamente sulle condizioni esistenziali della stessa società, sicché la naturale conflittualità, e viepiù la solidarietà inter-soggettiva che la mitiga, potrebbero risultarne alterate e le regole così poste in essere non farebbero che favorire "il disordine sociale".

Già in passato si è avvertito questo rischio alterativo degli equilibri sociali, segnalando la necessità di attendere al superamento della crescente intricata complessità sociale, affidando al potere pubblico l'utilizzazione dei mezzi adeguati al riguardo⁽⁵⁵⁾.

Questa risposta non garantisce che le regole giuridiche emanande siano osservate senza pregiudizio per l'ordine sociale – con il rischio, come detto, che l'applicazione delle stesse favorisca il disordine – in mancanza di correttivi (anche normativi) predisposti *ad hoc*, pena l'ulteriore rischio dell'apertura di porte tali da consentire l'ingresso a disvalori politico-sociali, dannosi per la società stessa⁽⁵⁶⁾.

In tal senso si comprendono, e costituiscono un condivisibile monito, le riflessioni di quegli Autori⁽⁵⁷⁾ che, alimentando un proficuo e stimolante dibattito ideologico⁽⁵⁸⁾, hanno autorevolmente denunciato le insidie del nichilismo giuridico, il quale fa smarrire "lo specifico del diritto". Rischio, questo, ancora più pressante ove si ponga mente alla recente, e autorevol-

⁽⁵⁵⁾ Cfr. A. FALZEA, *Complessità giuridica*, loc. cit.

⁽⁵⁶⁾ S. CASSESE, *Il buon governo*, cit., p. 244 ss., ove si parla – icasticamente – di una «società scoraggiata e rancorosa».

⁽⁵⁷⁾ Cfr. P. PERLINGIERI, *La grande dicotomia diritto positivo e diritto naturale*, in AA.VV., *Oltre il positivismo*, cit., pp. 93-94; P. SPADA, *Quale «giusto» attraverso il «legale»?», cit., p. 144.*

⁽⁵⁸⁾ Per spunti, si v. P. PERLINGIERI, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 405 ss. (ora in ID., *Scuole*, cit., p. 73 ss., da cui si cita), ove – premesso che «[...] qualsiasi "introduzione allo studio del diritto privato in Italia" non potrebbe prescindere da una seria riflessione su quelli che sono i filoni culturali e metodologici che ravvivano il complesso dibattito sia in sede di politica legislativa che dottrinarie e giurisprudenziale» (*ivi*, p. 75) – trovasi una compiuta rassegna delle principali correnti civilistiche (massimalistiche, riformistiche, formalistiche, realistiche, sociologiche, positivistiche etc.).

mente predicata, “riesumazione”⁽⁵⁹⁾ della teoria del nichilismo nietzschiano, dapprima filtrato nella lente severiniana⁽⁶⁰⁾ e dipoi adattato al mondo del diritto. Infatti, prendendo atto che «la concezione mondana del diritto [...] non costituisce alcun dove né senso unitario e complessivo», se ne deduce che il «[...] formalismo, incapace, per sua indole, di offrire garanzie di senso e di additare risultati dello sviluppo si rivela così nel carattere nichilista»⁽⁶¹⁾. In realtà, se è vero che il relativismo è il terreno su cui operano sia il nichilismo che la complessità, v'è da osservare come nella teoresi di Angelo Falzea non si riscontri questo profilo culturale oscurantista; né, d'altronde, possono dimenticarsi i danni provocati dalle pregiudiziali ideologiche del secolo scorso, e giustificate dall’“Io-potenza” del secolo del Nietzsche. Sicché non è certo che un caso che lo stesso Falzea⁽⁶²⁾ abbia fondato la sua analisi sulla scorta di un «[...] principio primo che guida la formazione, la conservazione e lo sviluppo delle società civili». E, pur nel legittimo dubbio derivante dalle difficoltà d'individuare con precisione questo principio, è certo che, sul piano dei valori, le idee di tale A. si siano orientate verso i valori sostanziali del diritto, senza che questo venga relegato nelle camere buie della “nientità del non-niente”⁽⁶³⁾.

⁽⁵⁹⁾ Operata, in particolare, da N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Bari, 2004, *passim*.

⁽⁶⁰⁾ E v., infatti, N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialoghi su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, *passim*.

⁽⁶¹⁾ Così N. IRTI, *Il salvagente della forma*, cit., p. 11.

⁽⁶²⁾ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, cit., p. 19.

⁽⁶³⁾ Così, testualmente, N. IRTI, *Il salvagente della forma*, cit., p. 12, con chiaro omaggio agli itinerari speculativi di E. Severino.

FRANCESCO SCAGLIONE^(*)

CORRETTEZZA E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

Abstract: The essay examines the problem of the nullity of the contract when an undertaking abuses its dominant position by imposing excessive and unfair prices.

SOMMARIO: 1. Abuso di posizione dominante e sovrapprezzo anticompetitivo. – 2. Correttezza e nullità di protezione. – 3. Correzione giudiziale del prezzo e costi aziendali.

1. — *Abuso di posizione dominante e sovrapprezzo anticompetitivo.*

Nell'ambito delle condotte imprenditoriali illecite, particolare rilievo assumono i c.d. abusi di prezzo, tutte le volte in cui l'impresa detenga un potere di mercato che le assicuri la dominanza di quest'ultimo⁽¹⁾. In questa ipotesi, il rimedio tipico allo squilibrio prettamente economico nel rapporto tra impresa e consumatore (B2c) è offerto dalla normativa antitrust, italiana ed europea, che prevede il risarcimento del danno per violazione del divieto di abuso di posizione dominante mediante imposizione di prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose [artt. 3, lett. a), e 33 l. n. 287/1990; art. 102, lett. a), Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, TFUE]⁽²⁾. Del resto, secondo l'orientamento giurisprudenziale

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Cfr. Comunicazione della Commissione europea 2009/C45/02 sull'applicazione dell'art. 102 TFUE (già art. 82 Trattato CE). Posto che la posizione dominante è definita «una situazione di potere economico grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare il persistere di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e di agire in maniera significativamente indipendente rispetto ai suoi concorrenti, ai suoi clienti e, in ultima analisi, ai consumatori» (par. 10, che richiama Corte giust. n. 27/76, punto 65, e n. 85/76, punto 38), la Commissione ritiene che, in linea generale quote di mercato a partire dal 40% possono essere indicative della sussistenza di una posizione dominante (par. 14).

⁽²⁾ Uno dei primi studi in materia, anteriormente alla legislazione antitrust italiana, è

ormai consolidato, risalente ad un celebre intervento delle Sezioni Unite della Cassazione, la normativa antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, vale a dire non tutela solo gli interessi delle imprese in rapporto di concorrenza⁽³⁾; essa è, piuttosto, «la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere»⁽⁴⁾.

Tuttavia, la questione dei prezzi iniqui viene di regola alla ribalta anche nel caso di abuso di posizione dominante collettiva⁽⁵⁾, quando cioè vi sia un cartello tra imprese che impongono il sovrapprezzo anticompetitivo⁽⁶⁾ nei contratti stipulati con i consumatori; qui la tesi del solo risarcimento, quale rimedio a favore della parte debole, incontra sempre maggiori perplessità, discettandosi da lungo tempo della nullità dei contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza⁽⁷⁾. A seguito di un recente arresto giurispru-

quello di V. MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi «non equi»*, Milano, 1989, *passim*. Sull'abuso di prezzo quale abuso di sfruttamento, v., *ex plurimis*, A. FRIGNANI, *Abuso di posizione dominante*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, I, Bologna, 1993, p. 309 ss.; ID., *L'abuso di posizione dominante*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, in *Tratt. dir. priv. Unione Europea Ajani-Benacchio*, VII, Torino, 2006, p. 177 ss.; L. PROSPERETTI, M. SIRAGUSA, M. BERETTA, M. MERINI, *Economia e diritto antitrust*, Roma, 2006, p. 230 ss.; C. BENTIVOGLI, S. TRENTO, *Economia e politica della concorrenza*, Roma, 2005, p. 167 ss.

⁽³⁾ Come invece aveva ritenuto Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1121.

⁽⁴⁾ Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, c. 1014, con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori* (*ivi*, c. 1015 ss.), e di E. SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore* (*ivi*, c. 1018 ss.).

⁽⁵⁾ Cfr. M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 555 ss.; F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, 2ª ed., Torino, 2019, p. 198 ss.

⁽⁶⁾ Per sovrapprezzo si intende «la differenza tra il prezzo effettivamente pagato e il prezzo che sarebbe altrimenti prevalso in assenza di una violazione del diritto della concorrenza»: art. 2, lett. *r*) del d.lgs. n. 3 del 19 gennaio 2017, attuazione della direttiva 2014/104 UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

⁽⁷⁾ Cfr., ad esempio, E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorren-*

denziale in materia⁽⁸⁾, anche il dibattito dottrinale si è riaperto, e non sono mancate voci nettamente favorevoli all'estensione del rimedio demolitorio anche all'ipotesi del contratto che realizza un abuso di posizione dominante individuale⁽⁹⁾.

In particolare, sotto il duplice profilo del rispetto del principio di effettività della tutela del consumatore e della sua capacità dissuasiva nei confronti della condotta imprenditoriale⁽¹⁰⁾, la nullità sembra rivelarsi rimedio più efficace del mero

za, Napoli, 2008, p. 91 ss.; R. CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *Contratti*, 2005, p. 183 ss.; M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 237 ss.

⁽⁸⁾ Si tratta di Cass., 26 settembre 2019, n. 24044, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 237, secondo cui: «Con riguardo a contratti di fideiussione in cui figurino clausole che riproducono il contenuto delle clausole ABI, dichiarate illegittime dall'Autorità Garante, deve ritenersi che, avendo l'Autorità amministrativa circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle norme bancarie uniformi (NBU) trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali predisposte dalla banca e rese in attuazione di intese illecite ai sensi dell'art. 2 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, ciò non esclude, né è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba valutarsi dal giudice alla stregua degli artt. 1418 ss. c.c. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c. laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite». Su questa sentenza, v. spec. M. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti a valle. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 378 ss.; M. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, *ivi*, p. 415 ss.

⁽⁹⁾ In senso favorevole, v. spec. F. DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del «solo risarcimento» per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 406 ss.; *contra*, v. invece, E. CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, *ivi*, p. 397 ss. Ma v. già Corte giust., 30 gennaio 1974, in *Racc.*, 1974, p. I-51, secondo cui il fatto che l'art. 86 Trattato CEE (ora 102 TFUE) nulla disponga in merito alla invalidità del contratto tramite il quale si realizza l'abuso, non esclude che il contratto possa essere dichiarato nullo in base alle singole discipline degli ordinamenti nazionali. In argomento, v. M. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006, spec. pp. 33 ss., 51 ss. e 93 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE; in argomento, v. G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 366 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 1071 ss.

Questa esigenza è ora espressamente prevista per i contratti dei consumatori dal nuovo art. 8-ter della direttiva 93/13 CEE, introdotto a seguito della direttiva 2019/2161 UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, per una migliore applicazione

risarcimento del danno da sovrapprezzo, specialmente nell'ipotesi di contratti ad offerta monopolistica, ove l'oblato non ha alcuna possibilità di reperire alternative soddisfacenti sul mercato di riferimento (geografico e merceologico). Si pensi, ad esempio, al caso della vendita di farmaci "salvavita", insostituibili per le fasce più fragili della popolazione (anziani e bambini), ed alla rilevanza di un abuso di prezzo in ordine alla tutela del diritto fondamentale alla salute dei consumatori [art. 32 Cost. e art. 2, lett. a), c.cons.]⁽¹¹⁾. Si tratta innanzitutto di stigmatizzare, al riguardo, il disvalore di una condotta contraria ai principi di ordine pubblico connessi al corretto funzionamento in senso concorrenziale del mercato, ove l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana (art. 41 Cost.)⁽¹²⁾.

e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori, secondo cui: «Gli Stati membri determinano le norme in materia di sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni nazionali adottate conformemente alla presente direttiva e prendono tutte le misure necessarie per garantirne l'attuazione. Le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive». In argomento, v. I. SPEZIALE, *La direttiva 2019/2161 UE tra protezione dei consumatori e promozione della competitività sul mercato unico*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 441 ss.

⁽¹¹⁾ V. il caso Aspen (provvedimento AGCM n. 26185 - A 480, del 29 settembre 2016, in *Bollettino* n. 36/2016), ove l'Autorità ha accertato che il comportamento complessivamente adottato da alcune società farmaceutiche dello stesso gruppo integra un abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE, consistente nell'imposizione di prezzi iniqui per la commercializzazione in Italia di quattro specialità terapeutiche per la cura di malattie del sangue, realizzata tramite un esercizio distorto e strumentale del diritto alla negoziazione dei prezzi con l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA). Le società sono quindi state condannate in solido al pagamento di una sanzione di Euro 5.225.317 e diffidate a porre in essere ogni adempimento volto alla definizione di prezzi non iniqui con riferimento alle medesime quattro specialità medicinali. Cfr. M. COLANGELO, *Farmaci, prezzi iniqui, concorrenza: il caso Aspen*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2016, p. 539 ss.; G. COMANDÈ, A. PARZIALE, *Rimedi civilistici per la scarsità di farmaci immessi in commercio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 1423 ss.

Il provvedimento è stato confermato dal Tar Lazio, Roma, 26 luglio 2017, n. 8945, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 66 ss., e, successivamente, dal Cons. Stato, 13 marzo 2020, n. 1832, in *leggiditalia.it*. Nella specie, l'aumento ingiustificato dei prezzi, a fronte di una rigorosa analisi dei costi aziendali, era stato tra il 300% ed il 1500%.

⁽¹²⁾ Questo indissolubile connubio tra interesse del consumatore e interesse pubblico è testimoniato dalla tutela amministrativa contro gli illeciti antitrust (ma anche contro le clausole vessatorie: art. 37-*bis* c.cons.), che però si rivela da sola inadeguata a garantire una

Da ciò deriva la necessità di scoraggiare il reiterarsi di abusi di prezzo che impediscono anche ad altri potenziali consumatori di ottenere il prodotto o il servizio di cui hanno bisogno; in tal senso, l'intervento giudiziale si innesta nel quadro di una tutela civile che non può più realizzare l'interesse privato al riequilibrio del rapporto senza tenere conto anche dell'interesse pubblico che è stato lesa. Ritenere valido il contratto (*rectius*, la clausola) attraverso cui si realizza un abuso di prezzo significa avallare, in linea di principio, una visione dell'ordinamento che tollera condotte contrarie alla sua struttura economico-giuridica. Pertanto, la tutela del consumatore è anche una tutela civile del mercato concorrenziale. In questa prospettiva, la via da percorrere, come si vedrà, è quella della declaratoria di nullità parziale della clausola di sovrapprezzo, con eterointegrazione giudiziale della conseguente lacuna contrattuale; e ciò sulla base di parametri legati all'analisi dei costi aziendali, che orientano la determinazione di un ragionevole margine di profitto dell'imprenditore. Può dirsi, allora, che il riequilibrio economico (e normativo)⁽¹³⁾ del contratto passa necessariamente attraverso l'applicazione del

effettiva protezione del consumatore, lasciando sovente irrisolto il problema della ridefinizione del prezzo. Per tornare all'esempio citato, ove la società farmaceutica – già sanzionata dall'AGCM sulla base dell'art. 15, comma 1, l. 287/1990 – risulti inadempiente all'ordine di porre in essere ogni adempimento volto alla definizione di prezzi non iniqui con riferimento ai farmaci venduti (cfr. AGCM, provvedimento n. 26432 A 480B del 1° marzo 2017, in *Bollettino* n. 10 del 20 marzo 2017), l'inottemperanza alla diffida può condurre, *ex art.* 15, comma 2, l. 287/1990, ad una ulteriore sanzione amministrativa pecuniaria (sempre entro i limiti del dieci per cento del fatturato), oppure, al più (in caso di reiterata inottemperanza), alla sospensione dell'attività di impresa fino a trenta giorni. Sul *quantum* delle misure sanzionatorie pecuniarie, cfr. S. DE NITTO, *Esercizi di discrezionalità tecnica e di controllo giudiziale in materia antitrust*, in *Dir. pubb.*, 2020, p. 181 ss., spec. p. 227 ss.

⁽¹³⁾ È stato efficacemente osservato, al riguardo, che «è perfino troppo ovvio rilevare che diritti e obblighi contrattuali (*recessi, ius variandi*, esoneri da responsabilità, ecc.) hanno un costo e possono avere un prezzo: sicché i confini fra squilibrio normativo e squilibrio economico sono evanescenti, e uno squilibrio che si presenta *prima facie* come normativo può in definitiva tradursi in uno squilibrio dei valori economici scambiati»: V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, 2ª ed., Torino, 2005, pp. 39-40. Le interferenze tra equilibrio normativo ed economico sono evidenti anche in base all'art. 34, 1° comma, c.cons., atteso che il giudice, per accertare la vessatorietà di una clausola, deve tener conto anche dello squilibrio economico che eventualmente emerga dalle altre clausole relative al corrispettivo. Tale soluzione del problema del coordinamento tra il 1°

rimedio demolitorio, che mira a ristabilire la parità sostanziale tra le parti, nel rispetto dei principi costituzionali (artt. 2 e 3, 2° comma, Cost.).

Dinanzi a queste considerazioni di fondo, peraltro, perdono rilievo e passano in secondo piano altre riflessioni di ordine tecnico, che pure militerebbero a sfavore dell'azione meramente risarcitoria; quest'ultima, infatti, anche se *follow on*, iniziata cioè dopo un provvedimento di condanna da parte dell'autorità amministrativa, espone l'attore alle difficoltà (e ai costi) della prova, con particolare riferimento al nesso di causalità, atteso che il carattere vincolante per il giudice civile degli accertamenti compiuti dall'AGCM riguarda solo la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale (art. 7, d.lgs. n. 3/2017)⁽¹⁴⁾. D'altro canto, se è pur vero che l'esistenza del danno (il quale si manifesta, solitamente, in un aumento dei prezzi: cfr. 47° considerando della direttiva 2014/104 UE) cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello⁽¹⁵⁾ si presume, è tuttavia fatta salva la prova contraria dell'autore della

ed il 2° comma dell'art. 34 c.cons. è prospettata da E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006, pp. 69-70, il quale argomenta dal tenore del diciannovesimo considerando premesso alla direttiva n. 93/13 CEE del Consiglio sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, già attuata con l'inserimento nel codice civile degli artt. 1469-*bis-sexies*, successivamente trasferiti nel codice del consumo (artt. 33 ss. d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206). Secondo tale considerando, «la valutazione del carattere abusivo non deve vertere su clausole che illustrano l'oggetto principale del contratto o il rapporto qualità/prezzo della fornitura o della prestazione; nella valutazione del carattere abusivo di altra clausole, si può comunque tenere conto dell'oggetto principale del contratto e del rapporto qualità/prezzo». Nello stesso senso, v. già S. MONTICELLI, *Commento all'art. 1469 ter c.c.*, in E. CESARO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, I, 3ª ed., Padova, 2001, pp. 561-562, secondo il quale: «Proprio a tale proposito soccorre l'opportunità di considerare l'intero contenuto della negoziazione ai fini del ricorrere o meno al requisito di buona fede, requisito che non può essere valutato se non tenendo conto anche del prezzo del bene o dei servizi offerti».

⁽¹⁴⁾ Cfr. F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1207 ss.; M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 476 ss.

⁽¹⁵⁾ La norma non tratta però espressamente dell'abuso di posizione dominante (individuale).

violazione (art. 14, 2° comma, d.lgs. n. 3/2017)⁽¹⁶⁾. Una particolare criticità legata all'utilizzo esclusivo dell'azione di risarcimento del danno antitrust ai fini del riequilibrio economico del rapporto deriva poi dal fatto che l'abuso di prezzo può colpire non solo gli acquirenti diretti, ma anche quelli indiretti; in questa ipotesi i primi di regola trasferiscono il sovrapprezzo ai secondi tramite la pratica del *passing-on*. Orbene, se è vero che l'acquirente indiretto è legittimato a chiedere un risarcimento all'impresa che abbia abusato della propria posizione dominante, in ordine al pregiudizio derivante dal sovrapprezzo trasferitogli da soggetti posti a livelli intermedi nella filiera di mercato (c.d. *passing on* offensivo), egli deve però dimostrare l'esistenza e la portata del trasferimento anche chiedendo l'esibizione di prove al convenuto o a terzi (art. 12, 1° comma, d.lgs. n. 3/2017). Anche in questo caso, esiste, a favore dell'acquirente indiretto, soltanto una presunzione *iuris tantum* di trasferimento del prezzo⁽¹⁷⁾. Viceversa, la stessa impresa convenuta in giudizio

⁽¹⁶⁾ In argomento, v. L. CALZOLARI, *Il sistema di enforcement delle regole di concorrenza nell'Unione europea*, Torino, 2019, spec. p. 237 ss.; F. TORIELLO, *Regolazione del mercato e private enforcement. I rimedi risarcitori*, Milano, 2018, p. 155 ss.; V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 119 ss.; E. CAMILLERI, *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, *ivi*, p. 143 ss.; F. SACCARO, *Onus probandi e poteri istruttori esercitabili d'ufficio dal giudice nel contesto di una private antitrust litigation*, in *Dir. ind.*, 2018, p. 205 ss.; G. VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 441 ss.; A. NERVI, *Directive 2014/104 EU on Antitrust Damages Action. Some Considerations from the Perspective of Italian Law*, in *It. Law Journ.*, 2016, p. 131 ss.; G. ALPA, *Illecito e danno antitrust*, Torino, 2016, p. 8 ss.; ID., *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le corti nazionali e la corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 1227 ss.; P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d. lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017. Sulla questione della prova anteriormente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 3/2017, v. Cass., 22 maggio 2019, n. 13846, in *Corr. giur.*, 2020, p. 846 ss., con nota di P.C. RUGGIERI, *La Corte di Cassazione e la «prova privilegiata» della condotta anticoncorrenziale: accanto alle vecchie, nuove incertezze*, *ivi*, p. 460 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. art. 12, comma 2, d.lgs. n. 3/2017, secondo cui il trasferimento del sovrapprezzo si presume quando l'acquirente indiretto dimostra che: a) il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza; b) la violazione del diritto della concorrenza ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto; c) l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano.

può respingere le pretese risarcitorie dell'acquirente diretto, provando (anche attraverso la richiesta all'attore o a terzi di esibizione di prove) l'avvenuta traslazione a valle del pregiudizio economico derivante dall'illecito antitrust (c.d. *passing on* difensivo: art. 11, d.lgs. n. 3/2017)⁽¹⁸⁾.

Rimane il fatto che, a nostro avviso, l'abuso di prezzo si traduce in una condotta contraria alla regola di correttezza nella formazione del contratto *ex art. 1337 c.c.*, la cui violazione può determinare la nullità (relativa e parziale) del contratto⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ In argomento, v. F. MEZZANOTTE, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 215 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 523 ss.; M.W. MONTEROSSO, *La traslazione del danno nell'illecito antitrust: il paradosso della tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 695 ss.; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, 3^a ed., Bologna, 2019, p. 466 ss. Sul punto, v. Trib. Milano, 27 giugno 2018, in *Corr. giur.*, 2020, p. 401 ss. (con nota di A. FABBÌ, *Prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano del d. lgs. n. 3/2017 sul private enforcement in materia antitrust*), secondo cui: «È ammissibile la nomina di un consulente tecnico d'ufficio per l'accertamento della fondatezza della eccezione di traslazione del prezzo, previa sollecitazione delle parti in ordine alla formulazione del quesito peritale ed alla segnalazione di soggetti potenzialmente idonei ad assumerne l'incarico».

I limiti dell'azione risarcitoria sono evidenziati da M. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti a valle. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, cit., p. 393, il quale però conduce il confronto con l'azione di restituzione parziale del prezzo conseguente alla nullità del contratto, osservando che «in compenso, il rimedio risarcitorio consente di commisurare meglio la portata effettiva del rimedio all'effettivo pregiudizio della parte lesa, nel caso concreto. In più c'è, inoltre, a favore del terzo contraente leso, la possibilità di avvalersi della solidarietà *ex art. 2055 cod. civ.* nei confronti di tutti gli autori del cartello». Viceversa, F. DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del «solo risarcimento» per le vittime di intese ed abusi*, cit., p. 410 ss., osserva che la tesi del solo risarcimento si espone ad una serie di incongruenze tra le quali quella riguardante i contratti di durata ancora in corso con prestazioni corrispettive ancora da eseguire; in tal caso, l'A. si chiede: «La validità del contratto implicherà l'obbligo di adempierlo? Il contraente vittima del cartello, o dell'abuso, avrà quindi l'obbligo di adempiere, di provocarsi in tal modo il danno programmato nel contratto, e poi, di tanto in tanto, potrà esercitare l'azione per il risarcimento del danno che è stato costretto a provocarsi?».

⁽¹⁹⁾ Ciò vale anche nella fattispecie dell'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 della l. n. 192/1998, che conduce alla nullità parziale del patto (3° comma). Quest'ultima norma, anzi, pur se applicabile in linea di principio ai rapporti tra imprese, sarebbe suscettibile, secondo un'autorevole opinione, di applicazione analogica nel caso di contratti tra impresa e consumatore, tutte le volte in cui sia ravvisabile, in capo a costui, una situazione di

In questa prospettiva, attraverso la correttezza il diritto contrattuale assolve anche ad una *funzione regolatoria* del mercato⁽²⁰⁾, tutte le volte in cui il giudice fa uso del suo potere correttivo in funzione equitativa, dando luogo alla eterointegrazione del contratto.

Se, quindi, il divieto di abuso di posizione dominante mediante imposizione di prezzi iniqui (artt. 3, l. 287/1990 e 102 TFUE), è uno dei presidi più importanti dell'ordine giuridico e dei valori del mercato⁽²¹⁾, è necessario, ora,

dipendenza o necessità economica: M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, p. 249. In altri termini, l'abuso di dipendenza economica costituirebbe la breccia attraverso cui la regola di correttezza si traduce in principio generale di giustizia contrattuale nei casi di squilibrio di posizioni soprattutto *economiche* tra le parti: In tal senso, v. S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 227 ss.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 639 ss.; e v. anche V. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2011, p. 870 ss.; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545 ss., spec. p. 560 ss. Contro un'assimilazione della *ratio* della disciplina consumeristica e di quella dell'abuso di dipendenza economica ai fini del riequilibrio delle posizioni contrattuali v. invece R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004, p. 88 ss. Nel senso della contrarietà alla regola di correttezza dell'abuso *de qua*, v. Cass., 21 gennaio 2020, n. 1184, in *leggiditalia.it*, secondo cui: «In tema di contratto di fornitura, l'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 della l. n. 192 del 1998, è nozione indeterminata il cui accertamento postula l'enucleazione della causa concreta della singola operazione che il complessivo regolamento negoziale realizza, secondo un criterio teleologico di valutazione, in via di fatto, della liceità dell'interesse in vista del quale il comportamento è stato tenuto; nell'applicazione della norma è pertanto necessario: 1) quanto alla sussistenza della situazione di "dipendenza economica", indagare se lo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti sia "eccessivo", essendo il contraente che lo subisce privo di reali alternative economiche sul mercato (p. es., perché impossibilitato a differenziare agevolmente la propria attività o per avere adeguato l'organizzazione e gli investimenti in vista di quel rapporto); 2) quanto all'"abuso", indagare la condotta arbitraria contraria a buona fede, ovvero l'intenzionalità di una vessazione perpetrata sull'altra impresa, in vista di fini esulanti dalla lecita iniziativa commerciale retta da un apprezzabile interesse dell'impresa dominante (quale, p. es., modificare le proprie strategie di espansione, adattare il tipo o la quantità di prodotto, o anche spuntare migliori condizioni), mirando la condotta soltanto ad appropriarsi del margine di profitto altrui».

⁽²⁰⁾ Cfr. A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 9 ss.

⁽²¹⁾ I valori del mercato sono essenzialmente *valori di libertà*: libertà di impresa e di competizione tra imprenditori per la massimizzazione del profitto, nel rispetto delle nor-

ripercorrere le tappe di un itinerario concettuale che evidenzi le suddette ragioni della opzione a favore della nullità di protezione quale rimedio per tutelare il contraente debole.

2. — *Correttezza e nullità di protezione.*

La norma sull'abuso di posizione dominante, essendo un'applicazione della regola generale di correttezza⁽²²⁾, partecipa della natura ambivalente

me regolatrici della concorrenza e del meta-valore della dignità umana; libertà e consapevolezza della scelta negoziale di ciascuna delle parti del contratto affinché l'operazione economica conclusa realizzi pienamente un assetto di interessi patrimoniali equilibrato, secondo la convenienza economica di entrambe. Sotto questo profilo, i valori del mercato concorrenziale nel diritto dei contratti sono riassumibili nei principi costituzionali di libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e di parità sostanziale delle parti (art. 3, 2° comma, Cost.), che trovano attuazione nel rispetto della regola di correttezza nella formazione e nell'esecuzione del contratto *ex* artt. 1337 e 1375 c.c. e nella disciplina della concorrenza, al fine di tutelare la libertà negoziale dei privati e l'equità dello scambio. Anche l'economia aziendale mostra di recepire questi principi di libertà; infatti, secondo i criteri di valutazione del bilancio sociale introdotti dai principi contabili internazionali riconosciuti dall'Unione europea, emanati dall'*International Accounting Standard Board* (IASB), il *fair value* o valore equo o di mercato è il corrispettivo al quale un bene potrebbe essere scambiato in una transazione (*i.e.* in un contratto) fra parti *consapevoli e indipendenti*: M. CARATOZZOLO, *Principi contabili internazionali (dir. comm. e trib.)*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, p. 925 ss.; ID., *Il «valore equo» nella disciplina alternativa della valutazione dei conferimenti in natura*, in *Società*, 2009, p. 1201 ss.

⁽²²⁾ Più in generale, la stessa nozione di abuso del diritto non può essere scissa da quella di correttezza, costituendone un'applicazione generalizzata. Appare, al riguardo, confermata la felice intuizione di Ugo Natoli, il quale aveva rinvenuto nel criterio della buona fede il metro per la valutazione di ogni comportamento di un soggetto che si ripercuote comunque nella sfera giuridica di un altro soggetto: U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18 ss., spec. p. 26.; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1961, I, p. 157. In tal senso, la regola di correttezza presiede all'esercizio di tutti i diritti patrimoniali, costituendo il parametro di un giudizio, quello di buona fede, che è necessariamente posteriore alla condotta dell'agente, la quale costituisce l'oggetto del processo valutativo. Cfr. anche F.D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997, p. 177

di questa clausola generale, derivante dall'essere, al tempo stesso, regola di condotta delle parti e regola di validità: la sua violazione può, pertanto, dar luogo a rimedi sia di tipo risarcitorio che demolitorio.

Sotto questo profilo, il sistema rimediale posto a presidio della buona fede nella formazione (ma anche nell'esecuzione) del contratto può dirsi flessibile, poiché conformato al caso concreto, proprio come il contenuto della regola di cui mira a garantire l'osservanza. Ciò discende innanzitutto dalla necessità di rendere effettiva la tutela della parte debole del rapporto, in attuazione dei principi costituzionali di solidarietà e di eguaglianza sostanziale (artt. 2 e 3 Cost.). Inoltre, l'ambivalenza della buona fede oggettiva e la flessibilità dei rimedi ad essa connessi sono espressione dell'esigenza – tipica di un sistema economico di mercato fondato sulla libera concorrenza (v. art. 41 Cost.) – di garantire l'equità degli scambi e l'efficienza delle contrattazioni⁽²³⁾. L'economia dello scambio, è, infatti, basata innanzitutto sulla libertà e sulla consapevolezza della scelta negoziale, che postulano un'informazione corretta delle parti sulla convenienza dell'affare e sui termini dell'accordo.

Questa flessibilità rimediale può dirsi una conquista dogmatica abbastanza recente, atteso che non molto tempo fa era radicata l'opinione secondo cui nell'ambito del diritto dei contratti vigesse, invece, un netto principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità⁽²⁴⁾. L'apporto all'opposta concezione della inesistenza di detto principio trae origine

ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998 (già in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss.) p. 53, secondo cui «appare più corretto il tentativo di costruire il divieto generale dell'abuso, piuttosto che sulla norma relativa agli atti emulativi, sul principio di correttezza nel rapporto obbligatorio o sulla clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175, 1375 c.c.)». In argomento, v. M. LIBERTINI, *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in *Orizzonti del dir. comm.*, 2018, p. 1 ss.

⁽²³⁾ Cfr. F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubb. econ. Galgano*, LVII, Padova, 2010, p. 53 ss.

⁽²⁴⁾ Per questa opinione, v., per tutti, G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 37 ss.; ID., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996. La tesi risale a V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 118.

da un'attenta rilettura dell'art. 1337 c.c., ove la correttezza della condotta delle parti nella fase formativa del contratto acquista uno spessore del tutto nuovo, contribuendo a delineare il profilo causale dell'attribuzione patrimoniale⁽²⁵⁾.

Il giudizio di buona fede sull'attività giuridicamente rilevante svolta dalle parti nella fase precontrattuale (art. 1337 c.c.) o nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) ha un rilievo causale diretto, perché è destinato ad incidere sulla configurazione oppure sull'attuazione degli interessi di cui esse sono portatrici⁽²⁶⁾.

In questa prospettiva, la buona fede *in contrabendo* è innanzitutto una regola comportamentale, rivolta alle parti, che permette al giudice di ricostruire la causa concreta del contratto. Infatti, è per mezzo dell'interpretazione del contratto (anche) alla luce della condotta precontrattuale (art. 1366 c.c.) che si determinano i reali interessi sui quali si fonda l'accordo⁽²⁷⁾. Deriva che la verifica dell'osservanza della regola di correttezza consente di assicurare a ciascun contraente la prerogativa – costituzionalmente garantita – di determinare liberamente la propria volontà negoziale e di realizzarla con la collaborazione dovuta dall'altro, sulla base del programma pattuito⁽²⁸⁾. Del resto,

⁽²⁵⁾ G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, p. 96 ss.; ID., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 67.

⁽²⁶⁾ Il legame indissolubile esistente tra interessi delle parti e profilo causale dell'atto è stato particolarmente evidenziato, a proposito delle donazioni motivate, da A. PALAZZO, *Le donazioni*, artt. 769-809, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 5 ss.; ID., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, pp. 75 ss. e 120 ss.

⁽²⁷⁾ In tal senso, le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Suprema corte sono numerose: Cfr., *ex multis*, Cass., 20 marzo 2012, n. 4372, in *Contratti*, 2012, p. 393, con nota di F. SANGERMANO, *La funzione economico-individuale del contratto e il danno non patrimoniale da inadempimento*, *ivi*, p. 769; Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Giur. it.*, 2010, p. 248; Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 448, con nota di C. DI LEO, *Contratto di assicurazione e causa concreta*; Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Contratti*, 2008, p. 786, con nota di L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*; Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718 ss., con nota di F. ROLFI, *La causa come «funzione economico-sociale»: tramonto di un idolum tribus?*

⁽²⁸⁾ Cfr. G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013, p. 84 ss.

nella nozione di accordo ed in quella di causa (concreta) del contratto è già insita l'idea fondamentale dell'equilibrio degli interessi economici delle parti, che trovano componimento proprio perché da esse condivisi, e assurgono al rango di diritti soggettivi solo in quanto siano ritenuti leciti e meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (cfr. artt. 1322 e 1343 c.c.). Pertanto, il contratto equo è anche un contratto efficiente, perché realizza la migliore allocazione delle risorse patrimoniali dei contraenti, garantendo la massima soddisfazione dei bisogni di entrambi.

L'assunto secondo cui la violazione di regole di comportamento può condurre all'invalidità del contratto o di singole clausole, oltre che risultare dal codice civile (ad es., annullabilità per dolo o violenza, rescissione per lesione), è ormai ampiamente confermato soprattutto dalla congerie di norme della legislazione speciale che introducono la sanzione della nullità assoluta o il rimedio della c.d. nullità relativa di protezione⁽²⁹⁾ (dal codice del consumo, alla legge bancaria e sull'intermediazione finanziaria e a quella sull'abuso di dipendenza economica, solo per citare alcuni esempi)⁽³⁰⁾.

Il fatto è, però, che l'opinione (ancora) prevalente, soprattutto in giurisprudenza, considera le suddette nullità "speciali" quali nullità *testuali* ricadenti nella previsione del terzo comma dell'art. 1418 c.c., e non, invece, quali nullità "virtuali", ai sensi del primo comma del citato articolo⁽³¹⁾. Tuttavia,

⁽²⁹⁾ Per la distinzione tra nullità-rimedio e nullità-sanzione, v. A. DI MAJO, *Le nullità nuove*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, p. 356.

⁽³⁰⁾ Si considerino ad esempio, gli 67-*quater*, 67-*septiesdecies*, d.lgs. n. 206/2005, l'art. 9, l. n. 192/1998, l'art. 7, d.lgs. n. 231/2002, gli artt. 117, 6° comma, 125-*bis*, 6° comma e 127, 2° comma, d.lgs. n. 385/1993, l'art. 2, d.lgs. n. 122/2005, gli artt. 23, commi 2° e 3°, 24, 2° comma, 30, 7° comma, 100-*bis*, 3° comma, d.lgs. n. 58/1998.

⁽³¹⁾ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Danno resp.*, 2008, p. 525, con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*.

Cfr. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, pp. 50 ss. e 238 ss., il quale, ritenendo che le norme sulle nullità di protezione siano speciali e non, invece, eccezionali (cfr. art. 14 preleggi), ne suggerisce l'applicazione in via analogica tutte le volte in cui ci si trovi innanzi a «uno squilibrio, non eventuale ma strutturale, tra le parti contraenti, al quale un criterio normativo attribuisca rilevanza formale». In senso contrario, G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 121 ss., secondo cui le nullità di protezione sarebbero solo testuali. Sul rapporto tra nullità e teoria della fattispecie, v. S. MONTICELLI, *Contratto*

che una norma speciale debba per ciò stesso ritenersi eccezionale e, quindi, non suscettibile di applicazione analogica, è affermazione smentita dalla fondamentale considerazione che la qualificazione di essa come regolare o eccezionale «non è un giudizio assoluto», ma dipende dall'interpretazione dell'intero sistema, alla luce dei valori – di rango costituzionale – da esso emergenti⁽³²⁾.

Orbene, proprio la nullità di protezione per violazione della buona fede *in contrabando* sembra essere divenuto oggi un vero e proprio principio generale, la cui applicazione giudiziale nel caso concreto, tuttavia, deve essere sempre sottoposta al vaglio interpretativo condotto alla luce dei criteri di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza, secondo il metodo della valutazione comparativa e del bilanciamento degli interessi in gioco⁽³³⁾.

Le Sezioni unite della Suprema Corte hanno confermato questa concezione, ribadendo la rilevabilità d'ufficio della nullità in parola, sulla base del rilievo dello scopo «indiscutibile» della nullità relativa, «volto anche alla protezione di un interesse generale tipico della società di massa», espresso dai valori costituzionali del corretto funzionamento del mercato in senso concorrenziale (art. 41 Cost.) e dell'uguaglianza «quanto meno formale» tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)⁽³⁴⁾.

nullo e fattispecie giuridica, Padova, 1995, *passim*. Cfr. anche N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 185 e ss.

⁽³²⁾ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, I, p. 253 s.

⁽³³⁾ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., pp. 80 ss. e 114 ss.; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 114 ss.; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 23 ss.

In argomento, V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2015, p. 70 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali: per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, p. 322 ss.; A. DI MAJO, *Le nullità nuove*, cit., p. 128 ss.; E. SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 119 ss., spec. pp. 142-143.

⁽³⁴⁾ V. la motivazione di Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 299 ss., (con nota di N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, in *Contratti*, 2015, p. 113 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione... a mò di bussola per rivedere Itaca*), al punto 3.12.1:

Questo approdo giurisprudenziale, unitamente all'applicazione dei già ricordati canoni ermeneutici fondamentali, costituiscono solide argomentazioni per confutare la tesi secondo cui affidare al giudice, attraverso la valutazione del comportamento corretto o meno delle parti, la statuizione circa la validità di un contratto significa, in buona sostanza, contravvenire alla necessaria formalizzazione – garanzia di certezza del diritto – delle condizioni alle quali un atto di autonomia privata può ritenersi vincolante per il suo autore⁽³⁵⁾.

«Si è detto “indiscutibile” lo scopo della nullità relativa volto anche alla protezione di un interesse generale tipico della società di massa, così che la legittimazione ristretta non comporterebbe alcuna riqualificazione in termini soltanto privatistici e personalistici dell'interesse (pubblicistico) tutelato dalla norma attraverso la previsione della invalidità. Il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.: si pensi alla disciplina *antitrust*, alle norme sulla subfornitura che sanzionano con la nullità i contratti stipulati con abuso di dipendenza economica, alle disposizioni sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, che stabiliscono la nullità di ogni accordo sulla data del pagamento che risulti gravemente iniquo in danno del creditore, *ex d.lgs. n. 231 del 2002*), poiché lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese. La pretesa contraddizione fra legittimazione riservata e rilevabilità d'ufficio risulta soltanto apparente, se l'analisi resta circoscritta al profilo della rilevazione della causa di nullità. Non può, infatti, tralasciarsi di considerare che il legislatore contemporaneo codifica fattispecie di nullità nelle quali convivono la legittimazione riservata e la rilevabilità d'ufficio (*ex aliis*, quelle di cui all'art. 36, comma 3 e art. 134, comma 1, cod. consumo; quella prevista dal d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, art. 127, comma 2; e la nullità di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, art. 7). E il potere del giudice, in questi ambiti, rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata». Si tratta, peraltro, di una conferma di quanto già statuito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in materia, a proposito della direttiva sui contratti del consumatore: Corte giust., 27 giugno 2000, n. 240, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 1173. D'altro canto, il suddetto riconoscimento della tutela di interessi (anche) pubblici attraverso il rimedio della nullità di protezione è in linea con l'art. 37-*bis* del codice del consumo, secondo cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può intervenire per accertare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti del consumatore che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari. In argomento, cfr. L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 7 ss.

⁽³⁵⁾ G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., p. 43.

Ed è anche nell'ipotesi di abuso di posizione dominante mediante imposizione di prezzi non equi che, come si è visto (*supra*, § 1), la nullità relativa di protezione può rivelarsi il rimedio più adeguato e ragionevole per garantire l'effettività della tutela della parte debole del rapporto.

Orbene, sembra che la giustificazione della nullità virtuale di protezione della clausola che realizza un abuso di prezzo possa rinvenirsi proprio nell'art. 1337 c.c., da guardarsi, in un'ottica di "autonomia" della fattispecie disegnata dal legislatore del 1942, quale norma imperativa la cui violazione non è soltanto fonte di responsabilità risarcitoria, ma può anche condurre alla nullità (relativa) parziale, ai sensi degli artt. 1418, 1° comma, e 1419, 1° comma, c.c.⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Cfr. F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 423 ss., secondo il quale alla violazione della regola di buona fede può conseguire, in base all'art. 1418, comma 1°, c.c., la nullità del contratto o, a norma dell'art. 1419, di singole sue clausole; V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in ID., *Il contratto in trasformazione*, cit., pp. 389 s. e 400; S. PAGLIANTINI, *La nullità d'ufficio*, in AA.VV., *Treccani. Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2016, p. 35; ID., *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 185 ss. Cfr. A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 77 ss., secondo cui la nullità *de qua* non sarebbe speciale, «ma solo la manifestazione più moderna della funzione di protezione storicamente tipica di una delle forme tradizionali di nullità, già nota ai codici, in cui interagiscono fra loro l'interesse del privato e l'interesse generale». Se non si considera la norma sull'abuso di posizione dominante (art. 3 l. 287/1990) (innanzitutto) quale regola di comportamento, il risultato della nullità della clausola deriverà direttamente dalla violazione della normativa antitrust, considerata semplicemente quale norma imperativa; in tal senso, v. Trib. Milano, 3 dicembre 2020, in *leggiditalia.it*, secondo cui: «L'imperatività della normativa antitrust – stabilita a livello comunitario dall'art. 102 TFUE e nell'ordinamento interno dall'art. 3, l. n. 287 del 1990, posto a presidio dei principi di rango costituzionale di cui agli artt. 41 e 2 della Carta – determina in caso di violazione la nullità delle clausole contrattuali illecite ex art. 1418 c.c. ovvero ex art. 1419 c.c. Ove la conservazione del contratto non possa essere assicurata, da ciò non ne potrebbe derivare la conservazione integrale del contratto ed il rigetto dell'eccezione di nullità. La clausola abusiva posta in essere da soggetto in posizione dominante viola in effetti l'ordine pubblico del mercato e la necessaria razionalità del suo assetto, violazione che connota il patto negoziale in termini di illiceità cui consegue la sua nullità (virtuale). La natura escludente dell'abuso induce infatti a ritenere l'esistenza di causa illecita, non già la mera violazione di una regola di comportamento». In questo senso, sul presupposto che la norma antitrust sia (solo) regola di validità e non (anche) di condotta, cfr. F. DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del «solo risarcimento» per le vittime di intese ed abusi*, cit., p. 409.

Al riguardo, non appare decisivo l'argomento secondo cui «l'invalidità dell'atto può discendere esclusivamente al verificarsi di una fattispecie delineata dal legislatore, giammai invece da una fattispecie costruita dal giudice in sede di applicazione/concretizzazione della clausola generale di buona fede»⁽³⁷⁾.

Ciò in quanto, innanzitutto, la individuazione e la valutazione delle concrete condotte precontrattuali scorrette non è rimessa al mero arbitrio del giudice di merito, ma deriva da un'attenta ponderazione delle circostanze di fatto da parte di quest'ultimo, alla luce dei principi generali dell'ordinamento di rango costituzionale; in secondo luogo, perché la valutazione comparativa degli interessi delle parti, sottesi alla fattispecie concreta esaminata, è in ogni caso l'*ubi consistam* dell'ermeneutica giudiziale, anche quando si tratti di applicare norme che “delineano” espressamente una fattispecie di invalidità (ivi comprese le nullità “testuali” di cui al 3° comma dell'art. 1418 c.c.).

3. — *Correzione giudiziale del prezzo e costi aziendali.*

Posto che la violazione della regola di correttezza nella fase precontrattuale può dar luogo alla nullità parziale – virtuale e di protezione – del contratto successivamente concluso, è necessario ricordare che il nostro ordinamento offre la possibilità di una correzione giudiziale del contratto al fine di garantire l'equità degli scambi⁽³⁸⁾. In questo senso, può dirsi che il profilo del

⁽³⁷⁾ G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. contr. Roppo*, V, 2, Milano, 2006, p. 1003.

⁽³⁸⁾ Sull'argomento, v. M. PENNASILICO, «Ménage à trois»: *la correzione giudiziale dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 179 ss. Cfr. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 114 ss.; V. RIZZO, *Contratto e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 360; S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, pp. 55 ss. e 64 ss.; S. MONTICELLI, *I poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto: proporzionalità dello scambio ed etica degli affari*, in A. GARILLI, A. SASSI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Palazzo. Diritto privato*, 3, *Proprietà e rapporti obbligatori*, Torino, 2009, pp. 599 ss. e 607; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 69 ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 277 ss.

contratto quale regolamento di interessi delle parti prevale sull'astratta difesa del dogma dell'intangibilità dell'atto di autonomia privata, tutte le volte in cui sia necessario ristabilire, ad opera del giudice, l'equilibrio del rapporto a favore della parte debole, "conformando" in tal modo il contratto alla sua causa concreta⁽³⁹⁾.

Deriva che l'intervento del giudice, non è indice di arbitrio, ma, all'opposto, ha come obiettivo la salvaguardia dell'interesse della parte debole del rapporto, la cui libertà negoziale risulta lesa. Nessun pericolo, quindi, per la certezza dei traffici giuridici, bensì necessità di assicurare l'attuazione nel

⁽³⁹⁾ Si pensi, ad esempio, al caso della violazione dell'obbligo di valutare il merito creditizio da parte del finanziatore nel credito immobiliare al consumo *ex art. 120 undecies TUB* (d.lgs. n. 385/1993, così come modificato ad opera del d.lgs. n. 72/2016, di attuazione della direttiva 2014/17 UE): qui l'intervento giudiziale perequativo, a seguito di una declaratoria di nullità parziale (di protezione) del contratto, per adeguare le rate di rimborso alla reale capacità finanziaria del consumatore, si giustificerebbe sulla base della scorrettezza della condotta imprenditoriale: cfr. T.V. RUSSO, *Valutazione ingannevole del merito creditizio e intervento perequativo del giudice nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2020, p. 1486 ss.

Sulla necessità di una revisione del ruolo e della funzione tradizionalmente assegnati alla nozione di autonomia privata, innanzi alla crescente normativa a tutela dei soggetti deboli, v. L. MEZZASOMA, *Novità del diritto contrattuale in Italia e tutela del contraente debole*, in *Corti ombre*, 2014, p. 919 ss.; ID., *La tutela del sovraindebitato quale contraente debole*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA, S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, p. 1255. Sulla nullità conformativa, cfr. V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 735 ss., spec. p. 742 (ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2013); ID., *Contratto e regolamento nel piano di azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss. Sulla causa concreta, v. C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 251 ss.; ID., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3^a ed., Milano, 2019, p. 410 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 4^a ed., Torino, 2014, p. 237 ss.; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008. La prima elaborazione della causa quale funzione economico-individuale del contratto si deve a G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 345 ss.; ID., *Il negozio giuridico*, 2^a ed., Padova, 2004, p. 120 ss. E v. anche M. GIORGIANNI, *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969 (rist. 1998), p. 207 ss.; A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.* Treccani, VI, Roma, 1988; G. ALPA, *La causa*, in *Giur. sist. civ. comm. Biggavi, I contratti in generale*, Agg., a cura di G. Alpa e M. Bessone, III, Torino, 1999, p. 1877 ss.; A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, p. 145 ss.

diritto contrattuale dei principi costituzionali di solidarietà e, soprattutto, di eguaglianza sostanziale *ex* artt. 2 e 3 Cost.

In fin dei conti, si tratta di una questione di interpretazione giudiziale correttiva, fondata sugli artt. 1366, 1374 e 1375 c.c.⁽⁴⁰⁾. Del resto, a ben vedere è lo stesso principio di proporzionalità nei contratti⁽⁴¹⁾, i cui addentellati normativi si trovano sparsi, prima ancora che nella legislazione speciale⁽⁴²⁾, già nella trama del codice civile⁽⁴³⁾, ad imporre l'intervento giudiziale correttivo, al fine di ristabilire l'equilibrio negoziale⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴⁰⁾ M. PENNASILICO, «Ménage à trois»: *la correzione giudiziale dei contratti*, cit., p. 189 ss. Cfr. A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, 2006, p. 35 ss., spec. p. 40, il quale, dopo aver ricordato i termini del dibattito dottrinale in merito alla nozione di integrazione del contratto, rileva «un'esigenza fondamentale, consistente nel rispetto, per quanto possibile, della volontà dei contraenti e del regolamento da essi predisposto e accettato, poiché, in caso contrario, vi sarebbe con tutta probabilità *sostituzione* di quelle patteggiamenti contrarie a principi inderogabili e non già *integrazione* del contratto, che è e rimane essenzialmente atto di autonomia privata».

Sulla funzione integrativa della correttezza v. A. SASSI, *Equità integrativa e squilibri negoziali (il caso dei contratti usurari)*, in questa *Rivista*, 2002, p. 335 ss., spec. p. 356, ove si sottolinea la funzione della buona fede «protettiva di tutti gli interessi in giuoco e quindi dell'affidamento che le parti ripongono nella realizzazione degli effetti dell'atto di autonomia e nel corretto comportamento di ogni partecipante all'accordo». In argomento, v. G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, p. 723 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2013, p. 211 ss. Sul punto v. però le riflessioni critiche di E. RUSSO, *Jean Domat, la buona fede e l'integrazione del contratto*, in *Vita not.*, 2002, p. 1247 ss. In giurisprudenza, v., ad esempio, Cass., 29 maggio 2006, n. 12801, in *Rep. Foro it.*, 2006, v. *Contratto in genere*, n. 98.

⁽⁴¹⁾ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., I, p. 376 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr. artt. 3, 5° comma, l. n. 192/1998, 13, 5° comma, l. n. 431/1998, 8, 2° comma, d.lgs. n. 170/2004, 62, 1° comma, d.l. n. 1/2012 (conv. in l. n. 27/2012).

⁽⁴³⁾ Si pensi, ad esempio, agli artt. 763, 1123, 2° comma, 1448, 1584, 1° comma, 1660, 1° comma, 1668, 1° comma, 1907, 2872 c.c.

⁽⁴⁴⁾ La S.C. ha escluso la nullità per mancanza di causa in un caso di evidente squilibrio economico originario tra le prestazioni di un preliminare di vendita di quote di s.r.l. Secondo i giudici di legittimità, in questa ipotesi gli unici rimedi, ove ne ricorrano i presupposti, sono quelli della rescissione *ex* artt. 1447 o 1448 c.c., oppure dell'annullabilità *ex* art. 428 c.c., qualora il contratto sia stato stipulato da persone incapaci: Cass., 4 novembre 2015, n.

In quest'ottica, utili indicazioni provengono dalla giurisprudenza europea in tema di integrazione del contratto del consumatore a séguito della declaratoria di nullità delle clausole vessatorie.

In linea di principio, la Corte di giustizia dell'Unione europea si mostra contraria ad una correzione giudiziale del contratto in via equitativa⁽⁴⁵⁾; viceversa, essa ammette che il riequilibrio del rapporto a favore del consumatore possa affidarsi unicamente ad una integrazione della lacuna mediante il ricorso alla disciplina dispositiva abusivamente derogata, ma solo nei casi in cui l'invalidazione della clausola abusiva obbligherebbe il giudice ad "annullare" (*rectius*, dichiarare nullo) l'intero contratto, esponendo così il consumatore a conseguenze tali da esserne penalizzato⁽⁴⁶⁾.

22567, in *Giur. it.*, 2016, p. 835 ss., con nota di M. RIZZUTI, *Ancora in tema di nullità ed equilibrio contrattuale*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 151 ss., con nota di R. PARDOLESI (e di E. SCODITTI, *Lo squilibrio contrattuale dalla fattispecie all'autoregolamento*, *ivi*, I, c. 2505 ss.), ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 503 ss., con nota di M. BARCELLONA, *La causa del contratto e il «prezzo vile»: giudizio causale e trasparenza negoziale*. In assenza dei presupposti per la rescissione, una diversa lettura della fattispecie potrebbe suggerire una declaratoria di nullità per violazione dell'art. 1337 c.c. e conseguente rideterminazione del prezzo in via equitativa.

⁽⁴⁵⁾ V. Corte giust., 14 giugno 2012, n. 618, in *Contr.*, 2013, p. 16 ss., con nota di A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e «massimo effetto utile per il consumatore»: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*; Corte giust., 30 maggio 2013, n. 488, in *leggiditalia.it*; Corte giust., 21 gennaio 2015, n. 482, in *leggiditalia.it*.

⁽⁴⁶⁾ In tal senso v. Corte giust., 30 aprile 2014, n. 26, in *Contr.*, 2014, p. 843 ss. [con nota di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: «il mondo di ieri» o un trompe l'oeil concettuale?*, *ivi*, p. 853 ss.], secondo cui: «L'art. 6, par. 1, della direttiva n. 93/13 deve essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, ove un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore non può sussistere dopo l'eliminazione di una clausola abusiva, tale disposizione non osta ad una regola di diritto nazionale che permette al giudice nazionale di ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva»; Corte giust., 3 marzo 2020, n. 125, in *Corr. giur.*, 2020, p. 556 ss.: «L'art. 6, par. 1, e l'art. 7, par. 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che non ostano a che, nell'ipotesi di nullità di una clausola contrattuale abusiva che fissa un indice di riferimento per il calcolo degli interessi variabili di un mutuo, il giudice nazionale sostituisca a tale indice un indice legale, applicabile in assenza di un diverso accordo tra le parti contraenti, a condizione che il contratto di mutuo ipotecario di cui trattasi non possa sussistere in caso di soppressione di detta clausola abusiva, e che

In particolare, l'argomento fondante l'orientamento avverso dei giudici di Lussemburgo, è quello secondo cui «se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'articolo 7 della direttiva 93/13. Infatti, tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive, dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti»⁽⁴⁷⁾. In realtà è proprio l'interesse del consumatore ad esigere un riequilibrio del rapporto in via di eterointegrazione giudiziale, quanto meno ove si tratti di salvare l'efficacia del contratto, a séguito della caducazione di una sua clausola essenziale, tutte le volte in cui manchi una disciplina dispositiva applicabile⁽⁴⁸⁾.

l'annullamento di tale contratto nella sua interezza esponga il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli».

In argomento, v. G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, 2ª ed., Torino, 2015, p. 48 ss., e S. PAGLIANTINI, *Vecchio e nuovo sull'integrazione del contratto abusivo nel prisma armonizzato delle fonti (partendo da un caso recente), con una postilla sulla sistematica attuale dell'integrazione*, *ivi*, p. 84 ss.; G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 266 ss. Da ultimo, v. S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, p. 155 ss.

⁽⁴⁷⁾ In questi termini, v. Corte giust., 14 giugno 2012, n. 618, cit., punto 69.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 78 ss. (con nota di A.M. GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*, *ivi*, p. 70 ss.), che sembra aprire ad una eterointegrazione giudiziale pur in presenza di una disciplina dispositiva: «Rispetto al singolo contratto di assicurazione claims made non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322, comma 2°, cod. civ., ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo

In tal senso, del resto, sono nettamente orientati i principi *Unidroit* e i progetti di unificazione del diritto europeo dei contratti⁽⁴⁹⁾. Se poi si considera che la violazione delle norme antitrust può ritenersi “attuazione” di una pratica commerciale scorretta⁽⁵⁰⁾, un ulteriore spunto di riflessione a favore

*il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)». Cfr. però, in senso critico, le osservazioni di S. MONTICELLI, *Nullità della claims made e conformazione della clausola nel teorema delle Sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 155 ss., il quale è favorevole alla integrazione del contratto soltanto mediante il diritto dispositivo esistente (ed abusivamente) derogato. Contro la tendenza giurisprudenziale a servirsi della nullità parziale ex art. 1419 c.c. per realizzare interventi sul contratto animati dall'obiettivo di ridefinirne il contenuto in funzione di riequilibrio dei relativi termini, v. F. PIRAINO, *Il «cantiere» delle nullità: B2C, bancarie e selettive. Contro l'uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1528 ss.*

In argomento, v. G. ROSSI, *Le clausole claims made: dalla valutazione della giurisprudenza alla logica del mercato assicurativo*, Padova, 2018.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. l'art. 3.10 dei Principi *Unidroit* (*gross disparity*), secondo cui «il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio»; l'art. 4:109 dei PECL, a norma del quale «il giudice può, ove il rimedio sia inadeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza». V. anche l'art. 7:207 dei *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law -Draft Common Frame of Reference* (DCFR), intitolato «*Unfair exploitation*»: (1) *A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill and (b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage.* (2) *Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed.* (3) *A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it.*

In dottrina, cfr. V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 843 ss.; A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 728; A. CATAUDELLA, *Il giudice e le nullità*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 682; M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. *Documento di lavoro dei servizi della Commissione – Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, del 25 maggio 2016, in *eur-lex.europa.eu*, § 1.4.11.

dell'ammissibilità dell'intervento giudiziale è offerto dal nuovo art. 11-*bis* della direttiva n. 29/2005 CE⁽⁵¹⁾, secondo cui «i consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la *riduzione del prezzo* o la risoluzione del contratto (...)».⁽⁵²⁾

Ma come avviene questo processo di integrazione nel caso di abuso di prezzo?

Al riguardo, la discrezionalità del giudice è più limitata rispetto ad altre ipotesi, atteso che il suo intervento correttivo deve essere ancorato all'indagine, spesso già condotta dall'AGCM, sull'effettivo costo dei materiali e delle opere a carico dell'impresa "forte", al fine di individuare il "giusto corrispettivo" e, quindi, ristabilire l'equità del contratto.

Pertanto, nei contratti ad offerta monopolistica la proporzionalità delle condizioni contrattuali discende da un controllo amministrativo e/o giudiziale effettuato in relazione ai costi di produzione.

In altri termini, è la proporzionalità del prezzo del bene o del servizio offerto rispetto al costo di produzione ad identificare il parametro di correttezza dell'azione imprenditoriale in situazioni di mercato ove è assente un'offerta diversificata, cioè a dire una effettiva concorrenza.

Questo aggancio ai costi aziendali, diretti ed indiretti, al fine di stabilire l'equità delle condizioni contrattuali praticate alla clientela è quindi la chiave

⁽⁵¹⁾ Introdotta dall'art. 3 della direttiva n. 2161/2019 UE, cit.

⁽⁵²⁾ In un caso di abuso di prezzo da parte di una compagnia assicurativa, la Suprema Corte ha ipotizzato una «azione di riconduzione ad equità del corrispettivo» quale rimedio risarcitorio in forma specifica a fronte della responsabilità precontrattuale conseguente agli illeciti comportamenti (intese restrittive della concorrenza) che hanno inciso sulla determinazione dei premi assicurativi. Ciò in luogo di una dichiarazione di nullità delle clausole, con inserzione automatica di premi diversi, ai sensi dell'art. 1339 c.c., sul presupposto che il provvedimento dell'AGCM che accerta l'abuso di prezzo non può essere equiparato alle norme imperative in materia di prezzi: Cass., 11 agosto 2011, n. 17351, in *Giur. it.*, 2012, p. 1548, con nota di T. FEBBRAJO, *Contratti a valle dell'intesa antitrust e riconduzione ad equità del corrispettivo*. Viceversa, per un'applicazione dell'art. 1339 c.c., con la possibilità che la clausola nulla venga sostituita da una clausola che riproduca quanto praticato su mercati in cui opera la concorrenza, v. M. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, cit., p. 416.

di volta per stabilire se la condotta imprenditoriale si risolva in un abuso del potere di mercato⁽⁵³⁾.

Deriva che il prezzo stabilito unilateralmente dall'impresa in posizione dominante può essere ritenuto equo solamente a condizione che venga rispettato il principio di ragionevole proporzionalità di esso con i costi di produzione.

Il problema giuridico principale, al riguardo, è quello di stabilire la consistenza del margine di profitto ammissibile da parte dell'imprenditore, senza che esso si tramuti in un sovrapprofitto iniquo perché indice di un rapporto irragionevole tra il prezzo ed il costo di produzione.

Non è sostenibile, infatti, che l'imprenditore monopolista o quasi-monopolista debba, in ragione del suo potere di mercato, praticare prezzi che coincidano perfettamente con i costi di produzione, secondo lo schema dell'uguaglianza tra ricavo marginale e costo marginale, che contraddistingue il mercato perfettamente concorrenziale.

Si tratta di una questione destinata a rimanere insoluta se non attraverso il riferimento a ciò che accade di regola nei mercati concorrenziali, ma è ovvio che ciascuna impresa sostiene costi diversificati in ragione delle caratteristiche del mercato di riferimento e delle esigenze delle tipologie di clientela. Pertanto, il metodo del mercato di confronto (*Vergleichsmarkt*) non è più sicuro di quello della ragionevole proporzionalità delle condizioni contrattuali (prezzo) rispetto ai costi di produzione, al fine di stabilire l'equità dello scambio⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ Cfr. AGCM, provvedimento n. 26185 del 29 settembre 2016, *Aspen*, cit.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. AGCM, provvedimento n. 10115 del 15 novembre 2001, *Veraldi/Alitalia*, in *Bollettino* n. 46/2001. Nel provvedimento AGCM n. 26185 – A 480, del 29 settembre 2016, cit., l'Autorità ha fatto riferimento alla soglia del 25% di eccesso dei ricavi sui costi, quale espressione di uno sfruttamento abusivo di posizione dominante *sub specie* di *excessive pricing*, già individuata nel precedente europeo *Deutsche Post AG* (Commissione CE, COMP/C – 1/36.915, 25 luglio 2001. Osserva, in proposito il Tar Lazio, Roma, 26 luglio 2017, n. 8945, cit., § 7.3.2.1., che, «fermo restando le differenze sostanziali tra la posizione del monopolista legale tedesco e il caso di specie, l'Autorità non ha determinato l'eccessività dei prezzi a seguito di un mero riscontro matematico sul superamento di detta soglia ma, preso atto che un tasso significativamente più basso era stato ritenuto già sufficiente ad integrare il requi-

Quanto sopra osservato, ovviamente, non vale per le ipotesi in cui l'ini-
quità dei prezzi discende essenzialmente da comportamenti discriminatori
dell'impresa in posizione dominante, che pratica prezzi diversi per pre-
stazioni equivalenti. In questo caso, infatti, l'indagine condotta dal giudice
prescinde dalla rilevazione dei costi di produzione, incentrandosi piuttosto
sulla identità o meno dei caratteri dei beni o dei servizi offerti alla diversa
clientela⁽⁵⁵⁾.

sito della sproporzione, ha, a maggior ragione, confermato l'eccessività dei rialzi nei ricavi
notevolmente e significativamente maggiori». Cfr., *supra*, nt. 11.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Corte giust., 19 aprile 2018, n. 525, in *leggiditalia.it*.

ROBERTO CIPPITANI^(*), VALENTINA COLCELLI^(**),
ALESSANDRA LANGELLA^(*), ANTONELLA MIRABILE^(*), ANDREA MAIERÀ^(*)

L'ISTITUZIONE DI UNA BIOBANCA DI RICERCA:
QUESTIONI ETICO-GIURIDICHE.
IL CASO DELLA BIOBANCA DELL'UMBRIA

Abstract: A research biobank is a collection of human biological samples for use in research. The article analyses the relevant ethical-legal issues relating to the institution of a research biobank, starting from the case study of the project called “Umbria Biobank”. In particular, the article is focused on elaboration of the ethical-juridical solutions to ensure the balance between research activity and the rights and freedom of individuals. This despite the lack of national specific rules that systematically addresses the ethical and legal issues arising from a research biobank. As matter of fact, the solutions have to be found in the European principles and rules concerning the protection of personal data and the collection and storage of the human tissues.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'archivio storico dell'Anatomia Patologica di Perugia e i presupposti tecnici. – 3. Gli aspetti etici e giuridici. – 4. L'informativa e il consenso informato. – 5. Casi particolari. – 6. Il *secondary use*. – 7. Le problematiche relative all'archivio storico. – 8. Identificazione del campione (rintracciabilità) e anonimato. – 9. I diritti dei soggetti interessati. – 10. L'obbligo di conservazione della documentazione diagnostica e il possibile esaurimento dei campioni. – 11. Responsabilità sull'uso del materiale biologico e dei dati. – 12. Il trasferimento dei dati e dei materiali. – 13. Conclusioni.

^(*) Università degli Studi di Perugia. ^(**) Consiglio Nazionale delle Ricerche - IFAC.

L'articolo è uno dei prodotti del progetto “Umbria Biobank: Start up per una Biobanca in Umbria”, Progetto PRJ-1506, Azione 2.3.1, POR-FESR 2014-2020, cofinanziato dall'Unione Europea e dalla Regione Umbria. Il progetto è realizzato da un partenariato composto dall'Azienda Ospedaliera di Perugia (capofila) e dall'Università degli Studi di Perugia (Dipartimento di Medicina e Chirurgia; Centro di Ricerca “Rights and Science”), in collaborazione con il Consiglio Nazionale delle Ricerche, Istituto di Fisica Applicata “Nello Carrara” (IFAC). Il presente lavoro è frutto della collaborazione degli autori. In ogni modo la redazione dei paragrafi è attribuita come segue: 1 e 2 ad Andrea Maierà; 3, 4, 5.1, 8 a Roberto Cippitani; 6 e 7 a Valentina Colcelli; 9, 10, 5.2 e 12 ad Antonella Mirabile; 11 e 13 ad Alessandra Langella.

1. — *Introduzione.*

Fino a qualche decennio fa, i campioni biologici umani escissi o prelevati dal corpo erano destinati ad essere smaltiti poco dopo la raccolta, con conseguente perdita di dati ed informazioni potenzialmente molto utili al progresso della ricerca. Allo stato attuale, la comunità scientifica è unanimemente concorde nell'affermare che il materiale biologico archiviato non completa la propria utilità già al momento della diagnosi.

Occasionalmente, alcuni gruppi di ricerca o singoli ricercatori, direttamente coinvolti nella raccolta, utilizzavano questi materiali per finalità di ricerca scientifica. Tale impiego estemporaneo e assolutamente non regolamentato di campioni biologici avveniva a scapito del paziente, che veniva privato di ogni possibilità di controllare l'utilizzo del proprio campione ed anche a scapito della scienza medica stessa, in quanto tali attività ostacolavano la possibilità di un impiego completamente efficace di tali risorse, precludendo, ad esempio, la possibilità di condivisione e accesso a quei ricercatori che ne avessero avuto necessità.

Per superare questi limiti e per venire incontro alle richieste della scienza, negli ultimi anni, a livello mondiale ed europeo, si sta assistendo sempre più di frequente alla nascita di vere e proprie "collezioni di materiali biologici", in genere limitate alla realizzazione di specifici progetti e/o di specifici protocolli clinici, per la formazione delle quali viene raccolto, insieme ai campioni, un consenso specifico per quella determinata attività di ricerca.

Tali "collezioni" hanno subito una progressiva trasformazione e organizzazione in entità strutturate e complesse alle quali, a partire dalla seconda metà degli anni novanta del secolo scorso, venne attribuito il termine di "biobanche".

Le biobanche, con la loro attività di raccolta, conservazione e distribuzione di materiale biologico e dati correlati, costituiscono, allo stato attuale, una risorsa ricca ed imprescindibile per la comunità scientifica, rappresentando un mezzo fondamentale per la ricerca traslazionale, con l'obiettivo di migliorare la salute e il benessere dell'uomo.

Le biobanche appaiono destinate a divenire infrastrutture indispensabili in

medicina, non solo per le finalità terapeutiche ma soprattutto per le più ampie possibilità di ricerca e studio potenzialmente permesse. La raccolta, la conservazione e la distribuzione ordinata di campioni biologici e dati correlati di alta qualità e resi utilizzabili nel tempo, sono funzioni fondamentali per le attività di ricerca, a partire da dalle più consuete e immediate metodiche diagnostiche fino allo studio più profondo dei pathways molecolari alla base dei differenti processi patologici, elemento necessario per l'implementazione della "personalized medicine", che rappresenta il paradigma sul quale si fonda la così detta "precision oncology 3.0"⁽¹⁾. L'attività di ricerca correlata alle biobanche è inoltre in grado di generare sinergie innovative tra industria e strutture pubbliche di ricerca, con conseguente possibilità di consolidamento della capacità competitive per le industrie della salute del nostro Paese a livello europeo.

Il materiale e i dati genetici conservati nelle biobanche assumono una duplice valenza, pubblica e privata, poiché questi possono essere utilizzati sia a scopo personale, ad esempio per predire la predisposizione individuale ad una manifestazione normale o patologica, sia a scopo più generale di ricerca⁽²⁾, con un impatto potenzialmente in grado di espandersi dal proprio gruppo familiare fino alle generazioni future ed assumendo così un valore culturale e socio-sanitario.

2. — *L'archivio storico dell'Anatomia Patologica di Perugia e i presupposti tecnici.*

In Umbria attualmente non esiste alcuna banca biologica in grado di erogare servizi di raccolta, conservazione, gestione e caratterizzazione molecolare del materiale biologico (tessuti, sangue, cellule) collegato ai relativi dati clinici del paziente/donatore e coerente con quanto stabilito dagli standard internazionali.

⁽¹⁾ J. SHRAGER, J.M. TENENBAUM, *Rapid learning for precision oncology*, in *Nat. Rev. Clin. Oncol.*, 2014; 11: 109-118

⁽²⁾ Cfr. il documento del Comitato Nazionale per la Biosicurezza e le Biotecnologie, "Raccolta di campioni biologici a fini di ricerca: consenso informato". Rapporto del gruppo di lavoro 16 febbraio 2009.

La Sezione di Anatomia e Istologia Patologica, del Dipartimento di Medicina e Chirurgia, dell'Università degli Studi di Perugia, ha preservato nonostante le difficoltà logistiche, l'intero archivio diagnostico risalente agli anni '40 del secolo scorso, originato dalla raccolta e dalla conservazione di campioni provenienti da pazienti afferenti alle strutture sanitarie locali sin dai primordi della disciplina patologica.

L'archivio, già ben organizzato mediante numerazione progressiva dei campioni, comprende diversi materiali e più dettagliatamente raccoglie blocchetti di tessuti fissati in formalina ed inclusi in paraffina (c.d. blocchetti Formalin-Fixed Paraffin-Embedded o FFPE), vetrini citologici e istologici, dati anagrafici e clinico-diagnostici correlati ai campioni e cartelle cliniche delle autopsie effettuate.

Si tratta dunque di un archivio particolarmente consistente, si stima, infatti, che questo includa circa 2,5 milioni di blocchetti di tessuti FFPE e circa 8 milioni di vetrini citologici e istologici, con annessa documentazione. Tali materiali, potenzialmente in grado di preservare stabilmente e a lungo termine dettagli di elevata qualità per proprietà intrinseche, costituiscono dunque una preziosa collezione la quale, nonostante sia stata mantenuta e migliorata nel tempo, dopo aver assolto al primario compito diagnostico, è rimasta per lo più inutilizzata a causa della mancanza di una adeguata regolamentazione.

Come evidenziato sopra, un tale archivio rappresenta un patrimonio dalle enormi potenzialità se messo a regime come banca di tessuti umani. Si verrebbe così infatti ad avere l'immediata disponibilità di una grossa ed eterogenea quantità di campioni biologici potenzialmente di elevata qualità, con elevato grado di caratterizzazione data l'associazione a dati clinici e di follow-up a lungo termine, facilmente accessibili e, in alcuni casi, relativi a patologie estremamente rare e, dunque, ancor più preziosi per finalità di studio.

La biobanca darebbe così origine a potenziali risvolti positivi sia per le finalità scientifiche che per i pazienti stessi, permettendo ad esempio indagini diagnostiche retrospettive, particolarmente utili, e in alcuni casi necessarie, per la gestione delle patologie oncologiche.

Proprio dalla informatizzazione dei dati anagrafici, clinici e biologici relativi ai preparati dell'archivio storico per renderli idonei allo svolgimento di

attività di ricerca verrà dato avvio alla costituzione della biobanca di ricerca nell'ambito della quale verranno, poi, raccolti e conservati secondo criteri di qualità tessuti e cellule e dati ad essi associati nell'ambito di interventi diagnostico-terapeutici con la finalità specifica di conferimento in biobanca.

D'altra parte, considerando la possibilità di recupero ed utilizzo di questi materiali biologici, si manifestano una serie di sfide tecniche, etiche e legali, che ci siamo proposti di analizzare e superare.

Dal punto di vista tecnico è bene premettere che, sebbene la conservazione di tessuti biologici fissati in formalina ed inclusi in paraffina sia una pratica ormai consolidata da decenni in anatomia patologica⁽³⁾, la possibilità di estrarre ed analizzare componenti essenziali per la ricerca moderna (principalmente acidi nucleici e proteine) è tutt'altro che scontata, sia a causa delle modificazioni introdotte dalle procedure messe in atto per la creazione dei campioni stessi, sia per i possibili effetti negativi indotti da lunghi periodi di conservazione.

Benché sia generalmente possibile applicare a questa tipologia di campioni, seppur con alcuni limiti e accortezze, studi molecolari qualitativi e quantitativi, data la complessità dei campioni stessi e considerato che l'idoneità dei derivati molecolari risulta a priori imprevedibile, allora diventa tassativo verificare preventivamente la potenziale efficienza informativa dei campioni attraverso definiti controlli di qualità.

La costituzione della biobanca a partire dall'archivio storico deve dunque prevedere necessariamente, tra le altre, precise strategie e procedure per la valutazione preventiva della qualità biologica dei campioni, attività questa non di semplice risoluzione dal momento che la specifica idoneità di un campione biologico dipende fortemente dal tipo di campione, dagli obiettivi della ricerca, dai target di studio, nonché dalle metodiche e dalle strumentazioni che si intende utilizzare. Quanto appena detto evidenzia la difficoltà di una generalizzazione e della definizione di limiti universalmente validi nella valutazione della qualità.

⁽³⁾ C.H. FOX, F.B. JOHNSON, J. WHITING, P.P. ROLLER, *Formaldehyde fixation*, in *The journal of histochemistry and cytochemistry: official journal of the Histochemistry Society*, 33 (1985), pp. 845-853.

Una soluzione ottimale sulla base del contesto appena delineato può consistere nella definizione di un livello soglia, ovvero un livello minimo di qualità per il conferimento di un campione biologico all'interno della biobanca. I requisiti di idoneità biologica dei campioni della biobanca risultano essenziali per la bontà e la riproducibilità dei risultati.

Le questioni etiche e legali verranno esposte nei paragrafi a seguire, principalmente al fine di definire i presupposti per l'istituzione di una biobanca di ricerca umana partendo dal conferimento di materiali già presenti in un archivio storico, fornendo un quadro potenzialmente applicabile in esperienze analoghe.

3. — *Gli aspetti etici e giuridici.*

Le biobanche sollevano importanti questioni etiche che richiedono particolare attenzione a numerosi aspetti di natura giuridico-etica.

Il materiale biologico umano, dal quale con le moderne tecniche è possibile ricavare dati genetici ad esso collegati, deve essere trattato con modalità che garantiscano la dignità, i diritti e la libertà della persona e tenendo conto di altri principi etici quali la proporzionalità e la precauzione.

In generale, infatti, quando si trattano tessuti e cellule umane, i principali obblighi del ricercatore o della biobanca previsti dalle principali fonti normative (e non) possono riassumersi nell'ottenere, in primo luogo, una autorizzazione per l'utilizzo, la produzione o la raccolta delle cellule o dei tessuti e, poi, il consenso libero e pienamente informato dei donatori. Il ricercatore o la biobanca dovranno, poi, tener traccia dell'origine delle cellule e dei tessuti che si usano, producono o raccolgono.

Tutto questo comporta, soprattutto in casi come quello da cui ha avuto origine il presente studio, una particolare attenzione a numerosi aspetti di natura giuridico-etica e una intensa attività volta a contemperare le esigenze, spesso contrastanti, diagnostiche con quelle della ricerca.

Nell'attività di ricerca con campioni biologici si viene, difatti, a creare una scissione tra il dovere di tutelare adeguatamente i soggetti coinvolti (da

possibili rischi, da eventuali usi impropri delle informazioni personali e da qualsivoglia altro danno) e la necessità per i ricercatori di avere una flessibilità sufficiente da consentire l'esecuzione delle ricerche, pena l'impossibilità di progredire nelle conoscenze scientifiche.

Occorre, quindi, trovare delle soluzioni che possano soddisfare entrambe tali esigenze: la tutela dei diritti individuali ed il beneficio pubblico.

Nell'effettuare tale bilanciamento non è solo indispensabile il rispetto dei principi etici, ma è altresì importante che il rispetto della persona in generale sia percepito come tale dal pubblico, di cui è necessario coltivare la fiducia⁽⁴⁾.

Nel presente scritto, senza alcuna pretesa di esaustività, ci si occupa del contemperamento di tali esigenze di rispetto e tutela della persona in alcuni degli aspetti ritenuti maggiormente rilevanti nell'attività di *biobanking* quali: *a)* il consenso informato come base del trattamento dei dati personali e del materiale biologico; *b)* i problemi derivanti dall'uso dei dati e dei campioni per finalità diverse da quelle per cui erano stati in origine raccolti e per i quali appunto vi era stato il consenso della persona interessata; *c)* le questioni legate all'uso di campioni raccolte in epoche in cui non era richiesto il consenso informato, tantomeno per l'attività di ricerca; *d)* l'identificazione del campione e il diritto all'anonimato del paziente-donatore; *e)* il possibile esaurimento o distruzione del materiale biologico; *f)* il trasferimento dei dati e dei materiali; *g)* la responsabilità sull'uso del materiale biologico e dei dati.

I problemi summenzionati non possono risolversi attraverso una specifica normativa dedicati alle biobanche.

Infatti, nonostante l'evidente rilevanza che rivestono le biobanche sia nell'ambito medico sia, più in generale, nel campo della ricerca biomedica, ad oggi, non esiste una disciplina normativa unitaria ed omogenea né a livello nazionale, né a livello europeo.

Per definire le regole applicabili occorre fare riferimento a principi gene-

⁽⁴⁾ Cfr. C. PETRINI, *Il consenso informato per la raccolta, la conservazione e l'utilizzo di cellule e tessuti in banche biologiche per scopi di ricerca: Aspetti di etica*, nell'ambito del Documento per il gruppo misto Comitato Nazionale per la Bioetica / Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita, 2009, 3, il quale fa riferimento a G. HERMERÉN, *Biobanque*, in G. HOTTOIS, J.N. MISSA (Eds.), *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Bruxelles, 2001, pp. 97-100.

rali, a molteplici fonti internazionali⁽⁵⁾, sovranazionali⁽⁶⁾ e nazionali⁽⁷⁾ e ad atti di c.d. “*soft law*”⁽⁸⁾.

4. — *Il consenso al trattamento dei dati personali e all’uso del materiale biologico.*

Tutta la normativa e i documenti nazionali, europei ed internazionali sono concordi⁽⁹⁾ nell’affermare la pressoché assoluta necessità, per il rispet-

⁽⁵⁾ Tra le altre si vedano in particolare la Dichiarazione Internazionale sui dati genetici umani dell’UNESCO del 2003; la Convenzione sui diritti umani e la biomedicina del Consiglio d’Europa (“Convenzione di Oviedo”); la Raccomandazione n. 4/2006 del Consiglio d’Europa “*Collection of Biological Materials*”; la Raccomandazione n. 6/2016 del Consiglio d’Europa “*Reserch on Biological Materials of Human Origin*”; gli artt. 8 e 9 dei Principi Generali della Dichiarazione di Helsinki del 2013.

⁽⁶⁾ In particolare, il riferimento è alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea; al Regolamento UE 679/2016 (GDPR); alla Direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l’approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani; oltre che alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea.

⁽⁷⁾ In Italia il quadro normativo di riferimento è costituito da un insieme di norme cogenti derivate dal Garante della Privacy ed una serie di linee guida e di documenti (*soft law*) che soffrono, tuttavia, di eterogeneità, frammentarietà e soprattutto non sono uniformemente interpretati ed adottati. Sul punto cfr. A. CALZOLARI, M. NAPOLITANO, E. BRAVO, *Review of the Italian current legislation on research biobanking activities on the eve of the participation of national biobanks’ network in the legal consortium BBMRI-ERIC*, in *Biopreserv, Biobank*, 2013, 11, pp. 124-128.

⁽⁸⁾ Il riferimento è in particolare alle opinioni ed i pareri espressi dai comitati di esperti come il Gruppo di lavoro “Art. 29” e, oggi, il Comitato europeo per la protezione dei dati (European Data Protection Board) e dello European Data Protection Supervisor; le Autorizzazioni generali del Garante Privacy nn. 8 e 9 del 2016 così come modificate dal provvedimento n. 146 del 5 giugno 2019 e le Regole deontologiche per trattamenti a fini statistici o di ricerca scientifica dello stesso Garante del 19 dicembre 2018.

⁽⁹⁾ Sebbene i fondamenti etici del consenso informato in Italia siano contenuti nell’art. 32 della Costituzione, tale principio ha avuto pieno riconoscimento giuridico solo a partire dagli anni novanta. A livello internazionale si può trovare una prima elaborazione di consenso informato nel Codice di Norimberga del 1946 – adottato a seguito dell’omonimo processo dal quale erano emersi i terribili esperimenti e torture perpetrati dai medici nazisti nei campi di sterminio – nel quale si sottolineava la necessità del consenso recitando: «Il consenso volontario del soggetto umano è assolutamente essenziale». Il consenso informa-

to dei diritti fondamentali della persona e, in particolare, del principio di autodeterminazione, della prestazione da parte del soggetto interessato ad un qualsiasi trattamento sanitario e/o dei dati personali del previo consenso, concesso a seguito di idonea informativa⁽¹⁰⁾.

Il consenso informato, dunque, costituisce un elemento fondamentale nella disciplina delle biobanche e nella ricerca, al fine di garantire la partecipazione informata e volontaria dell'individuo e per tutelare i dati personali dei soggetti coinvolti, ogni qual volta la ricerca coinvolga individui, campioni biologici o, eventualmente, dati personali.

Nell'ottica di una partecipazione consapevole e democratica del soggetto nella ricerca biomedica e nell'attività biobancaria, dunque, il consenso informato del donatore, quale atto di indispensabile volontà personale, espressione della propria libertà, autodeterminazione e responsabilizzazione, rappresenta l'elemento portante che rende possibile tale relazione.

to, a partire da tale documento, ha rappresentato e rappresenta il presupposto di qualsiasi trattamento sanitario (e, poi, del trattamento dei dati personali) di tutta la normativa e i documenti già citati precedentemente.

⁽¹⁰⁾ Ad esempio, la Dichiarazione di Helsinki del 1964 "Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects" della World Medical Association – reperibile al seguente link <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for-medical-research-involving-human-subjects/> –, così come da ultimo modificata nel 2013, dispone all'art. 26 che: *«In medical research involving human subjects capable of giving informed consent, each potential subject must be adequately informed of the aims, methods, sources of funding, any possible conflicts of interest, institutional affiliations of the researcher, the anticipated benefits and potential risks of the study and the discomfort it may entail, post-study provisions and any other relevant aspects of the study. The potential subject must be informed of the right to refuse to participate in the study or to withdraw consent to participate at any time without reprisal. Special attention should be given to the specific information needs of individual potential subjects as well as to the methods used to deliver the information. After ensuring that the potential subject has understood the information, the physician or another appropriately qualified individual must then seek the potential subject's freely-given informed consent, preferably in writing. If the consent cannot be expressed in writing, the non-written consent must be formally documented and witnessed. All medical research subjects should be given the option of being informed about the general outcome and results of the study»*. V. anche la Raccomandazione n. 4/2006 del Consiglio d'Europa riconosce che *«every person has the right to accept or refuse to contribute to biomedical research and that no one should be forced to contribute to it»*. E ancora, all'art. 10, § 2, prevede che *«information and consent or authorisation to obtain such materials should be as specific as possible with regard to any foreseen research uses and the choices available in that respect»*.

Occorre da subito specificare, tuttavia, che il consenso al trattamento sanitario (richiesto in via generale dall'art. 26 della Dichiarazione di Helsinki) e/o alla eventuale sperimentazione clinica⁽¹¹⁾ non può essere totalmente assimilato con la nozione di consenso quale base giuridica per il trattamento dei dati personali ai sensi della Regolamento (UE) 679/2016 (di seguito indicato anche come "GDPR").

Il consenso all'attività di ricerca è un consenso distinto dal consenso esplicito al trattamento dei dati personali per l'attività di ricerca.

Sono due consensi che richiamano due informative con finalità diverse, anche se parzialmente sovrapponibili: il consenso per l'attività di ricerca spesso contiene e richiama la liceità e la sicurezza del trattamento dei dati personali del soggetto che partecipa all'attività.

Il consenso informato relativo all'attività di ricerca è concepito, come detto sopra, per la protezione della dignità e autodeterminazione del soggetto coinvolto e non come uno strumento per la garanzia della protezione dei dati personali, come invece è il consenso esplicito di cui all'art. 7 del GDPR.

Pertanto, l'informativa e il consenso per il trattamento dei dati personali può supportare quello relativo all'attività di ricerca, ma tale ultimo consenso deve comunque essere richiesto anche quando la base giuridica del trattamento dati è diversa dal consenso. Il che accade, per esempio, se il trattamento dei dati di natura sanitaria per fini di ricerca si fonda su basi giuridiche diverse dal consenso, ossia sull'art. 6, § 1, lett. *e*) o *f*), ossia sull'interesse pubblico o sul legittimo interesse del titolare del trattamento⁽¹²⁾.

Per quanto concerne l'informativa per la raccolta di tessuti e cellule, ai sensi dell'allegato "Informazioni da fornire sulla donazione di tessuti e/o di

⁽¹¹⁾ Il consenso informato relativo alla sperimentazione clinica di medicinali ad uso umano è regolato dall'art. 29 del Regolamento (UE) n. 536/2014. Tale Regolamento, tuttavia, ha quale ambito di applicazione quello delle sperimentazioni cliniche. In generale, l'istituzione delle biobanche non implica alcuna sperimentazione clinica così come definita dall'art. 2 del citato Regolamento, tuttavia la disciplina in esso contenuta è applicabile in via analogica (laddove compatibile) anche a tale ambito.

⁽¹²⁾ Sulle regole speciali applicabili al consenso nell'ambito della ricerca scientifica v. R. CIPPITANI, *Finalità di ricerca scientifica ed eccezioni alla disciplina della protezione dei dati personali*, in *Cyberspazio e diritto*, vol. 20, n. 62 (1-2 - 2019), pp. 161-176.

cellule” alla Direttiva (CE) 2004/23, «le informazioni devono essere fornite da una persona qualificata capace di trasmetterle in modo chiaro e adeguato, usando termini facilmente comprensibili per il donatore».

L’art. 10 della Raccomandazione n. 6/2016 del Consiglio d’Europa, poi, richiede che *«Prior to consent to or authorisation for the storage of biological materials for future research, the person concerned should be provided with comprehensible information that is as precise as possible»*.

L’art. 29 del già richiamato Regolamento (UE) n. 536/2014 prevede che «il consenso informato è scritto, datato e firmato dalla persona che tiene il colloquio di cui al § 2, lett. c), e dal soggetto o, qualora il soggetto non sia in grado di fornire un consenso informato, dal suo rappresentante legalmente designato, dopo essere stato debitamente informato conformemente al § 2. Se il soggetto non è in grado di scrivere, il consenso può essere fornito e registrato mediante appositi strumenti alternativi, alla presenza di almeno un testimone imparziale».

Secondo il parere del Comitato Nazionale di Bioetica “Raccolta di campioni biologici a fini di Ricerca: Consenso Informato” del 16 febbraio 2009 l’informativa deve essere «fornita preliminarmente alla richiesta di consenso, deve essere chiara, veritiera, precisa e formulata in modo tale da non indurre false aspettative».

Per quanto riguarda l’informativa sul trattamento dei dati personali, l’art. 7, parr. 1 e 2, del GDPR prevede che «qualora il trattamento sia basato sul consenso, il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che l’interessato ha prestato il proprio consenso al trattamento dei propri dati personali. / Se il consenso dell’interessato è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro».

Pertanto, nel caso della Biobanca dell’Umbria si è deciso di predisporre una unica informativa scritta per ottenere sia il consenso alla raccolta del materiale biologico sia il consenso al trattamento dei dati personali. Tale informativa si aggiungerà alla specifica illustrazione del medico curante, da accompagnare al modulo di consenso informato.

Gli elementi minimi, così come previsti dal sopra richiamato parere del Comitato Nazionale di Bioetica, sui quali il soggetto (o il suo rappresentante legale) dovrà essere informato sono i seguenti: la partecipazione volontaria, l'eventuale trasferimento dei campioni ad altra banca, o a gruppi di ricerca diversi dal proponente, la possibilità o l'esclusione di un ritorno d'informazione al donatore sui risultati della ricerca, (esclusione che si può realizzare quando l'indagine sul materiale genetico non abbia un significato "clinico"), le indicazioni sulle possibili conseguenze per il donatore od i membri della sua famiglia dei risultati delle analisi genetiche, la possibilità di rendere anonimi i campioni o di identificarli con un codice; le misure adottate per la tutela dei dati personali; la possibilità per il donatore di revocare, in ogni momento, il proprio consenso; il destino dei campioni in caso di revoca o di chiusura della biobanca; le eventuali prospettive commerciali della ricerca (compreso il deposito di eventuali brevetti) e degli eventuali rimborsi per le spese sostenute, nonché della partecipazione del donatore agli eventuali benefici diagnostico/terapeutici derivanti dalla ricerca.

In aggiunta alle informazioni di cui sopra, è necessario rendere agli interessati ai sensi degli artt. 13 e 14 Regolamento (UE) 2016/679 e anche ai sensi degli artt. 77 e 78 del "Codice per il medico di medicina generale e per il pediatra di libera scelta", anche le seguenti informazioni: *a)* i risultati conseguibili anche in relazione alle notizie inattese che possono essere conosciute per effetto del trattamento dei dati genetici; *b)* la facoltà o meno, per l'interessato, di limitare l'ambito di comunicazione dei dati genetici e il trasferimento dei campioni biologici, nonché l'eventuale utilizzo di tali dati per ulteriori scopi.

Per quanto concerne la tipologia di consenso che il soggetto interessato viene chiamato a prestare la Raccomandazione 6/2016, all'art. 11 stabilisce che: «*Biological materials should only be removed for storage for future research with the prior, free, express and documented consent of the person concerned that is: i. specific to the intervention carried out to remove the materials; and ii. as precise as possible with regard to the envisaged research use*».

Sulla scorta di tale previsione, nonché di quanto affermato dal considerando n. 33 del GDPR alla stregua del quale: «In molti casi non è possibile

individuare pienamente la finalità del trattamento dei dati personali a fini di ricerca scientifica al momento della raccolta dei dati. Pertanto, dovrebbe essere consentito agli interessati di prestare il proprio consenso a taluni settori della ricerca scientifica laddove vi sia rispetto delle norme deontologiche riconosciute per la ricerca scientifica. Gli interessati dovrebbero avere la possibilità di prestare il proprio consenso soltanto a determinati settori di ricerca o parti di progetti di ricerca nella misura consentita dalla finalità prevista», si può ritenere ammissibile ottenere dai donatori un consenso c.d. ampio (*broad consent*).

Pertanto, nel presente studio, i soggetti interessati saranno chiamati a prestare un consenso ampio che permetta l'uso dei campioni e dei dati loro associati in ricerche presenti e future, specificando, tuttavia, il proprio consenso con riferimento alle singole aree di ricerca che potranno essere effettuate sui propri campioni e dati.

Nel caso in cui il campione dovesse essere richiesto per un ambito di studio differente da quello indicato nel consenso rilasciato, la Biobanca sarà tenuta, in applicazione del principio del consenso, a ricontattare il soggetto (o il suo rappresentante legale) ed informarlo per ottenere un nuovo consenso, salvo che questi abbia dichiarato di non voler essere ricontattato.

5. — *Casi particolari.*

A fronte delle regole generali riguardanti la necessità del consenso informato vi sono ipotesi particolari da approfondire come il caso dei minori e quello delle persone defunte.

5.1. — *Il consenso dei minori.*

Il principio del consenso, così come descritto nel paragrafo precedente, incontra delle difficoltà applicative laddove il soggetto interessato non possa comprendere in maniera adeguata l'informativa e, quindi, possa esserci il fondato sospetto che lo stesso non abbia potuto autodeterminarsi libe-

ramente ovvero nei casi in cui il consenso non possa essere espresso dal punto di vista giuridico (a causa, ad esempio, della mancanza della capacità di agire).

Sono considerati soggetti “vulnerabili” coloro che non sono pienamente autonomi nella tutela dei propri interessi economici o personali, a causa di situazioni quali l’età, la malattia, ecc. e, quindi, si trovino in condizioni di forte dipendenza da altri.

In generale, le persone vulnerabili possono essere coinvolte in attività di ricerca solo se ciò sia necessario per il raggiungimento delle finalità della ricerca stessa e, comunque rispettando la dignità e la volontà delle persone coinvolte ed evitando ogni tipo di sfruttamento o pericolo per loro.

La Raccomandazione 6/2016 del Consiglio d’Europa, all’art. 12⁽¹³⁾, prevede espressamente le circostanze in cui può essere raccolto il materiale biologico di persone non capaci di dare il proprio consenso.

⁽¹³⁾ L’art. 12 “*Biological materials from persons not able to consent?*” prevede che: «1. *Biological materials from a person who, according to law, is not able to consent should only be obtained or stored for future research having the potential to produce, in the absence of direct benefit to the person concerned, benefit to other persons in the same age category or afflicted with the same disease or disorder or having the same condition, and if the aims of the research could not reasonably be achieved using biological materials from persons able to consent.* / 2. *Biological materials should only be removed for storage for future research from a person not able to consent under the following conditions: a. the removal only entails minimal risk and minimal burden; and/ b. written authorisation for such removal has been given by the representative or an authority, person or body provided for by law. The necessary authorisation should be: i. specific to the intervention carried out to remove the materials; and/ ii. as precise as possible with regard to the envisaged research use.* / 3. *Biological materials previously removed for another purpose from a person not able to consent should only be stored for future research with the authorisation of his or her representative or an authority, person or body provided for by law. Whenever possible, authorisation should be requested before biological materials are removed.* / 4. *If the person not able to consent is an adult, he or she should, as far as possible, take part in the authorisation procedure. If the person not able to consent is a minor, his or her opinion should be taken into consideration as an increasingly determining factor in proportion to age and degree of maturity. Any objection by the person not able to consent should be respected. Any wishes previously expressed by such a person should be taken into account.* / 5. *Where a person not able to consent, whose biological materials have been stored for future research, attains or regains the capacity to consent, reasonable efforts should be made to seek the consent of that person for continued storage and research use of his or her biological materials.* / 6. *Biological materials previously removed for another purpose from a person not able to consent and which are already non-identifiable may be stored for future research subject to authorisation provided for by law».*

In particolare, viene previsto che il consenso venga rilasciato dal rappresentante legale del minore o dal tutore della persona “vulnerabile”, con la partecipazione del soggetto interessato (minore di età o adulto) e tenendo comunque in considerazione l’opinione di quest’ultimo.

Per quanto attiene, poi, all’esercizio del consenso al trattamento dei dati personali dei minori d’età, l’art. 8 del GDPR, anche se con riferimento ai “servizi della società dell’informazione”, individua un criterio discretivo per l’ottenimento del consenso da parte del minore.

Qualora, infatti, il minore abbia più di 16 anni (età che può essere ridotta a 13 anni e che normalmente è fissata a 14 anni)⁽¹⁴⁾ il consenso è validamente espresso dal minore stesso. Al di sotto di tale età, pur essendo importante l’opinione espressa dallo stesso, per essere valido deve essere rilasciato dagli esercenti la responsabilità genitoriale.

Si ritiene che dette disposizioni, ed in particolare l’art. 8 GDPR, debbano essere lette non come regole speciali e eccezionali ma come espressioni di un principio generale affermato a livello costituzionale sovranazionale dall’art. 24, § 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea secondo il quale i minori possono esprimere liberamente la propria opinione e che questa «viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità».

Pertanto, anche sulla base anche della più avanzata elaborazione dottrinale⁽¹⁵⁾, i minori devono essere ammessi ad esercitare direttamente i loro diritti fondamentali, tra i quali esprimere il consenso informato in materia scientifica e sanitaria. Sarebbe infatti incongruo restringere questa capacità al trat-

⁽¹⁴⁾ Il GDPR lascia agli Stati membri la possibilità di stabilire per legge un’età inferiore. In Italia, il 1° comma dell’art. 2-*quinqüies* del Codice della Privacy (d.lgs. n. 193/2006) prevede che: «in attuazione dell’articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento, il minore che ha compiuto i quattordici anni può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all’offerta diretta di servizi della società dell’informazione. Con riguardo a tali servizi, il trattamento dei dati personali del minore di età inferiore a quattordici anni, fondato sull’articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del Regolamento, è lecito a condizione che sia prestato da chi esercita la responsabilità genitoriale».

⁽¹⁵⁾ Su tutti v. A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, 2ª ed., Milano, 2013, *passim*.

tamento dei dati nell'ambito dei servizi della società dell'informazione e non ammetterlo nel caso di coinvolgimento dei ragazzi nell'attività di ricerca.

Il tutto senza ovviamente dimenticare la vulnerabilità dei minori e, dall'altra parte, la necessità di raccogliere la loro opinione e tenere conto del loro eventuale dissenso.

In applicazione di tali principi e normative, nell'ambito della Umbria Biobank, in caso dei minori di età lo stesso verrà rilasciato normalmente dai genitori o da chi ne ha la responsabilità genitoriale, fatto salvo l'obbligo di informare il minore tenendo conto del suo grado di maturità.

Tuttavia, dopo il superamento del quattordicesimo anno di età è considerato prioritario il consenso dell'adolescente rispetto a quella dei genitori.

5.2. – *Campioni appartenenti a persone decedute.*

Altro aspetto problematico è quello relativo al prelievo di campioni *post mortem*.

In tal caso, difatti, essendo il soggetto deceduto lo stesso non potrà prestare alcun consenso, quantomeno attuale e/o contestuale all'eventuale prelievo del materiale biologico.

Sul punto sino al febbraio 2020 non esisteva una disciplina normativa che regolasse l'uso del materiale di persone decedute a fini di ricerca, pertanto, in applicazione dei generali principi etici e di quanto previsto dall'art. 14 della già citata Raccomandazione 6/2016⁽¹⁶⁾, si riteneva generalmente necessario che tale persona avesse prestato il proprio consenso quando era ancora in vita.

Se questo non fosse accaduto, si sarebbe potuta richiedere l'autorizzazione al prelievo del campione e al suo utilizzo ai parenti più prossimi o al legale rappresentante, a condizione che ciò non fosse in contraddizione con

⁽¹⁶⁾ L'art. 14 “*Biological materials removed after death*”, stabilisce che: «1. *Biological materials should only be removed from the body of a deceased person for storage for future research with the consent or authorisation provided for by law. This consent or authorisation should have been preceded by appropriate information, including on the right to refuse.*/ 2. *Biological materials should not be removed for storage for future research if the deceased person is known to have objected to it.*»

l'esplicita volontà della persona quando era ancora in vita o con la sua volontà presunta e derivante dalla conoscenza della sua visione di vita.

Tali aspetti sono oggi parzialmente regolati dalla legge 10 febbraio 2020, n. 10 rubricata, appunto, “Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica”.

Per quanto è di interesse in questa sede, la nuova normativa prevede all'art. 3 che «l'atto di disposizione del proprio corpo o dei tessuti *post mortem* avviene mediante una dichiarazione di consenso all'utilizzo dei medesimi redatta» nelle forme previste per le dichiarazioni anticipate di trattamento (DAT) di cui alla l. n. 219/2017, il che vale a dire per atto pubblico, scrittura privata autenticata o scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'Ufficio dello stato civile del comune di residenza. Nella dichiarazione predetta dovrà essere obbligatoriamente indicato un fiduciario cui spetterà l'onere di comunicare l'esistenza del consenso. Tale dichiarazione di consenso, revocabile in qualsiasi momento, dovrà essere consegnata, poi, alla Asl di appartenenza la quale dovrà trasmetterla alla Banca dati DAT.

Occorre, tuttavia, rilevare che la normativa in commento è ancora in fase di attuazione, dovendo essere ancora stabiliti, alcuni aspetti fondamentali quali, a titolo esemplificativo, l'individuazione dei centri di riferimento per la conservazione e l'utilizzazione dei corpi dei defunti, nonché le concrete modalità operative di trattamento delle salme o le cause di esclusione di utilizzo dei corpi.

6. — *Il* “secondary use”.

Nell'ambito dell'attività delle biobanche di ricerca, così come più in generale per la ricerca in campo biomedico, riveste un interesse centrale la questione relativa alle modalità di acquisizione del materiale biologico e dei dati che originariamente sono stati raccolti (*rectius* per i quali è stato rilasciato il consenso) per finalità diagnostico-terapeutiche e non anche per finalità di ricerca.

La regola generale⁽¹⁷⁾, sulla quale sono concordi tutte le fonti giuridiche a qualsiasi livello, per la raccolta, conservazione e utilizzo a fini di ricerca di materiale biologico umano e dei dati ad esso connessi è, come visto nel § 3, quella del previo ottenimento del consenso al fine di garantire la partecipazione informata e volontaria dell'individuo e per tutelare i dati personali dei soggetti coinvolti.

A tal proposito, difatti, l'art. 12 della Raccomandazione 4/2006 del Consiglio di Europa, riguardante proprio il materiale biologico residuo, affermava che: *«biological materials removed for purposes other than storage for research should only be made available for research activities with appropriate consent or authorisation, or in accordance with the provisions of Article 22 paragraph 1.ii. / 2. Whenever possible, information should be given and consent or authorisation requested before biological materials are removed»*.

Qualora il consenso o l'autorizzazione per ulteriori usi dei campioni biologici non siano ottenibili con uno sforzo ragionevole, ai sensi del successivo art. 22, § 1.ii, *«these biological materials should only be used in the research project subject to independent evaluation of the fulfilment of the following conditions: a. the research addresses an important scientific interest; b. the aims of the research could not reasonably be achieved using biological materials for which consent can be obtained; and c. there is no evidence that the person concerned has expressly opposed such research use»*.

A sua volta il considerando 50 del GDPR afferma che: «Il trattamento dei dati personali per finalità diverse da quelle per le quali i dati personali sono stati inizialmente raccolti dovrebbe essere consentito solo se compatibile con le finalità per le quali i dati personali sono stati inizialmente raccolti. In tal caso non è richiesta alcuna base giuridica separata oltre a quella che ha consentito la raccolta dei dati personali. [...] L'ulteriore trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse, o di ricerca scientifica o storica o a fini statistici dovrebbe essere considerato un trattamento lecito e compatibile.

⁽¹⁷⁾ Si veda a titolo esemplificativo l'art. 21 della Raccomandazione 4/2006 del Consiglio d'Europa, rubricata, appunto, "General rule" con riferimento all'uso di materiale biologico nei progetti di ricerca. Tale norma dispone che: *«Research on biological materials should only be undertaken if it is within the scope of the consent given by the person concerned. The person concerned may place restrictions on the use of his or her biological materials»*.

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

Già dalla lettura delle richiamate disposizioni, risulta chiaro quindi che sarebbe in ogni caso opportuno ricontattare i soggetti interessati al fine di fornire la necessaria informativa e ottenere apposito consenso.

Tuttavia, laddove ciò non sia possibile, malgrado sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo per raggiungere tali soggetti, si devono rispettare alcune condizioni.

Ad esempio, l'autorizzazione generale del Garante della Privacy Italiano n. 8/2016, così come modificata dal provvedimento n. 146 del 5 giugno 2019, al punto 4.11.3, prevede la possibilità di conservare ed utilizzare campioni biologici e dati per finalità (di ricerca) diverse da quella originaria a condizione che «una ricerca di analoga finalità non può essere realizzata mediante il trattamento di dati riferiti a persone dalle quali può essere o è stato acquisito il consenso informato e: *aa)* il programma di ricerca comporta l'utilizzo di campioni biologici e di dati genetici che in origine non consentono di identificare gli interessati, ovvero che, a seguito di trattamento, non consentono di identificare i medesimi interessati e non risulta che questi ultimi abbiano in precedenza fornito indicazioni contrarie; *bb)* ovvero il programma di ricerca, preventivamente oggetto di motivato parere favorevole del competente comitato etico a livello territoriale, è sottoposto a preventiva consultazione del Garante ai sensi dell'art. 36 del Regolamento (UE) 2016/679».

Ed inoltre, ai sensi del punto 5.3, dell'autorizzazione generale del Garante della Privacy Italiano n. 9/2016, così come modificata dal provvedimento

n. 146 del 5 giugno 2019, nelle circostanze di cui sopra, resta comunque fermo «l'obbligo di rendere l'informativa agli interessati inclusi nella ricerca in tutti i casi in cui, nel corso dello studio, ciò sia possibile e, in particolare, laddove questi si rivolgano al centro di cura, anche per visite di controllo, anche al fine di consentire loro di esercitare i diritti previsti dal Regolamento».

Pertanto, alla luce di quanto detto sopra, sarebbe sempre opportuno, in tali casi, qualora non sia possibile ricontattare i soggetti interessati, ottenere il parere da parte del Comitato etico competente e, richiedere anche all'Autorità Garante della Privacy apposita autorizzazione⁽¹⁸⁾.

7. — *Le problematiche relative all'archivio storico.*

Problemi ulteriori si presentano per la consistente parte della Biobanca dell'Umbria costituita dai campioni e dati raccolti molti decenni orsono dall'allora Istituto di Anatomia Patologica dell'Università degli Studi di Perugia.

L'«archivio storico» dell'Anatomia Patologica, così come altri archivi storici di documentazione diagnostica⁽¹⁹⁾, è costituito da campioni, per i quali è molto complesso, se non impossibile, reperire un consenso informato in ragione del contesto in cui è avvenuta la raccolta, vale a dire in un'epoca in cui non era ancora diffusa la consapevolezza della necessità di garantire una adeguata informazione e predisporre un consenso informato. Qualora il consenso fosse stato espresso, poi, esso avrebbe riguardato esclusivamente

⁽¹⁸⁾ È opportuno rilevare, tuttavia, che tale quadro potrebbe essere modificato qualora dovesse essere adottata la direttiva UE, attualmente oggetto di proposta da parte del Parlamento europeo, per l'istituzione del «*European Health Data Space*». Tale proposta, tra le altre cose, ha quale obiettivo proprio quello di risolvere le problematiche collegate al «*secondary use of health data*» e alla frammentazione delle politiche nazionali sul punto. L'idea alla base, sembrerebbe essere quella del «*data altruism*» che, di fatto, consentirebbe di utilizzare o riutilizzare i dati sanitari a scopo di ricerca in maniera più flessibile.

⁽¹⁹⁾ Sugli archivi storici di tessuti umani, v. R. CIPPITANI, V. COLCELLI, *Bio-legal Issues in the Establishment of a Historical Collection of Human Tissues: The case of the Umbria Biobank Project*, in *Medicina Historica*, 2021, vol. 5, n. 1, pp. 1-9.

il trattamento diagnostico o terapeutico senza occuparsi minimamente della possibilità di condurre ricerche su tali campioni.

Si deve, inoltre, considerare per l'archivio storico in parola una problematica aggiuntiva di tipo logistico e pratico: la difficile reperibilità del consenso informato relativo ai campioni che, prima del 1980, era disponibile solo in forma cartacea e, comunque, detenuto dal singolo reparto che aveva prelevato nell'ambito dell'attività diagnostica o terapeutica il campione.

Si deve evidenziare che la mancanza di un adeguato consenso informato che permetta un utilizzo lecito a scopo di ricerca di questi campioni non è comunque un problema unicamente italiano ma avvertito anche in altri paesi⁽²⁰⁾.

Dall'analisi della normativa in materia, tra cui la Raccomandazione n. 6/2016 del Consiglio d'Europa, il considerando n. 62 del GDPR, l'Autorizzazione generale del Garante Privacy italiano al trattamento dei dati genetici n. 8/2016 e l'Autorizzazione generale al trattamento dei dati personali effettuati per scopi di ricerca scientifica n. 9/2016, così come modificate dal provvedimento n. 146 del 5 giugno 2019, nonché le “*Regole deontologiche per i trattamenti a fini statistici o di ricerca scientifica*” del 19 dicembre 2018, è possibile, come visto anche nel precedente paragrafo, evincere che sia comunque responsabilità del ricercatore o dell'istituzione che intende far uso dei materiali biologici a scopo di ricerca scientifica quello di ottenere da parte del donatore un consenso informato ovvero un nuovo consenso.

Vengono, tuttavia, previste delle eccezioni a tale regola.

In particolare, l'art. 11, § 3, della Raccomandazione n. 6/2016⁽²¹⁾ prevede che il materiale biologico prelevato per scopi diversi dalla ricerca possa essere conservato per ricerche future, senza il consenso della persona interessata, solo se non sia più identificabile e sia stata ottenuta una autorizzazione prevista dalla legge.

Il considerando n. 62 e l'art. 14, § 5, lett. *b*), del GDPR derogano alla

⁽²⁰⁾ EB. VAN VEEN, *Human tissue bank regulations*, in *Nat. Biotech.*, 2006, 24(5):496-7.

⁽²¹⁾ L'art. 11, al § 3, della Raccomandazione n. 6/2016 dispone: «*biological materials previously removed for another purpose and already non-identifiable may be stored for future research subject to authorisation provided for by law*».

regola del consenso nel caso in cui ciò sia impossibile ovvero comporti uno sforzo sproporzionato tale da rischiare di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca. In tali casi «si può tener conto del numero di interessati, dell'antichità dei dati e di eventuali garanzie adeguate in essere».

L'Autorizzazione Generale n. 8/2016, come visto nel precedente paragrafo, proprio con riferimento alla conservazione di campioni biologici prelevati e di dati genetici raccolti per scopi di tutela della salute, prevede una eccezione alla regola del consenso per l'utilizzo degli stessi in attività di ricerca a condizione che la ricerca non possa essere eseguita con dati e materiali per i quali sia possibile ottenere il consenso e che, comunque, o non siano più identificabili ovvero che tale utilizzo sia stato autorizzato dal comitato etico e sottoposto a parere dell'autorità garante.

Analogamente l'Autorizzazione n. 9/2016, riguardante il trattamento dei dati personali effettuato per scopi di ricerca scientifica, al § 5.3, punto 2, prevede l'ipotesi in cui non sia possibile informare gli interessati da includere nella ricerca a causa di «motivi di impossibilità organizzativa riconducibili alla circostanza che la mancata considerazione dei dati riferiti al numero stimato di interessati che non è possibile contattare per informarli, rispetto al numero complessivo dei soggetti che si intende coinvolgere nella ricerca, produrrebbe conseguenze significative per lo studio in termini di alterazione dei relativi risultati; ciò avuto riguardo, in particolare, ai criteri di inclusione previsti dallo studio, alle modalità di arruolamento, alla numerosità statistica del campione prescelto, nonché al periodo di tempo trascorso dal momento in cui i dati riferiti agli interessati sono stati originariamente raccolti (ad esempio, nei casi in cui lo studio riguarda interessati con patologie ad elevata incidenza di mortalità o in fase terminale della malattia o in età avanzata e in gravi condizioni di salute). / Con riferimento a tali motivi di impossibilità organizzativa, le seguenti prescrizioni concernono anche il trattamento dei dati di coloro i quali, all'esito di ogni ragionevole sforzo compiuto per contattarli (anche attraverso la verifica dello stato in vita, la consultazione dei dati riportati nella documentazione clinica, l'impiego dei recapiti telefonici eventualmente forniti, nonché l'acquisizione dei dati di contatto pres-

so l'anagrafe degli assistiti o della popolazione residente) risultino essere al momento dell'arruolamento nello studio: – deceduti o – non contattabili. / Resta fermo l'obbligo di rendere l'informativa agli interessati inclusi nella ricerca in tutti i casi in cui, nel corso dello studio, ciò sia possibile e, in particolare, laddove questi si rivolgano al centro di cura, anche per visite di controllo, anche al fine di consentire loro di esercitare i diritti previsti dal Regolamento».

L'art. 6, 3° comma delle “Regole deontologiche per i trattamenti a fini statistici o di ricerca scientifica” prevede che quando il trattamento per scopi scientifici riguardi dati raccolti per altri scopi e l'informativa comporti uno sforzo sproporzionato rispetto al diritto tutelato, «il titolare adotta idonee forme di pubblicità, ad esempio, con le seguenti modalità: [...] - per trattamenti riguardanti insiemi numerosi di soggetti distribuiti su un'area regionale (o provinciale), inserzione su un quotidiano di larga diffusione regionale (o provinciale) o annuncio presso un'emittente radiotelevisiva a diffusione regionale (o provinciale)».

Infine, l'art. 110-*bis* Nuovo Codice Privacy – d.lgs. 196/2003 aggiornato dal d.lgs. 101/2018, stabilisce nel concreto la procedura per il «trattamento ulteriore da parte di terzi dei dati personali a fini di ricerca scientifica o a fini statistici», per cui: Il Garante può autorizzare il trattamento ulteriore di dati personali, compresi quelli dei trattamenti speciali di cui all'art. 9 del Regolamento, a fini di ricerca scientifica o a fini statistici da parte di soggetti terzi che svolgano principalmente tali attività quando, a causa di particolari ragioni, informare gli interessati risulta impossibile o implica uno sforzo sproporzionato, oppure rischia di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca, a condizione che siano adottate misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, in conformità all'art. 89 del Regolamento, comprese forme preventive di minimizzazione e di anonimizzazione dei dati. Il Garante comunica la decisione adottata sulla richiesta di autorizzazione entro quarantacinque giorni, decorsi i quali la mancata pronuncia equivale a rigetto. Con il provvedimento di autorizzazione o anche successivamente, sulla base di eventuali verifiche, il Garante stabilisce le condizioni e le misure

necessarie ad assicurare adeguate garanzie a tutela degli interessati nell'ambito del trattamento ulteriore dei dati personali da parte di terzi, anche sotto il profilo della loro sicurezza. Il trattamento ulteriore di dati personali da parte di terzi per le finalità di cui al presente articolo può essere autorizzato dal Garante anche mediante provvedimenti generali, adottati d'ufficio e anche in relazione a determinate categorie di titolari e di trattamenti, con i quali sono stabilite le condizioni dell'ulteriore trattamento e prescritte le misure necessarie per assicurare adeguate garanzie a tutela degli interessati. I provvedimenti adottati a norma del presente comma sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Non costituisce trattamento ulteriore da parte di terzi il trattamento dei dati personali raccolti per l'attività clinica, a fini di ricerca, da parte degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, pubblici e privati, in ragione del carattere strumentale dell'attività di assistenza sanitaria svolta dai predetti istituti rispetto alla ricerca, nell'osservanza di quanto previsto dall'art. 89 del Regolamento.

L'archivio storico dell'Anatomia Patologica di Perugia, come altri archivi di tipologia simile, come si è detto all'inizio, è costituito da un numero elevatissimo di campioni particolarmente datati. Risulta evidente, dunque, che il caso dei campioni d'archivio rappresenti appieno una delle situazioni eccezionali unanimemente previste dalla normativa sopra richiamata. Non sempre sarà possibile, infatti, richiedere il consenso dei soggetti dai cui i materiali biologici sono stati prelevati. Si pensi, invero, a quelli relativi agli anni quaranta, ivi custoditi.

Dato l'enorme arco temporale coperto dai campioni custoditi in archivio, per acquisire gli stessi alla biobanca, si è deciso di procedere per blocchi progressivi di decenni successive. Ossia, come evidenziato dalla normativa richiamata, si richiede la dimostrazione di aver effettuato ogni azione possibile per informare gli interessati ovvero constatare che questo si traduca comunque in uno sforzo sproporzionato. Perché l'espressione "sforzo sproporzionato" non sia una formula vuota, quest'ultima va sostanziata con elementi di fatto che dimostrino il dato. Un arco temporale che supera i cinquanta anni, come sopra anticipato, significa una varietà di casistiche che interessano i campioni, diverse nelle normative sotto le quali sono stati raccolti, diverse

nelle vicende che dagli anni quaranta ai giorni nostri possono caratterizzare gli interessati. Va da sé, infatti, che in aggiunta al numero significativo di campioni e al periodo di tempo trascorso dal momento in cui gli stessi sono stati originariamente raccolti, è opportuno rilevare che tali campioni riguardano nella maggioranza dei casi formazioni neoplastiche maligne, quindi ad elevata incidenza di mortalità, pertanto, è verosimile che i soggetti interessati siano ormai deceduti e risulti, di conseguenza, impossibile ottenere il consenso degli stessi. Nell'ottica di consentire, comunque, ad eventuali soggetti interessati che siano ancora in vita di esercitare la facoltà c.d. di *opting-out*, si fornirà una informativa generalizzata riguardo il riutilizzo di tali materiali mediante la pubblicazione su quotidiani a livello regionale nonché su siti internet dei soggetti istituzionali coinvolti, così come previsto dall'art. 6, 3° comma, delle citate Regole deontologiche, nella quale verrà esplicitamente dato atto della possibilità di revocare il consenso all'utilizzo dei propri dati e materiali, facendo salve le eventuali ricerche sugli stessi già effettuate, oltre che l'indicazione degli ulteriori diritti, di cui al § 5, e le modalità di esercizio degli stessi.

Tale procedura, nel rispetto delle citate regole, dovrà in ogni caso essere oggetto di apposita approvazione da parte del competente Comitato Etico nonché di autorizzazione da parte del Garante della Privacy.

8. — *Identificazione del campione (rintracciabilità) e anonimato.*

Questione fondamentale nell'ambito dell'attività delle biobanche è rappresentata dalla identificazione e rintracciabilità dei campioni e dalla natura dei dati che verranno trattati.

La necessità di contemperare la rintracciabilità del campione e la riservatezza dei soggetti coinvolti è prevista da diversi documenti, tra cui le “*Linee guida per la certificazione delle Biobanche*” redatte dal Comitato Nazionale per la Biosicurezza e le Biotecnologie nel 2006, le quali fanno in particolare riferimento all'art. 8 della Direttiva 2004/23/CE del 31 marzo 2004, riguardante la donazione a fini di trapianto, ma applicabile, in considerazione della *ratio*

di tali disposizioni, volte in particolare a prevenire il rischio biologico, anche alle biobanche di ricerca.

Tale disposizione europea, difatti, stabilisce che gli stati membri debbano fare in modo che i centri che trattano tessuti umani adottino tutte le misure necessarie atte a garantire la rintracciabilità del percorso dei tessuti, delle cellule e dei dati ad essi connessi in tutte le fasi, anche mediante etichettatura e assegnazione di codici a ciascun atto partecipativo e ai suoi prodotti.

Per quanto riguarda la riservatezza dei soggetti interessati sono molteplici le fonti che si occupano di tale tematica e da ultimo il Regolamento (UE) 2016/679.

La qualificazione della natura dei dati trattati incide sulla necessità, o meno, di identificazione del donatore del campione.

I materiali biologici e i dati ad essi collegati, infatti, possono essere raccolti in forma non anonima e successivamente resi anonimi, ovvero privati di tutti gli elementi identificativi e caratterizzanti. Per rendere tali dati anonimi non può essere lasciato nessun elemento nell'informazione che, con un ragionevole sforzo, potrebbe servire a reidentificare la persona o le persone interessate⁽²²⁾.

A tal riguardo nel 2016, nell'ambito del Consiglio d'Europa, il Comitato dei ministri sulla ricerca sui materiali biologici di origine umana ha affermato che i materiali biologici non identificabili possono essere utilizzati in un progetto di ricerca a condizione che tale uso non violi le restrizioni definite dall'interessato prima che i materiali siano stati resi non identificabili e soggetti all'autorizzazione prevista dalla legge, giusta raccomandazione CM/Rec (2016)6.

Peraltro sempre nella predetta raccomandazione il Comitato ha previsto che i materiali biologici precedentemente rimossi per un altro scopo e non più identificabili possono essere conservati per ricerche future⁽²³⁾ e possono

⁽²²⁾ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Handbook on European data protection law*, Luxembourg, 2014, p. 44.

⁽²³⁾ Nell'originale si parla di «*those biological materials which, alone or in combination with data, do not allow, with reasonable efforts, the identification of the persons from whom the materials have been removed*».

essere utilizzati in un progetto di ricerca a condizione che tale uso non violi le restrizioni definite dall'interessato prima che i materiali siano stati resi non identificabili e soggetti all'autorizzazione prevista dalla legge (v. art. 21, § 4); inoltre i materiali biologici precedentemente rimossi per un altro scopo e non più identificabili possono essere conservati per ricerche future (art. 11, § 3, raccomandazione).

La direttiva n. 2004/23/CE, già richiamata in merito alla rintracciabilità, impone, inoltre, agli Stati membri di adottare tutte le misure necessarie per garantire che tutti i dati, compresi i dati genetici, siano resi anonimi in modo che né i donatori né i riceventi siano identificabili (cfr. art. 14, § 1). Inoltre, l'appendice della raccomandazione R (97) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ritiene che ogniqualevolta possibile, i dati medici utilizzati a fini di ricerca scientifica dovrebbero essere anonimi e che le organizzazioni professionali e scientifiche, nonché le autorità pubbliche dovrebbero promuovere lo sviluppo di tecniche e procedure che garantiscano l'anonimato (cfr. § 12.1).

Il "considerando" 26) del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) afferma, poi, che «I principi di protezione dei dati non dovrebbero pertanto applicarsi a informazioni anonime, vale a dire informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato. Il presente regolamento non si applica pertanto al trattamento di tali informazioni anonime, anche per finalità statistiche o di ricerca». Pertanto, se i dati non possono essere associati a una persona specifica, non rientrano nella protezione della legge e possono essere trattati senza il consenso dell'interessato⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ I dati sono considerati anonimi, sempre nel considerando 26) del regolamento (UE) 2016/679, tenendo conto di tutti i «mezzi, come l'individuazione, di cui il titolare del trattamento o un terzo può ragionevolmente avvalersi per identificare detta persona fisica direttamente o indirettamente. Per accertare la ragionevole probabilità di utilizzo dei mezzi per identificare la persona fisica, si dovrebbe prendere in considerazione l'insieme dei fattori obiettivi, tra cui i costi e il tempo necessario per l'identificazione, tenendo conto sia delle tecnologie disponibili al momento del trattamento, sia degli sviluppi tecnologici».

Bisogna, tuttavia, tenere in considerazione che dai tessuti è possibile estrarre gli acidi nucleici (DNA e RNA) e, quindi, i relativi dati genetici⁽²⁵⁾.

A fronte di tale possibilità bisogna quindi considerare che con l'entrata in vigore del GDPR anche l'informazione genetica viene considerata come "dato personale". L'art. 4, § 1, n. 13, definisce i dati genetici come «i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione». L'art. 9, § 2, del medesimo regolamento 2016/679 li qualifica, poi, come dati "sensibili".

Nell'ipotesi in cui il dato sensibile sia riconducibile o attribuibile ad una persona fisica determinata o determinabile il legislatore comunitario, a garanzia della protezione dell'individuo, ha introdotto la tecnica della pseudo-anonimizzazione che consiste nella sostituzione degli identificatori con pseudonimi la cui decodifica può avvenire esclusivamente tramite una chiave di decodifica (art. 4, n. 5 del GDPR)⁽²⁶⁾.

L'opzione dell'anonimizzazione completa, difatti, può incontrare alcuni problemi nel caso dell'informazione genetica.

Inoltre, l'anonimizzazione non è mai la soluzione migliore dal punto di vista scientifico.

Come anche affermato dalle fonti (cfr. ad esempio la dichiarazione dell'UNESCO sui dati genetici), il legame con una persona identificabile nel trattamento dei dati genetici a fini di ricerca scientifica può essere accettabile se necessario per svolgere la ricerca e a condizione che la vita privata dell'individuo e la riservatezza dei dati o dei campioni biologici interessati siano protetti in conformità del diritto nazionale [Raccomandazione UNESCO del 1997, art. 14, lett. d)].

⁽²⁵⁾ In letteratura per quanto concerne i profili giuridici delle informazioni genetiche si vedano, R. ARNOLD, R. CIPPITANI, V. COLCELLI (eds.), *Genetic Information and Individual Rights*, (Universitätsverlag) Regensburg, 2018; R. CIPPITANI, *Il trattamento dei dati genetici a fini di ricerca*, in questa *Rivista*, 2018, p. 95 ss.

⁽²⁶⁾ V. Consiglio d'Europa, *Explanatory Report to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*, art. 42.

L'anonimizzazione completa comporta, poi, alcune gravi conseguenze: sia la persona interessata che il ricercatore perderanno informazioni importanti e non saranno in grado di produrre risultati⁽²⁷⁾ di follow-up, spesso fondamentali per l'esecuzione ottimale di un progetto di ricerca.

In secondo luogo, l'anonimizzazione è sempre relativa, per ragioni tecniche.

I processi di anonimizzazione sono spesso reversibili e, in linea di principio, qualsiasi dato genetico può essere sempre collegato ad una persona⁽²⁸⁾.

Secondo alcuni, il rischio di re-identificazione dei dati genetici sarebbe da considerarsi basso, come affermato dall'Art. 29 of the Working Party, trattando della pseudonimizzazione⁽²⁹⁾.

Tuttavia, questa interpretazione si riferisce allo stato attuale della tecnica e comunque appare troppo ottimistica.

Come dimostrato da uno studio pubblicato su *Science*⁽³⁰⁾, è possibile, a partire da dati genetici anonimi, in combinazione con informazioni reperibili sul web, identificare una persona⁽³¹⁾.

Inoltre, l'informazione genetica non appartiene solo a una persona specifica, ma è condivisa tra persone dello stesso gruppo genetico.

Pertanto, potrebbero aversi dei benefici nella possibilità di reidentificare

⁽²⁷⁾ M. MACIOTTI, U. IZZO, G. PASCUZZI, M. BARBARESCHI, *La disciplina giuridica delle biobanche (The Legal Aspect of Biobanks)*, in *Pathologica*, 2008, v. 100, pp. 86-108, spec. p. 87.

⁽²⁸⁾ Art. 29, Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 on the concept of personal data, 20 giugno 2007, p. 18, in cui si afferma che «*Retraceably pseudonymised data may be considered as information on individuals which are indirectly identifiable. Indeed, using a pseudonym means that it is possible to backtrack to the individual, so that the individual's identity can be discovered, but then only under predefined circumstances.*».

⁽²⁹⁾ Art. 29, Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 on the concept of personal data, ref.

⁽³⁰⁾ V. M. GYMREK et al., *Identifying Personal Genomes by Surname Inference*, in *Science*, cit.

⁽³¹⁾ Ciò è avvenuto attraverso il sequenziamento di dati genetici senza identificatori, recuperando i cognomi degli interessati attraverso il profiling di brevi ripetizioni tandem sul cromosoma Y e interrogando le banche dati genealogiche genetiche (come ad esempio www.ysearch.org e www.smgf.org). La persona specifica può essere individuata combinando il cognome con altri tipi di metadati, come l'età, facilmente e liberamente disponibili nelle risorse Internet.

il campione biologico anche da parte dal gruppo familiare del donatore.

Per tali ragioni, volte a contemperare la necessità di rintracciabilità del percorso del campione con il diritto alla riservatezza dei soggetti interessati, con particolare riferimento a dati sensibili come quelli genetici e medici in generale, si ritiene opportuno che le biobanche non procedano ad una completa anonimizzazione bensì ad una pseudo-anonimizzazione.

I campioni saranno identificabili e, quindi, rintracciabili solo tramite un codice, a seguito di un apposito procedimento di cifratura che renda i dati temporaneamente inintelligibili anche a chi sia autorizzato ad accedervi. Tale codice sarà noto solo al responsabile della biobanca ed ai suoi diretti collaboratori. Dovranno comunque essere adottate specifiche misure per mantenere separati i dati identificativi.

Il medesimo ragionamento vale anche per il materiale biologico d'archivio dal momento che studi recenti⁽³²⁾ hanno, difatti, dimostrato che anche dai campioni di materiale biologico incluso in formalina è possibile, con le moderne tecniche, estrarre gli acidi nucleici (DNA e RNA) e, quindi, i relativi dati genetici⁽³³⁾, seppur in misura ridotta rispetto al materiale biologico conservato a basse temperature.

9. — *I diritti dei soggetti interessati.*

In base alle considerazioni di cui al precedente paragrafo e considerando che il materiale biologico è sempre portatore di dati – in particolare di dati genetici, si deve, in primo luogo, individuare chi siano i soggetti che possono

⁽³²⁾ Proprio in relazione ai campioni dell'archivio storico perugino M. MANDARANO, C. PELLICIA, G. BARTOLI, P. GIOVENALI, A. SIDONI, *Looking for biomarkers in a historical collection of paraffin-embedded breast carcinomas: surprises and disappointments*, intervento tenuto al “Sixth International Meeting on the History of Medicine & Pathology”, Vienna, Austria 30th May-1st June, 2019.

⁽³³⁾ In letteratura per quanto concerne i profili giuridici delle informazioni genetiche si vedano, R. ARNOLD, R. CIPPITANI, V. COLCELLI (ed.), *Genetic Information and Individual Rights*, cit.; R. CIPPITANI, *Il trattamento dei dati genetici a fini di ricerca*, cit.

vantare i diritti riconosciuti dalle disposizioni relative ai materiali biologici e dalla normativa in materia di trattamento di dati personali.

Per quanto riguarda il materiale biologico in senso stretto l'art. 13 della Raccomandazione 6/2016⁽³⁴⁾, già ampiamente citata, conferisce il diritto di ritirare o modificare il consenso o l'autorizzazione alla conservazione del materiale biologico per ricerche future in capo alla persona che ha inizialmente fornito tale consenso, vale a dire la persona alla quale è stato a suo tempo rimosso il materiale biologico in questione.

Nel caso in cui venga ritirato il consenso alla conservazione del materiale biologico, tale materiale dovrà essere distrutto ovvero reso non più identificabile.

Dal punto di vista, invece, della tutela dei dati personali, si deve considerare che il campione biologico di una persona fisica contiene, per sua natura, dati genetici. Tale categoria di dati non appartiene solo alla persona fisica da cui è stato prelevato il campione, bensì è patrimonio di un gruppo di individui affini, poiché idoneo ad identificare «le caratteristiche genotipiche di un individuo trasmissibili nell'ambito di un gruppo di persone legate da vincoli di parentela»⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ L'art. 13, rubricato "Right to withdraw consent or authorization", dispone: «1. When a person has provided consent to storage of identifiable biological materials for future research, the person should, without being subject to any form of discrimination, in particular regarding the right to medical care, retain the right to withdraw consent at any time, and, where possible, should also be able to alter the scope of that consent. When identifiable biological materials are stored for research purposes only, the person who has withdrawn consent should have the right to have, in the manner foreseen by law, the materials and associated data either destroyed or rendered non-identifiable. The person who is considering withdrawing consent should be made aware of any limitations on withdrawal of his or her biological materials./ 2. The representative, authority, person or body provided for by law having given authorisation for storage for future research of identifiable biological materials removed from a person who, according to law, is not able to consent, should have the rights referred to in paragraph 1 without any form of discrimination for the person from whom the material has been removed, in particular regarding the right to medical care. Where the person from whom biological materials have been removed attains or regains the capacity to give consent, that person should have the rights referred to in paragraph 1».

⁽³⁵⁾ La definizione di "dato genetico" nell'ambito della versione precedente dell'Autorizzazione Generale n. 8/2016 difatti descrive, all'art. 1, lett. a), tale tipologia di dati come «il risultato di test genetici o ogni altra informazione che, indipendentemente dalla tipologia, identifica le caratteristiche genotipiche di un individuo trasmissibili nell'ambito di un gruppo di persone legate da vincoli di parentela».

Pertanto, in ragione dell'appartenenza non solo all'individuo, bensì all'intero gruppo familiare che condivide il medesimo patrimonio genetico con la persona fisica da cui è stato prelevato il campione biologico, si deve ritenere che anche tali soggetti siano titolari dei diritti di cui si dirà di seguito con riferimento al trattamento dei dati collegati al campione.

Si dovranno, quindi, considerare quali soggetti interessati, titolari dei diritti di cui si dirà di seguito: *a)* la persona fisica dalla quale è stato prelevato il materiale biologico a cui sono riferibili i relativi dati personali, sanitari e genetici (diretto interessato); *b)* chi, per tutelare un proprio interesse, appartenga al gruppo familiare genetico del diretto interessato.

I soggetti interessati, di cui sopra, sono titolari di tutti i diritti riservati e previsti dal Capo III del GDPR, compreso il diritto di accesso, di rettifica o integrazione dei dati incompleti; di cancellazione dei dati; di limitazione del trattamento nelle ipotesi di cui all'art.18 del GDPR e di opposizione.

L'esercizio di tali diritti potrà essere, tuttavia, limitato al fine di salvaguardare le attività di ricerca scientifica già realizzate prima dell'esercizio di tali diritti.

Qualora il soggetto interessato decidesse di revocare il suo consenso, potrà esercitare tale diritto in qualsiasi momento, come riconosciuto dall'art. 7 GDPR.

In caso di revoca al trattamento dei dati, così come per la revoca del consenso alla conservazione dei campioni biologici, tali campioni potranno essere distrutti ovvero resi non più identificabili.

L'esercizio del diritto di revoca non potrà pregiudicare, tuttavia, la liceità del trattamento compiuto prima della stessa, così come previsto dall'art. 7, § 3, GDPR. Difatti, qualora la revoca riguardi dati coinvolti in ricerche ancora in corso, il ritiro del consenso non può pregiudicare l'interesse delle indagini scientifiche già avviate⁽³⁶⁾. In questi casi, è lecita l'ulteriore conservazione e

⁽³⁶⁾ Sul punto si veda in particolare Organisation of European Cancer Institutes (OECI), *«Dalla biobanca alla bioteca di ricerca: raccomandazioni etico-giuridiche»*, Piacenza, Settembre 2010, link: www.oeci.eu/Documents/OECI_Biobank.pdf, secondo le quali «La revoca del consenso al trattamento dei dati non può comportare l'obbligo di distruzione del campione nella sua consistenza materiale, ma solo l'obbligo di renderlo non più identificabile».

l'uso dei dati personali fino alla conclusione delle suddette ricerche e limitatamente ad esse (Considerando 65 GDPR), anche per attività connesse alla ricerca già avviata, come, a titolo meramente esemplificativo, l'utilizzo in pubblicazioni o diffusioni dei risultati della ricerca in altra forma.

I soggetti interessati potranno, inoltre, in qualsiasi momento mediante apposita dichiarazione rilasciata per iscritto, limitare l'utilizzo dei propri dati ad alcune tipologie di ricerca.

10. — *L'obbligo di conservazione della documentazione diagnostica e il possibile esaurimento dei campioni.*

Il conferimento in una biobanca di ricerca del materiale biologico ottenuto nell'ambito di interventi diagnostici o terapeutici incontra una ulteriore possibile limitazione nell'obbligo di conservazione della documentazione diagnostica da parte delle strutture sanitarie.

Tali materiali biologici, difatti, sono oggetto di un obbligo di conservazione di 20 anni, analogamente a quanto previsto per la documentazione diagnostica, secondo il parere espresso dalla terza sezione del Consiglio Superiore di Sanità, con il parere del 14 ottobre 1987.

Tale parere mirava a dirimere il contrasto tra l'art. 9 del d.P.C.M. del 10 febbraio 1984, nel quale era previsto quale periodo minimo di conservazione dei vetrini citologici ed istologici e delle inclusioni in paraffina il termine di cinque anni, e la successiva circolare del 19 dicembre 1986 n. 61, relativa al periodo di conservazione della documentazione sanitaria presso le istituzioni pubbliche e private di ricovero e cura, la quale stabiliva un periodo minimo di 20 anni per la restante documentazione diagnostica in analogia a quanto stabilito per le radiografie.

Nel parere del 1987 il Consiglio Superiore di Sanità osserva che: «soltanto il materiale diagnostico istologico (costituito dal preparato e dalla relativa inclusione), indipendentemente dalla positività o negatività del referto, venga considerato parte integrante della restante documentazione diagnostica di cui alla circolare del 19 dicembre 1986, n. 61, relativa al periodo di conserva-

zione della documentazione sanitaria presso le istituzioni pubbliche e private di ricovero e cura e quindi conservate per venti anni; ritiene che le direttive espresse nella circolare n. 61 siano estese alle disposizioni contenute nel d.P.C.M. del 10 febbraio 1984 soltanto per i preparati istologici e le relative inclusioni fermo restando in ogni caso che i preparati citologici vadano conservati per un periodo di cinque anni».

Pertanto, alla luce del richiamato parere del 1987 i materiali biologici inclusi in paraffina e i preparati istologici, considerati parte della cartella clinica del paziente, dovevano e devono essere conservati per venti anni.

Le più recenti indicazioni fornite dal Consiglio Superiore di Sanità nelle “Linee Guida sulla Tracciabilità, Raccolta, Trasporto, Conservazione e Archiviazione di cellule e tessuti per indagini diagnostiche di Anatomia Patologica” del maggio 2015, ad oggi ancora non recepite dal Ministero della Salute, forniscono nuovi termini per la conservazione di detti materiali.

Tali linee guida, difatti, evidenziano che non è possibile assimilare il materiale d’archivio considerato, alla “restante documentazione diagnostica” come invece descritto nella circolare n. 61 del 19 dicembre 1986 tenendo conto, da un lato, delle differenze ontologiche tra materiale di archivio e il concetto di “documentazione” e considerando, dall’altro lato, le differenti disposizioni e pareri riguardanti tali materiali.

A proposito del materiale campionato (blocchetti di paraffina e vetrini) le linee guida del 2015 hanno preso in esame la possibilità di rivedere il termine minimo di conservazione in base a molteplici fattori, tra l’altro sottolineando che la definizione di tale termine minimo non comporta di certo allo scadere dello stesso l’obbligo di distruzione o smaltimento del materiale, bensì la mera estinzione dell’obbligo di conservazione. Tali materiali, pertanto, potranno essere conservati idealmente, senza alcuna violazione legale, anche per un tempo indefinito⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ Sul punto si veda in particolare la sentenza Cass., 5 maggio 2020, n. 8459 la quale ha delineato il principio secondo il quale deve esserci una ragione per la conservazione dei dati. La Cassazione nella richiamata sentenza ha, difatti, tratto la conclusione che la “conservazione” del dato personale (tale dovendo configurarsi anche il vetrino contenente il campione biologico in quanto risulti corredato da indicazioni atte alla identificazione del

Queste recenti indicazioni, dunque, si discostano dall'idea di assimilare totalmente il materiale biologico campionato alla documentazione clinica. Quest'ultima rappresenta, infatti, un atto pubblico proveniente da una struttura sanitaria, espressione di potere certificativo e lo stesso non può essere detto di tali materiali. Inoltre, secondo le Linee Guida, va considerato il fatto che la conservazione di materiale si rende sempre più difficoltosa e costosa nel corso del tempo, a causa delle modalità di conservazione e archiviazione e dell'aumento del numero di campioni da conservare che, peraltro, ne aumenta progressivamente il rischio di smarrimento.

Alla luce di tali fattori, le Linee Guida hanno ritenuto congruo individuare un termine minimo di conservazione di dieci anni, il cui *dies a quo* viene fissato con decorrenza dalla data di validazione del referto. Tale termine viene valutato idoneo a tutelare sufficientemente sia il paziente, per quanto riguarda le esigenze diagnostiche, sia la struttura sanitaria e il medico, per quanto concerne la difesa nel corso di eventuali giudizi civili o penali, ferma restando la discrezionalità della struttura di decidere di conservare il materiale oltre tale termine, qualora ritenuto opportuno.

Per i materiali ed i relativi dati conservati da più di 20 anni si può ritenere che sia venuta meno la funzione per la quale erano stati originariamente raccolti (diagnostica) e che sia venuto meno anche l'obbligo di conservazione.

Per tale ragione, ai fini dell'inclusione di tali materiali nella Biobanca dell'Umbria, si è scelto di considerare, in un'ottica quanto più cautelativa possibile degli interessi del paziente e della struttura sanitaria, quale termine del periodo di conservazione obbligatorio, il termine più lungo di 20 anni, sulla base dell'assunto che trascorso tale periodo di tempo, solo in via del tutto eccezionale, potrebbero aversi casi di utilità a fini diagnostici o legali.

Proprio a proposito di utilità ai fini diagnostici occorre sottolineare che,

soggetto cui appartiene) rientra nelle operazioni di trattamento e può, quindi, trovare giustificazione rispetto alle finalità istituzionali dell'ente pubblico, laddove queste prevedano, appunto, forme obbligatorie *ex lege* di archiviazione dei dati in funzione del perseguimento di interessi pubblici prevalenti, quali – ad esempio – l'impiego giudiziario del campione biologico, ovvero qualora la conservazione venga effettuata per fini scientifici o statistici.

nel rispetto della Convenzione di Oviedo⁽³⁸⁾, sarebbe opportuno che le biobanche si impegnassero, in generale, a considerare prevalente l'interesse e il benessere della persona rispetto al solo interesse della società o della scienza.

Questo principio dovrebbe essere applicato, in particolare, con riferimento all'utilizzo dell'ultima parte utile del campione biologico conservato dalla biobanca.

Si deve difatti considerare che nella normale pratica biobancaria, data la quantità limitata dei materiali biologici disponibili in una biobanca e l'irripetibilità del prelievo degli stessi, si potrebbe verificare in qualsiasi momento la distruzione e/o l'esaurimento del campione stesso.

Pur dovendo le biobanche a tal proposito adottare tutte le più idonee misure volte ad un utilizzo parsimonioso dei campioni e volte ad evitare il rischio accidentale di distruzione degli stessi, proprio in ragione della possibilità di esaurimento del campione e nel rispetto del sopracitato principio, dovrebbe essere previsto che l'ultima aliquota di un campione biologico debba essere conservata, anche a scapito di eventuali attività di ricerca.

L'utilizzo e, conseguentemente, la distruzione e/o l'esaurimento del campione potrebbe e dovrebbe essere consentito solo qualora ciò fosse richiesto dal diretto interessato o da appartenenti al medesimo gruppo familiare per ragioni inerenti la propria condizione di salute sia a fini diagnostici sia per essere inclusi in eventuali progetti di ricerca.

Una deroga a tale regola generale dovrebbe essere consentita proprio in relazione ai materiali c.d. d'archivio.

Per tali materiali, difatti, è già venuto meno, come meglio evidenziato sopra, l'obbligo di conservazione previsto dall'ordinamento per finalità diagnostiche o legali.

In tali casi, dovrebbe essere possibile trasferire per finalità di ricerca anche l'ultima parte utile del campione e, conseguentemente, determinarne l'esaurimento.

Fatta salva l'ipotesi in cui il soggetto interessato abbia rilasciato, a se-

⁽³⁸⁾ Si fa in particolare riferimento all'art. 2, rubricato proprio "*Primacy of the human being*" il quale stabilisce che: «*The interests and welfare of the human being shall prevail over the sole interest of society or sciences*».

guito dell'informativa generalizzata, apposito consenso esplicito all'utilizzo del proprio materiale biologico rinnovando, in tal modo, l'interesse a veder privilegiato l'interesse proprio all'utilizzo dell'ultima aliquota utile.

11. — *Responsabilità sull'uso del materiale biologico e dei dati.*

Posto che la titolarità del materiale biologico rimane, in via di principio, in capo ai soggetti dai quali tali materiali sono stati raccolti⁽³⁹⁾ e che tali titolarità comporta la facoltà di esercitare tutti i diritti di cui ai paragrafi precedenti, la biobanca è responsabile della corretta conservazione e gestione di tali materiali e dei dati ad essi connessi nell'interesse generale della ricerca, a tutela della collettività e nell'interesse del donatore del campione.

Per tali ragioni, la Biobanca dovrà garantire, per quanto possibile, la messa a disposizione di tutte le informazioni utili per il soggetto dal quale il materiale è stato originariamente prelevato e per i familiari biologici e, compatibilmente con le finalità di ricerca, dovrà tutelare l'integrità o la non completa consumazione dei campioni stessi, stabilendo, a tal proposito, regole di dettaglio nei propri regolamenti interni.

Inoltre, nel caso in cui una biobanca dovesse essere costituita da più soggetti giuridici, come nel nostro caso di studio, allora si renderà necessario stipulare tra gli Enti fondatori un accordo di contitolarità dei dati personali ai sensi dell'art. 26 GDPR, nel quale dovranno essere determinate in modo

⁽³⁹⁾ Per una ricostruzione del regime giuridico del campione biologico si vedano a titolo esemplificativo, B. GUIDI, M. GERBI, F. IANNACCONE, M. DI PAOLO, *Dall'habeas corpus all'habeas data: regole per l'archiviazione del materiale biologico*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2019, p. 349; C. CICERO, «Anche i giuristi hanno da saper manovrare il microscopio» (*Osservazioni in tema di c.d. donazione dei campioni biologici umani*), in *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 1224; C. PARDINI, «L'uomo» come bene comune? *Ricerca e brevettabilità sui materiali biologici umani*, in U. BRECCIA (a cura di), *I beni comuni: seminario congiunto della Scuola di dottorato in scienze giuridiche: programma di diritto privato, programma di diritto pubblico e dell'economia, programma di giustizia costituzionale e diritti fondamentali: Università di Pisa, 12-13 ottobre 2012*, Pisa, 2015, pp. 465-474; R. PACIA, *Campione biologico e consenso informato nella ricerca genetica: il possibile ruolo delle biobanche*, in *www.juscivile.it*, 2014, 3, 65; A. DE ROBBIO, *Biobanche e proprietà intellettuale: commons o caveat?*, in *Bibliotime*, 2010, 3; M. MACIOTTI, U. IZZO, G. PASCUZZI, M. BARBARESCHI, *La disciplina giuridica delle biobanche*, cit.

trasparente, le rispettive responsabilità in merito all'osservanza degli obblighi derivanti dal regolamento, con particolare riguardo all'esercizio dei diritti dell'interessato, e le rispettive funzioni di comunicazione delle informazioni di cui agli artt. 13 e 14 del Regolamento citato. Tale accordo dovrà designare un punto di contatto per gli interessati.

I risultati, per tali intendendosi i dati, le informazioni, le conoscenze, i beni materiali e immateriali prodotti in conseguenza delle attività svolte dalla biobanca, a seconda del modello organizzativo prescelto, potranno essere in comproprietà tra gli Enti Fondatori, che li potranno utilizzare in modo disgiunto, a meno che essi stabiliscano diversamente e fatte salve le regole specifiche previste dalla partecipazione a programmi di finanziamento o stabilite in accordo con soggetti terzi.

Le implicazioni commerciali, associate a questi risultati e i potenziali profitti che ne possono derivare, pongono, poi, la necessità di definire in maniera chiara la posizione etico-legale della Biobanca in qualità di soggetto che gestisce i campioni.

La questione della "commercializzazione" di materiale biologico⁽⁴⁰⁾ è, di fatti, tuttora oggetto di ampi dibattiti e riflessioni ed è strettamente connessa ai concetti di "proprietà dei tessuti" "brevettabilità della materia vivente" e "libertà della ricerca scientifica".

Il punto focale riguarda la definizione dello statuto legale del corpo umano e della proprietà dei tessuti di cui è dotato.

Le disposizioni di riferimento sono rappresentate dalla Dichiarazione UNESCO (1997), la quale afferma che il genoma umano è patrimonio dell'umanità e della famiglia; dalla Convenzione di Bioetica di Oviedo (1997) la quale, tutelando la dignità umana, stabilisce che il corpo e le sue parti, in quanto tali, non devono essere fonte di profitto; ciononostante si precisa che il materiale prelevato può essere conservato o utilizzato per scopi diversi purché in presenza di consenso informato del donatore; infine, la Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla protezione legale delle invenzioni biotecnologiche (98/44/CE), attuata in Italia con il decreto-legge 10

⁽⁴⁰⁾ Si veda A. DE ROBBIO, *Biobanche e proprietà intellettuale: commons o caveat?*, cit.

gennaio 2006, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 febbraio 2006, n. 78, che precisa i limiti della brevettazione del materiale biologico.

La tendenza generale è quella di proteggere il corpo umano ed il suo genoma da ogni forma di sfruttamento economico pur riconoscendo la possibilità di profitti annessi alla proprietà intellettuale derivante dall'opera di ingegno.

In linea con tali tendenze, pertanto, il materiale conservato nella Biobanca non potrà essere sfruttato a fini di lucro diretto, ma potrà indirettamente dare origine a ricavi e finanziamenti legati, ad esempio, allo sviluppo di terapie o test diagnostici.

In questo caso, nel rispetto del principio di dignità umana, non potranno comunque derivare benefici economici personali per il soggetto dal quale è stato originariamente prelevato il campione, né per il ricercatore, ma il responsabile della biobanca dovrà tutelare l'interesse della comunità, cui il soggetto appartiene, affinché eventuali profitti economici siano investiti in future ricerche e in opere e servizi utili per la collettività, ivi compresa la stessa sostenibilità economica della Biobanca.

Nel rispetto dei principi di trasparenza e di partecipazione e fatto salvo l'obbligo di tutelare i dati personali, dovrebbe essere data ampia diffusione alle attività svolte dalla biobanca anche tramite la redazione di appositi Report a cadenza quantomeno annuale.

La Biobanca avrà, inoltre il dovere di informare dei risultati delle attività svolte, secondo i rispettivi interessi, i donatori, le famiglie, le istituzioni e i soggetti pubblici e privati, che a vario titolo collaborano con la infrastruttura.

12. — *Il trasferimento dei dati e dei materiali.*

Nella normale pratica biobancaria avviene comunemente che i campioni e i dati ad essi associati vengano inviati ad altri gruppi di ricerca o laboratori, nell'ottica di una generale collaborazione scientifica previa stipula di apposita convenzione oppure secondo le regole di accesso determinate dalla biobanca per specifici progetti di ricerca.

In considerazione del valore scientifico intrinseco e della scarsità dei campioni biologici, sarebbe opportuno che le biobanche si dotassero di un regolamento per l'accesso nel quale stabilire preventivamente le procedure di accesso e di condivisione dei campioni biologici e dei relativi dati conservati nella biobanca, in modo da poter garantire l'efficacia, l'efficienza e la trasparenza di tali procedure e al fine di contribuire ad una ricerca medico-scientifica di alto livello, nel rispetto dei principi di autodeterminazione, dignità, proporzionalità, precauzione e solidarietà, nonché delle vigenti norme etico-giuridiche e con elevati standard di qualità.

In particolare, sarebbe opportuno che venissero predeterminati i criteri generali sulla base dei quali valutare l'idoneità dei progetti di ricerca per il trasferimento dei campioni e/o dei dati.

Nel Regolamento potrà altresì essere previsto un ragionevole rimborso, secondo la normativa vigente, per coprire, tra le altre, le spese di funzionamento e di conservazione del campione, la gestione della richiesta dei campioni, la spedizione e il trattamento del campione prima della spedizione.

In ogni caso, dopo la procedura di valutazione dei progetti, il trasferimento del materiale e/o dei dati deve essere preceduto dalla stipula di appositi accordi di trasferimento (*Material /Data Transfer Agreement – MTA o DTA*) o convenzioni al fine di definire tutte le condizioni del trasferimento, incluse la garanzia sulla conservazione del campione, i possibili usi, il livello di tutela dei dati personali e gli eventuali limiti, in linea con quanto previsto dalla biobanca.

Il materiale biologico trasferito non potrà essere ulteriormente trasferito o reso in qualsiasi modo disponibile né interamente, né in parte a destinatari che non siano stati indicati nel documento di approvazione.

Infine, occorre sottolineare che i materiali e dati potrebbero essere richiesti e, quindi, eventualmente trasferiti anche al di fuori dell'Unione Europea, per cui si ritiene necessario che, qualora non vi sia una decisione di adeguatezza della Commissione, l'inserimento nei contratti di trasferimento (MTA o DTA) di apposite clausole, secondo lo schema delle clausole tipo di cui all'art. 46, § 2, lett. *c*) e lett. *d*) del GDPR ovvero di clausole contrattuali ad hoc [art. 46, § 3, lett. *a*)], le quali possono essere oggetto di preventiva

richiesta di autorizzazione al Garante della Privacy, volte a tutelare secondo gli standard europei e nazionali il trattamento dei materiali e dei relativi dati.

Si deve sottolineare, tuttavia, che tale tipologia di invio andrebbe comunque limitato ai casi ritenuti strettamente necessari a seguito delle valutazioni condotte dagli organi competenti della biobanca.

13. — *Conclusioni.*

Nelle pagine precedenti si è tracciato il percorso che si sta affrontando per la costituzione della prima Biobanca dell'Umbria, che nasce anche in ragione della conversione di un archivio storico di materiali già prelevati per ragioni diagnostiche dall'Istituto di Anatomia Patologica di Perugia in una banca di tessuti a scopo di ricerca. Del resto, le collezioni di tessuti inclusi in paraffina vengono considerate come una sorta di antecedente delle attuali biobanche.

Le questioni da affrontare per la realizzazione di una Biobanca sono molteplici e pertanto nel testo sono state discusse necessariamente in modo sintetico. Non si sarebbe potuto fare diversamente data la complessità di ogni aspetto coinvolto dalla materia.

Tuttavia, il quadro delineato e le soluzioni avanzate potrebbero essere utili proposte anche per chi si trovi a dover affrontare esperienze analoghe a quella che ha coinvolto i ricercatori di Umbria Biobank. Del resto, in assenza di una specifica regolazione del fenomeno di biobancaggio, l'esperienza di altri diventa preziosa. In questo senso, la pratica di ricerca e le proposte pragmatiche da altri già collaudate possono diventare modelli che vengono utilizzati anche da altre biobanche.

In verità, tra gli Stati membri dell'Unione Europea solo pochi ordinamenti si sono dotati di una apposita legge sulle biobanche di ricerca.

Nel nostro paese, che pure si caratterizza come un sistema ibrido⁽⁴¹⁾, a

⁽⁴¹⁾ M. MACIOTTI, S. PENASA, M. TOMASI, *Consent, privacy and property in the Italian biobanks regulation: a hybrid model within EU?*, in D. MASCALZONI (ed.), *Ethics, law and governance of biobanking*. Springer, Dordrecht, 2015, pp. 53-77.

fronte degli spazi lasciati vuoti dal legislatore, la disciplina della costituzione delle biobanche, i requisiti organizzativi dell'infrastruttura, la gestione dei campioni biologici oltre che la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti, che devono essere contemperati con le esigenze della scienza, sono spesso il frutto delle interpretazioni dei singoli e di strumenti di *soft law*, che opera per principi e che si forma sovente nella prassi di chi esercita nel settore.

In ultima istanza, tutto dipende dall'assenza di una legge volta a governare il fenomeno in modo ordinato.

In mancanza di un apposito quadro normativo di riferimento vincolante, l'approccio diventa quello di utilizzare la regolamentazione esistente propriamente relativa ad altri settori.

In particolare, ci si appella alle norme che regolano la protezione dei dati personali e le disposizioni che governano la sperimentazione clinica, facendo inoltre sempre ricorso all'uso delle categorie classiche del Codice Civile⁽⁴²⁾.

Tuttavia, questi schemi, pur avendo permesso agli operatori di tracciare un orizzonte di giuridicità entro il quale muoversi, non forniscono sempre un regime adeguato. Ciascun modello preso in prestito, seppure per ragioni diverse, risulta carente ed improprio.

Difatti, evocare paradigmi tipici del diritto privato ha comportato una sovrapposizione del concetto di campione biologico con quello giuridico di bene. Ciò determina che si venga direttamente attratti nell'idea di sfruttamento economico della cosa con l'effetto di allontanarsi da quella che dovrebbe essere la logica delle biobanche di ricerca, vale a dire quella di creare un'infrastruttura nella quale le risorse sono utilizzate per una condivisione dei benefici a vantaggio di tutta la comunità. E dal ricorso agli strumenti negoziali di circolazione previsti dal sistema civilistico segue la difficoltà di conciliare il significato del concetto privatistico di cessione con il fatto che il donatore manterrebbe comunque sui campioni le prerogative e i poteri tipici del titolare del diritto di proprietà anche dopo la loro asportazione dal suo

⁽⁴²⁾ V. sul punto R. CIPPITANI, *Codici civili e protezione degli interessi fondamentali nella tecnologia*, in *Nuovo dir. civ.*, 2018, pp. 225-274.

corpo, tanto che la biobanca non può disporne liberamente essendo condizionata solo a quanto con il consenso è stato ammesso rispetto all'utilizzo del tessuto per specifici settori di ricerca futura.

Anche il Regolamento sulla sperimentazione clinica non è un modello aderente alle specificità delle sfide e delle esigenze delle biobanche di ricerca, *in primis* perché l'istituzione delle biobanche non implica alcuna sperimentazione clinica; inoltre, le disposizioni in materia di sperimentazione non contemplano l'ipotesi di una "condivisione del materiale" differentemente da quanto avviene nella ricerca sui tessuti⁽⁴³⁾. Difatti, il campione biologico custodito in una biobanca può essere messo a disposizione di altri ricercatori, che in numerosi casi operano in paesi diversi e con i quali si può condividere il materiale attraverso gli accordi ai quali abbiamo fatto sopra riferimento. Del resto, è dal tasso di utilizzo e condivisione con altri centri di studio dei tessuti che si potrebbe misurare l'utilità della struttura di ricerca. Come detto, una biobanca inserita in una fitta rete di collaborazioni innesca un circolo virtuoso in termini di attività scientifica e di servizi erogati a partner pubblici e privati, onorando la fiducia dei pazienti che hanno donato i biospecimen⁽⁴⁴⁾.

Non basta, d'altro canto, neppure la disciplina in materia di protezione dei dati personali per regolamentare la ricerca scientifica con uso dei campioni umani. Invero, una biobanca è un generatore di dati straordinario, ma la natura materiale del tessuto comporterebbe l'inadeguatezza delle disposizioni del GDPR a regolare alcuni aspetti chiamati in causa quando si esercita l'attività di indagine scientifica sui tessuti. Dal momento che i campioni biologici hanno anche una dimensione fisica oltre la capacità di apportare un'informazione sulla persona, aspetto che giustificherebbe l'equazione tessuto uguale dato personale, deriva che alcuni argomenti, come quelli relativi alla titolarità del materiale a fronte della partecipazione del

⁽⁴³⁾ Cfr. J. WRIGHT, C. PLOEM, M. ŚLIWKAC, S. GEVERSB, *Regulating Tissue Research: Do We Need Additional Rules to Protect Research Participants?*, in *European Journal of Health Law*, 17, 2010, pp. 455-469.

⁽⁴⁴⁾ V. le conclusioni di A. SIDONI nel volume *GDPR Requirements for Biobanking Activities Across the Europe*, in corso di pubblicazione.

paziente alla Biobanca e alle attività che da essa discendono nel campo della ricerca, l'aspetto dei diritti del paziente e dei famigliari, la scarsità e la qualità dei campioni, tutti aspetti i quali non possono non essere considerati se si parla di ricerca su materiale biologico, non riescono a trovare risposta nelle disposizioni del Regolamento sulla privacy. Ciononostante il GDPR ha comunque apportato un grosso vantaggio dal momento che ha offerto al legislatore italiano la possibilità di riconsiderare l'intero sistema e progettare un quadro di protezione più completo per la ricerca scientifica applicabile anche al biobancaggio⁽⁴⁵⁾.

Il legislatore ben presto non potrà più esimersi dall'occuparsi delle biobanche di ricerca quale modello di ricerca nel quale diverse competenze, - l'etica, l'informatica, la medicina e il diritto, e in questo settore aspetti dell'amministrativo, del diritto privato e dei diritti fondamentali -, sono chiamate in causa. Essendo coinvolti numerosi domini di conoscenza e diversi operatori, e svolgendosi spesso l'indagine scientifica tra diversi centri, sarebbe fondamentale garantire un quadro giuridico vincolante di riferimento, anche per creare un'armonia che oggi mancherebbe già in termini.

Invero, la proliferazione nazionale e internazionale delle biobanche impone un linguaggio comune⁽⁴⁶⁾, considerando che già solo le parole scelte per descrivere le strutture possono influenzare le decisioni sulla partecipazione da parte dei pazienti⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ S. SLOKENBERGA, O. TZORTZATOU, J. REICHEL, *GDPR and Biobanking. Individual Rights, Public Interest and Research Regulation across Europe*, 2021, p. 1.

⁽⁴⁶⁾ M.N. FRANSSON, E.R. SEBBAG, M. BROCHHAUSEN, J.E. LITTON, *Toward a common language for biobanking*, in *European Journal of Human Genetics*, 2015, 23, 22-28.

⁽⁴⁷⁾ S.A. PAGE, B.A. COLLISSON, J.GODLEY, D.NGUYEN, L.METZ, D. MURUVE, *How Semantics Connotations May Influence Concerns About Donation of Biospecimens, Biopreservation And Biobanking*, 2020.

DANIELE CHIAPPINI^(*)

LEGAL AND ETHICS STATE-OF-THE-ART OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN MEDICINE

Abstract: This essay will give an overview of the state of the art on what Artificial Intelligence (AI) is, how it is already applied in the healthcare sector and the ethical and legal issues related to AI in the above-mentioned sector. Starting from the explanation of what AI is and the machine learning use in medicine, we give an overview of the AI application in medicine with a specific focus on the use of Artificial Intelligence in the COVID-19 fight. The second part of the paper examines some of the primary ethical challenges, such as human rights and access to AI, confidentiality, informed consent, safety, transparency, unfairness, biases, privacy, and data governance. Lastly, we pose an analysis of the main legal challenges and in particular civil liability, implementation, privacy, and data protection.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Machine learning in medicine. – 3. AI applications in healthcare. – 3.1. Disease Diagnosis. – 3.2. Drugs creation and interaction. – 3.3. Medical Imaging. – 3.5. Industries and AI in healthcare. – 4. AI and COVID-19. – 4.1. Identification, prediction and tracking outbreaks. – 4.2. Diagnosis, precaution and protection. – 4.3. Cure and drugs development. – 4.4. Identification and risk predictions of the infected. – 4.5. AI and population control. – 4.6. Fake news spread. – 5. Ethical implications. – 5.1. Human rights and access. – 5.2. Confidentiality and informed consent. – 5.3. Safety and transparency. – 5.4. Unfairness and bias. – 5.5. Privacy and data governance. – 6. Juridical issues. – 6.1. Civil liability. – 6.2. AI Implementation in Medical Devices. – 6.3. Privacy and data protection. – 7. Conclusions.

1. — *Introduzione.*

During the last years, Artificial Intelligence applications have been used across many sectors, and the healthcare industry is one of these. The capability of Artificial Intelligence (AI) to improve outcomes in such an important subject is very intriguing and this technology has the potential to transform not only several aspects of patient care, but also the role of the

^(*) Università degli Studi di Perugia.

physicians themselves, and can revolutionize the practice of medicine⁽¹⁾.

Artificial Intelligence in healthcare uses algorithms, software and neural networks to analyse data and facilitate clinical decisions.

From a historical point of view, Mycin⁽²⁾, developed in the early 1970s, is one of the first examples of artificial intelligence applied in medicine with the aim to identify bacteria causing severe infections and recommend the related antibiotic therapy.

In the 1980s and 1990s, thanks to the intensified use of computers, there was an increasing development of AI systems in healthcare involving fuzzy set theory⁽³⁾, Bayesian networks⁽⁴⁾⁻⁽⁵⁾, and artificial neural networks⁽⁶⁾.

The use of AI applications furtherly increased during the last years and today, with an estimated value of about 150 billion dollars⁽⁷⁾, AI can be applied to robot-assisted surgery, to virtual nursing assistants, administrative workflow, fraud detection and to reduce drugs dosage errors, helping, moreover, in both preliminary diagnoses and image diagnoses.

Such versatility is linked to a full spectrum of legal issues, from philosophy of law to human rights, privacy, contract law, labour law etc⁽⁸⁾. In this

⁽¹⁾ E. LOH, *Medicine and the rise of the robots a qualitative review of recent advances of artificial intelligence*, Health BMJ Leader, 2018, vol. 2, pp. 59-63.

⁽²⁾ W.J. CLANCEY, E.H. SHORTLIFFE, *Readings in medical artificial intelligence: the first decade*, Addison-Wesley Longman Publishing Co., Inc, 1984.

⁽³⁾ K.P. ADLASSNIG, *A fuzzy logical model of computer-assisted medical diagnosis* in *Methods of Information in Medicine*, 1980, vol. 19, n. 3, p. 141.

⁽⁴⁾ A Bayesian network is a graphical model of variables and their dependencies on one another. This is used in programs designed to compute the probability of given diseases. Symptoms can be taken as input and the probability of diseases output.

⁽⁵⁾ J.A. REGGIA, Y. PENG, *Modeling diagnostic reasoning: a summary of parsimonious covering theory*, Computer Methods and Programs in Biomedicine, 25 (2), 1987, pp. 125-134.

⁽⁶⁾ W.G. BAXT, *Use of an artificial neural network for the diagnosis of myocardial infarction*, Annals of Internal Medicine. 1991, 115 (11), pp. 843-848.

⁽⁷⁾ S. CHISHTI, I. BARTOLETTI, A. LESLIE, S.M. MILLIE, *The AI Book: The artificial intelligence handbook for investors, entrepreneurs and FinTech visionaries*, Wiley & sons inc., 2020, p. 79.

⁽⁸⁾ M. PARC, M. OZER, J. HOJNIK, *Social and juristic challenges of artificial intelligence*, Palgrave communications, 5, 2019.

paper, we will give an overview of AI use in medicine and some of the related legal and ethical problems connected to AI use in healthcare.

2. — *Machine learning in medicine.*

The advantages of AI in healthcare have been extensively discussed in literature⁽⁹⁾ and today copious AI-based technologies are implemented into clinical practice.

Machine learning provides systems with the ability to automatically learn and improve from experience without being explicitly programmed⁽¹⁰⁾. The process of learning begins with observations of data, direct experience, or instructions.

A machine learning-based AI uses algorithms to extract features from data, such as data derived from diagnostic imaging, genetic data and similar ones. The inputs can include patients' data (including personal data⁽¹¹⁾ and disease-specific data) and/or patient's medical outcomes, but also experiences or observations made directly by the algorithms.

Basing on the method used to process data, machine learning algorithms can be divided into different categories. The three most used are supervised learning, unsupervised learning and reinforced learning.

Supervised learning allows creating a mapping between a set of input variables and an output variable and applying this mapping to predict the

⁽⁹⁾ V. PATEL, E. SHORTLIFFE, M. STEFANELLI et al., *The coming of age of artificial intelligence in medicine* in *Artificial Intelligence in Medicine*, 2009, vol. 46, pp. 5-17.

E. SANTORO, *L'intelligenza artificiale in medicina: quali limiti, quali ostacoli, quali domande*, Il pensiero scientifico editore, 2017.

⁽¹⁰⁾ <https://deeptai.org/machine-learning-glossary-and-terms/machine-learning>.

⁽¹¹⁾ In the General Data Protection Regulation (REGULATION EU 679/2016 – GDPR) personal data means any information relating to an identified or identifiable natural person. An identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person.

outputs for unseen data⁽¹²⁾. Thanks to this, the algorithm is able to apply what previously learned to new data using labelled examples. Starting from the analysis of a training dataset, such as a medical data bank, the algorithm produces an inferred function to make predictions about the output. The system is able to provide output for any new input after sufficient training. The learning algorithm can also compare its output with the correct, intended output and find errors in order to modify the model accordingly⁽¹³⁾.

On the contrary, unsupervised learning is a machine learning technique in which the machine receives inputs but obtain neither supervised target outputs nor rewards from its environment⁽¹⁴⁾, using information that is not classified or labelled. These algorithms study how systems can infer a function to describe a hidden structure from unlabelled data⁽¹⁵⁾.

Recently has been introduced semisupervised learning as a hybrid between the two above mentioned processes.

Reinforced learning is instead a method in which the machine interacts with its environment by producing actions that affect the state of the environment which, in turn, result in the machine receiving scalar rewards or punishments⁽¹⁶⁾. This method allows machines and software agents to automatically establish the correct behaviour within a specific context in order to maximize performance⁽¹⁷⁾.

⁽¹²⁾ P. CUNNINGHAM, M. CORD, S.J. DELANY, *Supervised Learning, Machine Learning Techniques for Multimedia, Cognitive Technologies*, Springer, 2008, p. 21.

⁽¹³⁾ P. GANAPATHI, D. SHANMUGAPRIYA, *Handbook of Research on Machine and Deep Learning Applications for Cyber Security, Advances in Information Security, Privacy, and Ethics*, IGI Global, 2019, p. 383.

⁽¹⁴⁾ Z. GHAHRAMANI, *Unsupervised Learning*, in: O. BOUSQUET, U. VON LUXBURG, G. RÄTSCH (eds), *Advanced Lectures on Machine Learning, Lecture Notes in Computer Science*, vol. 3176. Springer, 2004, p. 73.

⁽¹⁵⁾ P. GANAPATHI, D. SHANMUGAPRIYA, *Handbook of Research on Machine and Deep Learning Applications for Cyber Security, Advances in Information Security, Privacy, and Ethics*, IGI Global, 2019, p. 383.

⁽¹⁶⁾ Z. GHAHRAMANI, *Unsupervised Learning*, in: O. BOUSQUET, U. VON LUXBURG, G. RÄTSCH (eds), *Advanced Lectures on Machine Learning, Lecture Notes in Computer Science*, vol. 3176. Springer, 2004, p. 73.

⁽¹⁷⁾ J. LENTIN, *ROS robotic project*, Packt publishing, 2017, p. 203.

Among the presented processes, supervised learning provides more clinically relevant results⁽¹⁸⁾; hence AI applications in healthcare most often use supervised learning. Relevant techniques include linear regression, logistic regression, naïve Bayes, decision tree, nearest neighbour, random forest, discriminant analysis, support vector machine (SVM) and neural network. In particular, it has been investigated that about one-third of the machine learning algorithms used in the medical literature belongs to the Support Vector Machine technique and another third belongs to Neural Network⁽¹⁹⁾ technique.

Support Vector Machine are particular linear classifiers used for classifying the subjects into different groups. The SVM accomplishes the classification task by constructing, in a higher-dimensional space, the hyperplane that optimally separates the data into N (often two) categories⁽²⁰⁾. The outcome represents whether the patient belongs to group 1 or to the group N according to a decision based on a specific trait. SVM has been extensively used in medical research⁽²¹⁾.

Neural network is a computational model, available since the 1960s, inspired by biological neural networks, like the ones in the human brain. Thanks to a series of functions, it processes an input signal and translates it over several stages into the output. This technology is well established in healthcare research for several decades⁽²²⁾.

⁽¹⁸⁾ F. JIANG, Y. JIANG, H. ZHI et al., *Artificial intelligence in healthcare: past, present and future*, Stroke and Vascular Neurology, 2017, vol. 2, p. 234.

⁽¹⁹⁾ F. JIANG, Y. JIANG, H. ZHI et al., *Artificial intelligence in healthcare: past, present and future*, Stroke and Vascular Neurology, 2017, vol. 2, figure 5, p. 234. The data used in the article have been generated through searching the machine learning algorithms within healthcare on PubMed.

⁽²⁰⁾ M. ADANKON, M. CHERIET, *Support Vector Machine*, in: S.Z LI, A. JAIN (eds), *Encyclopedia of Biometrics*, Springer, 2009.

⁽²¹⁾ G. ORRÛ, W. PETTERSSON-YEO, A.F. MARQUAND et al., *Using support Vector Machine to identify imaging biomarkers of neurological and psychiatric disease: a critical review*, Neurosci Biobehav Rev 2012, 36, pp. 1140-1152.

N.H. SWEILAM, A.A. THARWAT, N.K.A. MONIEM, *Support vector machine for diagnosis Cancer disease: a comparative study*, Egyptian Informatics Journal 2010, 11, pp. 81-92.

⁽²²⁾ T. DAVENPORT, R. KALAKOTA, *The potential for artificial intelligence in healthcare*, Future Healthcare Journal, 6(2), 2019, p. 94.

Connected to neural network is the concept of deep learning. In a 2016 Google Tech Talk, Jeff Dean describes deep learning algorithms as using very deep neural networks, where “deep” refers to the number of layers or iterations between input and output⁽²³⁾. The structure of neural networks, organized in multiple layers, allows them to address more complex tasks. This, in several clinical cases, demonstrated superior performance as compared with classical machine learning algorithms and, in some cases, achieved comparable or better performance than clinical experts⁽²⁴⁾. The current trend for deep learning in medicine described by a recent article⁽²⁵⁾ shows that from 2013 to 2016 its application in the medical research field increased ten times.

3. — *AI application in healthcare.*

The first applications of AI in medicine have been developed in the 1960s and 1970s. The first problem-solving program, or expert system, known as Dendral⁽²⁶⁾, actually designed for applications in organic chemistry, provided the basis for the Mycin system, considered one of the most significant early uses of artificial intelligence in medicine. Since that moment, the use of Artificial Intelligence in healthcare has grown exponentially.

Mapping exhaustively the current Artificial Intelligence applications in healthcare is quite difficult, but a quick overview of its main uses and developments will help to give an idea about how AI is currently utilized in the different medical fields.

⁽²³⁾ <https://deeptai.org/machine-learning-glossary-and-terms/machine-learning>.

⁽²⁴⁾ G. CHASSAGNON, M. VAKALOLOPOU, N. PARAGIOS et al., *Deep learning: definition and perspectives for thoracic imaging*, *European Radiology* 30, 2020, pp. 2021-2030.

⁽²⁵⁾ F. JIANG, Y. JIANG, H. ZHI et al., *Artificial intelligence in healthcare: past, present and future*, *Stroke and Vascular Neurology*, 2017, vol. 2, figure 10, p. 238. The data used in the article have been generated through searching the deep learning in healthcare and disease category on PubMed.

⁽²⁶⁾ R.K. LINDSAY, B.G. BUCHANAN, E.A. FEIGENBAUM, J. LEDERBERG, *Dendral: a case study of the first expert system for scientific hypothesis formation*, *Artificial Intelligence*, 61 (2), 1993, p. 209.

3.1. – *Disease Diagnosis.*

Many Artificial Intelligence algorithms have been used to efficiently and accurately diagnose diseases, even if the research mainly concentrates only on few disease types: cancer, nervous system disease and cardiovascular disease⁽²⁷⁾. According to a recent study⁽²⁸⁾, Artificial Intelligence may be able to diagnose diseases as successfully as human healthcare physicians. The study compared the performance of deep learning AI and healthcare professionals in detecting diseases from medical imaging, using studies carried out between 2012 and 2019. As a result, the researchers found that, in the past few years, AI has become more accurate and more viable source of diagnostic information. According to the study, the diagnostic performances were found to be equivalent, and deep learning may become even more efficient in identifying diagnosis in the next years.

Within the different types of AI, a comprehensive study⁽²⁹⁾ reviewed papers wrote within 2008-2017, concluding that the Artificial Neural Network is able to classify diabetes and cardiovascular diseases more accurately respect the Bayesian Network.

Moreover, pharmaceutical companies recently started working with tech companies to create software to help diagnose complex and rare conditions and consequently help develop new drugs to treat these illnesses⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ F. JIANG, Y. JIANG, H. ZHI et al., *Artificial intelligence in healthcare: past, present and future*, Stroke and Vascular Neurology, 2017, vol. 2, p. 231.

⁽²⁸⁾ X. LIU, L. FAES, A.U. KALE, S.K. WAGNER, D.J. FU, A. BRUYNSEELS, T. MAHENDIRAN, G. MORAES, M. SHAMDAS, C. KERN, J.R. LEDSAM, M.K. SCHMID, K. BALASKAS, E.J. TOPOL, L.M. BACHMANN, P.A. KEANE, A.K. DENNISTON, *A comparison of deep learning performance against health-care professionals in detecting diseases from medical imaging: a systematic review and meta-analysis* in *Lancet Digital Health*, 2019, 1, p. 271.

⁽²⁹⁾ B. ALIĆ, L. GURBETA, A. BADNJEVIĆ, *Machine learning techniques for classification of diabetes and cardiovascular diseases*, 6th Mediterranean Conference on Embedded Computing (MECO), 2017, pp. 1-4.

⁽³⁰⁾ Bayer and Merck have recently received FDA breakthrough designation to artificial intelligence software for CTEPH pattern recognition. This new software will be deployed through Bayer's Radimetrics platform detecting a rare but severe disease and help save and

3.2. – *Drugs creation and interaction.*

Artificial Intelligence already created a drug used to treat OCD (obsessive-compulsive disorder). The molecule DSP-1181 was invented by an artificial intelligence through joint efforts of Exscientia and Sumitomo Dainippon Pharma and it entered in Phase I clinical trial in Japan⁽³¹⁾. The drug development took a single year, while pharmaceutical companies usually spend about five years on similar projects. Moreover, the development of a new drug is a very expensive process and it seems that the use of AI could decrease the research costs.

This is the first clinical trial based on an experimental molecule created by AI, but it is only the first step, as AI is currently applied in other experimentations. Pfizer, for example, is using IBM Watson to power its search for immuno-oncology drugs. Sanofi has signed a deal to use Exscientia's artificial-intelligence to research metabolic-disease therapies, Roche subsidiary Genentech is using an Artificial Intelligence system from GNS Healthcare to help the multinational company's search for cancer treatments⁽³²⁾ and other biopharma industries have similar collaborations or internal programmes involving AI.

Artificial intelligence can also be used to predict the side effects of a drug, as shown by a Stanford University study⁽³³⁾. According to the study, the algorithm, starting from the chemical structure of the potential drug, is able to make predictions both on the possible toxicity and on the instability of the molecule, significantly speeding up the development process.

Another aspect is related to the development of algorithms to identify drug-drug interactions to discover the existence of threats for those taking multiple medications simultaneously. Machine learning algorithms using natu-

improve the lives of patients. <https://pharma.bayer.com/artificial-intelligence-when-we-suddenly-know-what-we-dont-know>, last visit July 2020.

⁽³¹⁾ T. BURKI, *A new paradigm for drug development*, Lancet Digital Health, 2020.

⁽³²⁾ <https://www.nature.com/articles/d41586-018-05267-x>.

⁽³³⁾ H. ALTAE-TRAN et al., *Low Data Drug Discovery with One-Shot Learning*, ACS Central Science, <http://pubs.acs.org/doi/abs/10.1021/acscentsci.6b00367>.

ral language processing can extract information on interacting drugs and their possible effects from medical literature as shown by the DDI corpus⁽³⁴⁾.

Other algorithms are able to identify drug-drug interactions starting from user-generated content, especially from electronic health records and/or adverse event reports⁽³⁵⁾. Other sources of information are represented by databases such as the FDA Adverse Event Reporting System (FAERS) and the World Health Organization's VigiBase that allow doctors to submit reports of possible negative reactions to medications. Starting from these data, deep learning algorithms have been trained to parse these reports and detect patterns that imply drug-drug interactions⁽³⁶⁾.

3.3. – *Medical Imaging.*

Artificial Intelligence (AI) is applied to medical imaging to help patient diagnosis. Medical imaging uses different processes and imaging methods to represent an internal image of the human body for diagnostic and treatment purposes. It includes various radiological imaging techniques such as Computed Tomography (CT), Magnetic Resonance Imaging (MRI), medical ultrasonography or ultrasound, Positron Emission Tomography (PET) and X-ray radiography.

The increasing amount of data can influence how radiologists interpret images since when too much time is taken for image analysis, the time for evaluating clinical and laboratory contexts is squeezed⁽³⁷⁾. So, AI can im-

⁽³⁴⁾ M. HERRERO-ZAZO, I. SEGURA-BEDMAR, P. MARTÍNEZ, T. DECLERCK, *The DDI corpus: An annotated corpus with pharmacological substances and drug-drug interactions*, Journal of Biomedical Informatics, vol. 46, Issue 5, 2013, pp. 914-920.

⁽³⁵⁾ F. CHRISTOPOULOU, T.T. TRAN, S.K. SAHU, M. MIWA, S. ANANIADOU, *Adverse drug events and medication relation extraction in electronic health records with ensemble deep learning methods*, Journal of the American Medical Informatics Association, 2020, 27(1), pp. 39-46.

⁽³⁶⁾ B. XU et al., *Incorporating User Generated Content for Drug Drug Interaction Extraction Based on Full Attention Mechanism*, in IEEE Transactions on NanoBioscience, 2019, vol. 18, no. 3, pp. 360-367.

⁽³⁷⁾ F. PESAPANE, M. CODARI, F. SARDANELLI, *Artificial intelligence in medical imaging: threat or opportunity? Radiologists again at the forefront of innovation in medicine*, European Radiology Experimental, 2018, 2, p. 4.

prove traditional medical imaging by offering computational capabilities that process images with greater speed and accuracy.

Current AI applications for medical imaging include the diagnose of neurological conditions like Amyotrophic Lateral Sclerosis (ALS) or to predict Alzheimer's disease onset years before it manifests⁽³⁸⁾. Some applications are able to reveal cardiovascular abnormalities and indicate the risk of correlated cardiovascular disease⁽³⁹⁾ while others can make an early cancer diagnosis using an AI based on Convolutional Neural Networks to identify various types of cancer⁽⁴⁰⁾.

About the success rate, in 2018, a paper⁽⁴¹⁾ determined that skin cancer can be detected more accurately by artificial intelligence, based on deep learning convolutional neural network, than by dermatologists, causing concern among the specialists⁽⁴²⁾.

3.4. – *Mental healthcare.*

In the mental health field, AI applications are being adopted more slowly than in other healthcare sectors⁽⁴³⁾. Despite this, it is sustained that Artificial

⁽³⁸⁾ Y. DING, H. HO SOHN, M.G. KAWCZYNSKI et al., *A Deep Learning Model to Predict a Diagnosis of Alzheimer Disease by Using 18F-FDG PET of the Brain*, *Radiology* 2019, 290:2, pp. 456-464.

⁽³⁹⁾ K.R. SIEGERSMA, T. LEINER, D.P. CHEW et al., *Artificial intelligence in cardiovascular imaging: state of the art and implications for the imaging cardiologist*, *Netherlands Heart Journal*, 2019, 27, pp. 403-413.

⁽⁴⁰⁾ S. DABEER, M.M. KHAN, S. ISLAM, *Cancer diagnosis in histopathological image: CNN based approach*, *Informatics in Medicine Unlocked*, vol. 16, 2019, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2352914819301133>.

⁽⁴¹⁾ H.A. HAENSLE, C. FINK, F. TOBERER et al., *Man against machine reloaded: performance of a market-approved convolutional neural network in classifying a broad spectrum of skin lesions in comparison with 96 dermatologists working under less artificial conditions*, *Annals of Oncology*, 2020, <https://www.annalsofoncology.org/action/showPdf?pii=S0923-7534%2819%2935468-7>.

⁽⁴²⁾ K. CHOCKLEY, E. EMANUEL, *The End of Radiology? Three Threats to the Future Practice of Radiology in Journal of the American College of Radiology*, 2016, <https://www.jacr.org/action/showPdf?pii=S1546-1440%2816%2930590-7>.

⁽⁴³⁾ S. GRAHAM, C. DEPP, E. LEE, C. NEBEKER, X. TU, H. KIM, D. JESTE, *Artificial Intelligence for Mental Health and Mental Illnesses: An Overview*. *Current Psychiatry Reports*. Springer, 2019.

Intelligence has great potential to help in the diagnosis and understanding of mental illnesses⁽⁴⁴⁾ and it is already adopted in studies for anxiety and depression⁽⁴⁵⁾ and in medical chatbots development⁽⁴⁶⁾. Accordingly, the use of “AI” and “Mental health” terms in publications increased in the last five years and its use is changing psychiatry⁽⁴⁷⁾.

According to the literature⁽⁴⁸⁾, leverage AI techniques offers the ability to develop better prediagnosis screening tools and formulate risk models to determine individual predisposition or risk of developing mental illness. The importance of these applications is also proved by the fact that also private corporations are interested in, such as the screening for suicidal ideation implemented by Facebook in 2017 demonstrate⁽⁴⁹⁾.

3.5. – *Industries and AI in healthcare.*

During the last years, a high number of ICT companies studied AI implementation in several everyday life aspects, included the healthcare sector. As the number of data increases, AI decision support systems become more efficient and, consequently, numerous companies are exploring the possibil-

⁽⁴⁴⁾ D. BZDOK, A. MEYER-LINDENBERG, *Machine Learning for Precision Psychiatry: Opportunities and Challenges*, Biological Psychiatry: Cognitive Neuroscience and Neuroimaging, vol. 3, Issue 3, 2018, pp. 223-230.

⁽⁴⁵⁾ R. FULMER, A. JOERIN, B. GENTILE, L. LAKERINK, M. RAUWS, *Using Psychological Artificial Intelligence (Tess) to Relieve Symptoms of Depression and Anxiety: Randomized Controlled Trial*, JMIR Mental Health, 2018, 5(4).

⁽⁴⁶⁾ Artificial conversational agents able to imitate human behaviour.

⁽⁴⁷⁾ M. BRUNN, A. DIEFENBACHER P. COURTET et al., *The Future is Knocking: How Artificial Intelligence Will Fundamentally Change Psychiatry*, Springer, 2020, Academic Psychiatry 44, pp. 461-466.

⁽⁴⁸⁾ S. GRAHAM, C. DEPP, E. LEE, C. NEBEKER, X. TU, H. KIM, D. JESTE, *Artificial Intelligence for Mental Health and Mental Illnesses: An Overview*. Current Psychiatry Reports. Springer, 2019.

⁽⁴⁹⁾ G. COPPERSMITH, R. LEARY, P. CRUTCHLEY, A. FINE, *Natural Language Processing of Social Media as Screening for Suicide Risk*, Biomedical Informatics Insights, 2018, <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1178222618792860#articleCitationDownloadContainer>.

ities of its incorporation in the healthcare industry⁽⁵⁰⁾. This, according to the yearly reports “Artificial Intelligence in Medicine Market – Growth, Trends, and Forecast”, will increase, only in the medical sector, the artificial intelligence market value from 2,24 billion dollars in 2018 to 23,85 billion dollars by 2025⁽⁵¹⁾. The following examples are related to the major corporations’ activities in AI and the healthcare field.

3.5.1. *Google*. – Google created Google Health in 2006, with the aim to store health records and data in order to directly connect doctors, hospitals and pharmacies. The programme was closed in 2012, but in 2014 Google acquired DeepMind and in 2016 announced a collaboration to develop Artificial Intelligence applications for healthcare, Google DeepMind Health. In 2018, Google combined the Google Research health team, DeepMind Health and a team from Google’s Hardware division focused on health-related applications, to form Google Health, publishing research papers and building tools in collaboration with a variety of healthcare partners. According to the Google AI blog⁽⁵²⁾, the following are some highlights from 2019:

Firstly, Google researchers identified a deep learning model for mammography that can assist physicians in spotting breast cancer⁽⁵³⁾ with greater accuracy, reducing both false positives and false negatives. The model trained on de-identified data from a UK hospital showed similar results in accuracy when used to evaluate patients in a completely different healthcare system in the U.S.

Another result concerns a deep learning model for differential diagnoses of skin diseases⁽⁵⁴⁾ that can give results significantly more accurate than the

⁽⁵⁰⁾ D. ARNOLD, T. WILSON, *What Doctor? Why AI and robotics will define New Health*, PwC, 2017.

⁽⁵¹⁾ Research and markets, *Artificial Intelligence in Medicine Market – Growth, Trends, and Forecast*, reports 2019-2024 and 2020-2025.

⁽⁵²⁾ Google AI blog, the latest news from Google AI, <https://ai.googleblog.com/2020/01/google-research-looking-back-at-2019.html>.

⁽⁵³⁾ <https://blog.google/technology/health/improving-breast-cancer-screening>.

⁽⁵⁴⁾ <https://ai.googleblog.com/2019/09/using-deep-learning-to-inform.html>.

primary care physicians ones and on par with or perhaps slightly better than dermatologists.

Moreover, working alongside experts from the US Department of Veterans Affairs (VA), Google Health researchers showed that a machine learning model can predict the onset of an acute kidney injury⁽⁵⁵⁾ (AKI), one of the leading causes of avoidable patient harm, up to two days before it happens. This could give doctors a 48-hour head start in treating this serious condition.

About other subject, it has been developed a deep learning model to predict lung cancer⁽⁵⁶⁾ by examining the results of a single CT scan. The study showed that the model outputs are par or better than trained radiologists ones at early detection of lung cancer.

In addition, Google continued to expand and evaluate machine learning tools for detection and prevention of eye disease⁽⁵⁷⁾, in collaboration with Verily and other partners. It has been published a research paper on an augmented reality microscope for cancer diagnosis, whereby pathologists can get real-time feedback about what parts of a slide are most interesting while examining tissue through a microscope.

3.5.2. *IBM.* – IBM, in 2011, created Watson, a question-answering computer system capable of answering questions posed in natural language. In 2013 Watson software has been adopted to provide utilization management decisions in lung cancer treatment at Memorial Sloan Kettering Cancer Centre.

Consequently, IBM funded the Watson Health division in 2015, and in 2016 announced, in collaboration with the Manipal Hospital, the launch of IMB Watson for Oncology⁽⁵⁸⁾, currently in development at Memorial Sloan Kettering Cancer Centre and Cleveland Clinic. Moreover, in May 2017, IBM

⁽⁵⁵⁾ <https://www.nature.com/articles/s41586-019-1390-1>.

⁽⁵⁶⁾ <https://www.blog.google/technology/health/lung-cancer-prediction/>.

⁽⁵⁷⁾ <https://www.blog.google/technology/health/new-milestones-helping-prevent-eye-disease-verily/>.

⁽⁵⁸⁾ <https://www.ibm.com/watson-health/oncology-and-genomics>.

and Rensselaer Polytechnic Institute began a joint project entitled Health Empowerment by Analytics, Learning and Semantics (HEALS), to explore using AI technology to enhance healthcare⁽⁵⁹⁾.

With IBM Watson Health the company intends to create software able to help health professionals and researchers translate data and knowledge into insights to make more informed decisions about care⁽⁶⁰⁾.

Since the decision to bring Watson into the health industry, the company has made nearly 50 announcements about partnerships intended to develop new AI-enabled tools for medicine. Unfortunately, many of these alliances have not yet led to commercial products, however, IBM sustains that research efforts have been valuable and that many cooperations are currently ongoing. Actually, according to a recent study⁽⁶¹⁾, in 24 launched projects, only five developed an output tool.

3.5.3. *Microsoft*. – Microsoft affirms that is currently «using AI to unearth new insights, advance discoveries, and explore solutions with partners to improve health outcomes globally»⁽⁶²⁾.

The company uses AI applications in different fields, like precision medicine, in which Artificial Intelligence enables new personalized treatments by taking into consideration aspects like patients' genetics and lifestyle to radically improve health and longevity⁽⁶³⁾.

Another aspect in which Microsoft is using AI is the population health analytics. Using Artificial Intelligence, Microsoft intends to analyse data from social determinants of health to environmental issues and disease vectors to better predict problems before they occur or spread⁽⁶⁴⁾.

⁽⁵⁹⁾ <https://news.rpi.edu/content/2017/05/17/ibm-and-rensselaer-team-research-chronic-diseases-cognitive-computing>.

⁽⁶⁰⁾ <https://www.ibm.com/watson-health/about/get-the-facts>.

⁽⁶¹⁾ E. STRICKLAND, *How IBM Watson Overpromised and Underdelivered on AI Health Care*, IEEE spectrum, 2019.

⁽⁶²⁾ <https://www.microsoft.com/en-us/ai/innovation-in-health>.

⁽⁶³⁾ <https://www.microsoft.com/en-us/research/project/immunomics/>.

⁽⁶⁴⁾ <https://www.microsoft.com/en-us/research/project/project-premonition/>.

Moreover, with the Hannover project⁽⁶⁵⁾, Microsoft intends to use AI to allow researchers and medical professionals to quickly filter information from all types of sources, uncover new insights and provide treatments more quickly to those in need.

The importance of AI in healthcare for Microsoft is also proved by the white paper released about the use of AI and Imaging Data in Healthcare⁽⁶⁶⁾.

3.5.4. *Apple*. – Apple has a completely different approach to AI in healthcare. Instead of creating specific Artificial Intelligence programmes or applications, the company is focussed on using its devices and AI to simplify or track the health status of the customers/patients. According to the Apple website⁽⁶⁷⁾, apps on iPhone and Apple Watch allow clinicians to access health records and data, nurses to ensure better patient safety while administering medication and patients to stay informed and engaged in their own care by communicating with their medical teams during hospital stays. Moreover, Apple gives medical researchers access to ResearchKit, a way to build their own app. In January 2020 Apple has 1.5 billion active devices worldwide⁽⁶⁸⁾ most of them capable to acquire and collect health data.

3.5.5. *Other companies*. – The previous examples are not exhaustive, since a lot of other companies are currently working on AI and health. A high number of applications use AI algorithms to give medical advice, like Babylon Health's⁽⁶⁹⁾,

⁽⁶⁵⁾ <https://www.microsoft.com/en-us/research/project/project-hanover/>.

⁽⁶⁶⁾ A. KOWALA, L. MATRAGRANO, P. SHAH, *Use AI and Imaging Data to Unlock Insights and Improve Healthcare*, <https://www.intel.com/content/dam/www/public/us/en/documents/white-papers/use-ai-and-imaging-data-to-unlock-insights-and-improve-healthcare-paper.pdf>.

⁽⁶⁷⁾ <https://www.apple.com/healthcare/>.

⁽⁶⁸⁾ <https://www.macrumors.com/2020/01/28/apple-1-5-billion-active-devices-worldwide/>.

⁽⁶⁹⁾ Babylon Health through deep learning Babylon's A.I. system can provide users with personalized insights to stay healthy and better understand their health. In 2019 people used its app for a total of 2,2 million A.I. consultations. Source: <https://www.babylonhealth.com/>.

Ada Health⁽⁷⁰⁾, AliHealth Doctor You⁽⁷¹⁾, KareXpert⁽⁷²⁾ and Healthily⁽⁷³⁾. With these apps, users are able to report their symptoms and the app, using speech recognition, compares it with a database of illnesses.

Some companies developed robot services integrated with Artificial Intelligence technology to identify a registered customer and provide personalized recommendations in different medical areas or in the field of medical imaging. These kinds of robots have been developed by IFlytek with the robot “Xiao Miao”⁽⁷⁴⁾ and Softbank Robotics with “Pepper” and “Nao”⁽⁷⁵⁾. The value of these robots is increasing and a lot of companies are currently studying the possibilities that robotics and AI can offer. For example, a Chinese artificial intelligence-powered robot named Xiaoyi (meaning Little Doctor) is the first robot who passed the written test of China’s national medical licensing examination⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁰⁾ Ada’s core system connects medical knowledge with intelligent technology to help all people actively manage their health and medical professionals to deliver effective care. Ada has 10 million users and 20 million health assessments completed. Source: <https://ada.com/>.

⁽⁷¹⁾ Doctor You uses AI to diagnose medical images of CT scans and identify inflammatory cells in human organs as an early indicator of cancer.

⁽⁷²⁾ KareXpert is a technology Company to design patented “Advanced Health Cloud Technology Stack” which connects Patients with all the care Providers with the purpose of reinvent and redefine the Indian healthcare system. Source: <https://www.karexpert.com/dbs/about-us/>.

⁽⁷³⁾ Your.MD developed Healthily, a free app where anyone, anywhere can find safe and personalized information, guidance and support for their health. Source: <https://www.your.md/app>, last visit January 2021.

⁽⁷⁴⁾ X. KONG, B. AI, Y. KONG, L. SU et al., *Artificial intelligence: a key to relieve China’s insufficient and unequally-distributed medical resources*, American journal of translational research, 2019, 11(5), pp. 2632-2640.

⁽⁷⁵⁾ Pepper and NAO can assist patients in self-diagnosis, support staff in health trending & monitoring. They are also the platform for telemedicine and hub of information distribution like alert, notifications, fall & sound detection. Source: <https://www.softbankrobotics.com/emea/en/industries/healthcare>.

⁽⁷⁶⁾ <https://cmt.eee.org/futuredirections/2017/12/02/congrats-xiaoyi-you-are-now-a-medical-doctor/>.

Moreover, a high number of companies are investing in Artificial intelligence models able to make early detection of cancer, like Huiying's Breast Cancer Detection Solution⁽⁷⁷⁾ built using Intel's hardware or Kheiron Medical developed deep learning software to detect breast cancers in mammograms⁽⁷⁸⁾, while Tencent is working on several medical systems and services, like Miying⁽⁷⁹⁾, a system able to help gynaecologists efficiently identify cervical transformation zone, cervical intraepithelial neoplasia (CIN) and location of lesions in the cervical cancer screening process.

4. — *AI and COVID-19.*

On January 9, 2020, the World Health Organization (WHO) communicated a flu-like outbreak in China⁽⁸⁰⁾ following a cluster of pneumonia cases reported in Wuhan. On January 30, the WHO declared the coronavirus outbreak a Public Health Emergency of International Concern⁽⁸¹⁾. On March 11 COVID-19 has been proclaimed by the WHO Director-General as a pandemic⁽⁸²⁾.

In this global outbreak, for the first time, Artificial intelligence was being a useful tool to monitor and respond to the crisis. In the following pages, we'll give a short, not-exhaustive, overview of how Artificial intelligence and data science technologies are currently being used to fight COVID-19.

⁽⁷⁷⁾ Huiying's Breast Cancer Detection Solution, <https://builders.intel.com/docs/aibuilders/huiying-medical-technology-optimizes-breast-cancer-early-screening-and-diagnosis-with-intel-ai-technologies.pdf>.

⁽⁷⁸⁾ <https://www.kheironmed.com/meet-mia>.

⁽⁷⁹⁾ <https://www.tencent.com/en-us/articles/2200912.html>.

⁽⁸⁰⁾ <https://www.who.int/china/news/detail/09-01-2020-who-statement-regarding-cluster-of-pneumonia-cases-in-wuhan-china>.

⁽⁸¹⁾ <http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/international-health-regulations/news/news/2020/2/2019-ncov-outbreak-is-an-emergency-of-international-concern>.

⁽⁸²⁾ <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>.

4.1. – *Identification, prediction and tracking outbreaks.*

AI is also applied in the identification, prediction and tracking of disease outbreaks. Currently, there are a lot of studies and start-ups working in this field. In particular, BlueDot⁽⁸³⁾ is a start-up that built a sophisticated AI platform to identify disease outbreaks and quantifying the risk of exposure to infectious diseases. The AI processes data obtained by different sources, such as the world's air travel network, health reports, and many others on over 150 diseases and syndromes around the world. These data include official data from national and supranational organizations and less structured information, like media sources, in 65 languages per day. Epidemic detection examines over 150 different pathogens, toxins and syndromes in near real-time⁽⁸⁴⁾.

About the coronavirus outbreak, BlueDot launched its first alarm on December 30th, 2019⁽⁸⁵⁾, publishing a paper related to the potential spread of the virus immediately thereafter⁽⁸⁶⁾. To compare, the World Health Organization, on January the 5th, published a news⁽⁸⁷⁾ in which it didn't recommend «any specific measures for travellers. In case of symptoms suggestive of respiratory illness either during or after travel, travellers are encouraged to seek medical attention and share travel history with their healthcare provider». Moreover, WHO advised that «against the application of any travel or trade restrictions on China based on the current information available on this event».

A similar project has been developed by the Massachusetts Institute of Technology, where a team trained a machine learning model to allow it to

⁽⁸³⁾ <https://bluedot.global>.

⁽⁸⁴⁾ <https://bluedot.global/how-it-works>.

⁽⁸⁵⁾ Z. ALLAM, G. DEY, D.S. JONES, *Artificial Intelligence (AI) Provided Early Detection of the Coronavirus (COVID-19) in China and Will Influence Future Urban Health Policy Internationally*, AI 2020, 1, pp. 156-165.

⁽⁸⁶⁾ I.I. BOGOCH, A. WATTS, A. THOMAS-BACHLI, C. HUBER, M.U.G. KRAEMER, K. KHAN, *Pneumonia of unknown aetiology in Wuban, China: potential for international spread via commercial air travel*, Journal of Travel Medicine, vol. 27, Issue 2, March 2020.

⁽⁸⁷⁾ <https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unknown-cause-china/en/>.

accurately predicts the spread of COVID-19. Using mixed first-principles epidemiological equations and data-driven neural network, the model helps to interpret and extrapolate publicly-available data for insights into the disease's spread, taking into account different factors such as social distancing, quarantine and standard epidemiology parameters handled by different governments⁽⁸⁸⁾.

A Harvard and MIT mixed team is using machine learning to diagnose COVID-19 by voice since the presence of COVID-19 could be detected using speech signals⁽⁸⁹⁾. The AI developed by the scientists uses voice recordings from COVID-19 patients and healthy people as training data to identify specific vocal signatures that could indicate the presence of an infection. Moreover, at the Swiss university École Polytechnique Fédérale de Lausanne, a team is building an app called “Coughvid”⁽⁹⁰⁾ able to listen to people cough and use AI to determine whether they sound like a coronavirus patient, using as data audio samples of people coughing.

4.2. – *Diagnosis, precaution and protection.*

Artificial Intelligence is also used in coronavirus diagnosis. Chinese Alibaba DAMO academy, the research branch of the Alibaba company, sustains that an AI has been trained to detect Covid-19 using as a dataset more than 5,000 confirmed cases. According to the company, the system is able to process the 300 to 400 scans needed to diagnose a coronavirus in 20 to 30

⁽⁸⁸⁾ R. DANDEKAR, G. BARBASTATHIS, *Quantifying the effect of quarantine control in Covid-19 infectious spread using machine learning*, MedRxiv 2020. Note that this is a preprint.

⁽⁸⁹⁾ <https://www.ll.mit.edu/news/signs-covid-19-may-be-hidden-speech-signals>.

⁽⁹⁰⁾ The coughvid developer «propose to leverage signal processing, pervasive computing, and machine learning to develop an Android application and website to automatically screen COVID-19 from the comfort of people's homes. Test subjects will be able to simply download a mobile application, enter their symptoms, record an audio clip of their cough, and upload the data anonymously to our servers. We will then use audio signal processing and machine learning techniques to evaluate if there is some room for automatic or assisted COVID-19 screening». <https://coughvid.epfl.ch/about/>.

seconds with an accuracy of 96%⁽⁹¹⁾. The system seems to have helped at least 26 Chinese hospitals to review more than 30,000 cases⁽⁹²⁾.

Another example is provided by a South Korean company that started to develop a testing kit as soon as the virus has been identified. They used artificial intelligence to reduce the time needed to design testing kits based on the genetic make-up of the virus. Consequently, 118 medical facilities were able to use the device and more than 230,000 people have been tested⁽⁹³⁾ during the first wave of the outbreak.

4.3. – *Cure and drugs development.*

This is a particular case of the wider AI use for drugs development (see chapter 3.2). In this case, the AI can assist researchers to find a vaccine and contain the pandemic.

In particular, AI provided significant support in predictions of the virus structure. The American start-up Moderna has distinguished itself by its mastery of a biotechnology-based on messenger ribonucleic acid (mRNA) for which the study of protein folding is essential. It has managed to significantly reduce the time required to develop a prototype vaccine testable on humans thanks to the support of bioinformatics, of which AI is an integral part⁽⁹⁴⁾.

Similarly, the Chinese company Baidu, in partnership with Oregon State University and the University of Rochester, published its LinearFold prediction algorithm⁽⁹⁵⁾. This is an algorithm much faster than traditional algorithms in predicting the structure of a virus' secondary ribonucleic acid

⁽⁹¹⁾ <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/ai-and-control-of-covid-19-coronavirus>.

⁽⁹²⁾ <https://www.alizila.com/how-damo-academys-ai-system-detects-coronavirus-cases/>.

⁽⁹³⁾ <https://edition.cnn.com/2020/03/12/asia/coronavirus-south-korea-testing-intl-hnk/index.html>.

⁽⁹⁴⁾ <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/ai-and-control-of-covid-19-coronavirus>.

⁽⁹⁵⁾ L. HUANG, H. ZHANG, D. DENG, K. ZHAO, K. LIU, D.A. HENDRIX, D.H. MATHEWS, *LinearFold: linear-time approximate RNA folding by 5'-to-3' dynamic programming and beam search*, *Bioinformatics*, vol. 35, Issue 14, 2019, pp. i295-i304.

(RNA). Moreover, it provides scientists with additional information on how the virus spread. The prediction of the secondary structure of the RNA sequence of Covid-19 would thus have been calculated by Linearfold in 27 seconds instead of 55 minutes⁽⁹⁶⁾.

ChemRxiv uses Artificial Intelligence algorithms to identify “progeny” drugs that are similar to the “parents” already being tested against COVID-19. These algorithms assess similarity not only by the molecular make-up of the molecules but also by the “context” in which specific functional groups are arranged and/or by the three-dimensional distribution of pharmacophores⁽⁹⁷⁾. Progenies are essentially either already approved drugs or are medications in advanced clinical trials. However, should the currently tested parent medicines fail, the progenies could be re-purposed against the COVID-19.

Other companies started studying the virus structure with AI. Google DeepMind Alphabet, for example, shared its predictions of coronavirus protein structures with its AlphaFold AI system⁽⁹⁸⁾, while IBM, Amazon, Google and Microsoft provided the computing power of their servers to the US authorities to process very large datasets in epidemiology, bioinformatics and molecular modelling⁽⁹⁹⁾.

4.4. – *Identification and risk predictions of the infected.*

A Zhongnan Hospital team at Wuhan (China) is using an AI software model to detect COVID-19 by visual signs⁽¹⁰⁰⁾. The model helped the Chi-

⁽⁹⁶⁾ <https://www.technologyreview.com/s/615342/how-baidu-is-bringing-ai-to-the-fight-against-coronavirus/>.

⁽⁹⁷⁾ M. MOSKAL, W. BEKER, R. ROSZAK, E.P. GAJEWSKA, A. WOŁOS, K. MOLGA et al., *Suggestions for second-pass anti-COVID-19 drugs based on the Artificial Intelligence measures of molecular similarity, shape and pharmacophore distribution*, ChemRxiv, 2020. Note this is a preprint.

⁽⁹⁸⁾ <https://deepmind.com/research/open-source/computational-predictions-of-protein-structures-associated-with-COVID-19>.

⁽⁹⁹⁾ <https://techcrunch.com.cdn.ampproject.org/c/s/techcrunch.com/2020/03/22/ibm-amazon-google-and-microsoft-partner-with-white-house-to-provide-compute-resources-for-covid-19-research/amp/>.

⁽¹⁰⁰⁾ <https://www.itnonline.com/content/infervision-launches-solution-fight-against-coronavirus>.

nese staff in screening and prioritization patients that are likely to have the virus. Developed by Infervision⁽¹⁰¹⁾ startup, the software was developed to detect lung cancer using CT, but now it has been trained, with more than 22,000 data, to detect signs of pneumonia caused by the virus. The algorithm is able to localise pneumonia despite the fact that images origin from different hospitals and were considerably varying in technique, contrast and resolution. Until the 28th of February⁽¹⁰²⁾, over 34 hospitals in China used this AI and successfully detect more than 32,000 COVID-19 cases. Moreover, thanks to an agreement between the European Commission and Infervision, the algorithm is in the experimentation phase at Turin Health City⁽¹⁰³⁾.

Computer scientists at the University of Copenhagen are currently developing an AI model capable of calculating the probability of an individual patient's need for a ventilator or intensive care⁽¹⁰⁴⁾. The model is not aimed to treat individual patients, but its objective is to create a tool for hospitals to plan and deploy their resources in the most efficient way.

4.5. – *AI and population control.*

AI has been used in support of mass surveillance policies in China, to measure temperature and recognize individuals⁽¹⁰⁵⁾. It is interesting to underline that facial recognition devices have experienced difficulties due to the wearing of surgical masks. Because of this, companies are attempting to

⁽¹⁰¹⁾ <https://global.infervision.com>.

⁽¹⁰²⁾ <https://ec.europa.eu/futurium/en/european-ai-alliance/how-artificial-intelligence-aiding-fight-against-coronavirus>.

⁽¹⁰³⁾ https://www.unito.it/comunicati_stampa/torino-arriva-lintelligenza-artificiale-combattere-il-covid-19.

⁽¹⁰⁴⁾ https://www.eurekaalert.org/pub_releases/2020-04/uoc-ait040220.php.

⁽¹⁰⁵⁾ According to KC Wearable's global chief, Dr. Jie Guo, more than 1,000 "smart helmets" capable of flagging individuals with high body temperature are used by Chinese law enforcement. The company says that helmets have been sent to Italy's carabinieri military police and to the Dutch government for testing. Police are also using the devices in Dubai. The Business Insider magazine approached the Italian embassy and the Dutch government for comment but neither responded.

circumvent this problem since many services in China rely on this technology, including state services for surveillance measures. Hanvon (Hanwang Technology Ltd) sustains to have created a technology that can successfully recognize people who wear masks with a recognition rate of about 95%⁽¹⁰⁶⁾.

Moreover, GAFAM⁽¹⁰⁷⁾ members have at their disposal information extremely valuable in case of crisis: a huge amount of different data related to the worldwide population. The U.S. government asked these companies to have access to American user's data, especially about mobile phones data, in order to fight the spread of the virus⁽¹⁰⁸⁾, however, this approach could lead to legal risk and potential image damage to the companies. For example, Google is resistant to use the location data to track and identify individuals, and the Google Health's Head of Communications and Public Affairs, Johnny Luu, said that Google was «exploring ways that aggregated anonymized location information could help in the fight against COVID-19»⁽¹⁰⁹⁾. Anyway, it is clear that the data gathered by the ICT companies are fundamental to train Artificial Intelligence also in the response to the coronavirus outbreak, but all this amount of data can be used for shadowy aims, in particular in non-democratic countries.

4.6. – *Fake news spread.*

A particular aspect of AI use is related to the fake news spread during the first wave of the coronavirus pandemic. A study published in the Boston MIT magazine⁽¹¹⁰⁾ identified a communication strategy characterized by the

⁽¹⁰⁶⁾ M. POLLARD, *Even mask-wearers can be ID'd*, China facial recognition firm says, Reuters, 9 March 2020.

⁽¹⁰⁷⁾ GAFAM is an acronym for Google, Apple, Facebook, Amazon and Microsoft companies.

⁽¹⁰⁸⁾ T. ROMM, E. DWOSKIN, C. TIMBERG, *U.S. government, tech industry discussing ways to use smartphone location data to combat coronavirus*, The Washington Post, March 18, 2020.

⁽¹⁰⁹⁾ <https://www.darkdaily.com/tech-companies-suggest-ways-location-tracking-could-help-health-authorities-fight-the-covid-19-coronavirus-by-identifying-people-who-may-need-clinical-laboratory-testing/>.

⁽¹¹⁰⁾ B. HUANG, K.M. CARLEY, *Disinformation and Misinformation on Twitter during the Nov-*

activity of artificial profiles on Twitter to amplify medical disinformation and push the reopening of activities in the United States. The investigation found that non-human Twitter accounts represented between 45% and 60% of the users who talk about covid-19. The study underlines that the level of bot involvement in other politicized events is normally between 10 and 20%. According to the study, many of these accounts were created in February 2020 and, during their lifespan, they have been used to disseminate and amplify disinformation, including false medical advice, conspiracy theories and propaganda to reopen commercial activities⁽¹¹¹⁾.

5. — *Ethical implications.*

As mentioned in the prior paragraphs, Artificial Intelligence applied to the healthcare sector raises a lot of ethical challenges that we'll address in the following sections. Among the various ethical issues arising from the use of Artificial Intelligence in this field, some are particularly intriguing and important to face. The European Parliament identified⁽¹¹²⁾, in particular, two aspects: Patient privacy and confidentiality and universal access to equal quality of health care, but actually, the dimensions in which ethics emerged are more various.

5.1. — *Human rights and access.*

Artificial Intelligence can affect human rights in several different manners. One of the most important aspects is the universal access to Artificial Intel-

el Coronavirus Outbreak, 2020, <https://www.technologyreview.com/2020/05/21/1002105/covid-bot-twitter-accounts-push-to-reopen-america/>.

⁽¹¹¹⁾ The analysis has been performed by studying more than 200 million tweets related to coronavirus topic. The researchers used machine-learning and network analysis techniques to identify which accounts were spreading disinformation and which were most likely bots or cyborgs, accounts runned jointly by bots and humans.

⁽¹¹²⁾ T. EVANS, *European framework on ethical aspects of artificial intelligence, robotics and related technologies*, European parliament Research Service, 2020.

ligence in medicine and equal and fair access to healthcare. In fact, residents of rural and remote locations, people living in developing countries as well as people on low-income may not have access to everything modern medicine has to offer since they may not have a well-equipped hospital close by, they cannot have enough resources to afford it or prices for health care and insurance may be prohibitively high. Moreover, vulnerable groups (e.g. minorities, disabled) may have less choice and lower levels of health care services.

The Council of Europe states⁽¹¹³⁾ that even in exceptional circumstances, the quality of the services of the hospitals and healthcare structures should not be reduced nor compromise universal access to care and the support granted by information technology and Artificial Intelligence in healthcare shall not be seen only as a pathway to reduce cost. Indeed, it is necessary to consider the problems that could arise in terms of the quality of the services and global access to healthcare. Accordingly, Artificial Intelligence-driven healthcare should be guaranteed to everyone.

Coronavirus pandemic showed that even if AI systems helped in the COVID-19 fight, they are also able to negatively affect fundamental rights, as explained in the European Union's ethics guidelines for trustworthy AI. During the emergency, some countries took measures to control and mass monitoring the population by this technology and, moreover, AI was an instrument to spread fake news (see paragraphs 4.5 and 4.6). These are a few examples of how this new technology can directly affect human rights and, because of this, a fundamental rights impact assessment should be undertaken. «This should be done prior to the system's development and include an evaluation of whether those risks can be reduced or justified as necessary in a democratic society in order to respect the rights and freedoms of others. Moreover, mechanisms should be put into place to receive external feedback regarding AI systems that potentially infringe on fundamental rights»⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹³⁾ COUNCIL OF EUROPE, *AI and control of Covid-19 coronavirus*, <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/ai-and-control-of-covid-19-coronavirus>.

⁽¹¹⁴⁾ High-level expert group on Artificial Intelligence, *Ethics guidelines for trustworthy AI*, Requirements for trustworthy AI, 2019.

Moreover, standards relating to data protection, such as Convention 108(+) of the Council of Europe, should be fully applied under all circumstances like the use of biometric data, geolocalisation, facial recognition or the use of health data. Use of emergency measures should be carried out in full consultation with data protection authorities and respect the dignity and the private life of the users. The different biases of the various types of surveillance operations should be considered, as these may cause significant discrimination⁽¹¹⁵⁾.

About the freedom of expression, the Council of Europe Committee of Experts on the Media Environment and Media Reform (MSI-REF) underlined in a statement⁽¹¹⁶⁾ that «the crisis situation should not be used as a pretext to restrict public access to information. Nor should States introduce restrictions on media freedom beyond the limits allowed by Article 10 of the European Convention on Human Rights». The Committee also highlights that «member states, together with all media actors, should strive to ensure an environment conducive to quality journalism».

5.2. – *Confidentiality and informed consent.*

As already mentioned, AI applications for healthcare, such as imaging, diagnostics etc., are able to transform the patient-clinician relationship, and, in particular, they could affect the informed consent principle.

First of all, the confidential relationship between doctors and patients is essential for health care. Patient information should be available only to the patient, his/her treating physician and, to the degree required, other medical personnel (e.g. radiologist, nurse). This could be affected by the use of Artificial Intelligence, but it is not a problem if all the rules concerning privacy and security of the stored data will be respected. Problems may arise if patient data are shared among different AI in case these ones start to make a

⁽¹¹⁵⁾ A.F. CAHN, J. VEISZLEMLEIN, *COVID-19 tracking data and surveillance risks are more dangerous than their rewards*, NBC News, 2020.

⁽¹¹⁶⁾ Council of Europe's Committee of experts on media environment and reform statement, 2020.

data treatment not understandable for humans. This happened, for example, during a Facebook experiment in which two AI appeared to be chatting to each other in a strange language only they understood⁽¹¹⁷⁾.

Another aspect concerns the need to investigate under what circumstances the principles of informed consent should be applied when clinical procedures involve Artificial Intelligence. Particularly important is to determine to what extent do physicians have a responsibility to explain to the patient the AI complexities, their use in the procedures and, in particular, the types of ML used, the data used as input, the training dataset and the possibility of biases or shortcomings.

About this, it has been valued that «patients are generally unaware if their physicians are using computerized decision aids to guide treatment. Indeed, patients receive little information about what sources their physicians consult»⁽¹¹⁸⁾.

Find a solution to this issue is especially challenging in relation to cases in which AI operates using “black-box” algorithms. This kind of algorithm is «based on unknowable machine-learning techniques or because the relationships they draw are too complex for explicit understanding»⁽¹¹⁹⁾. Even if some of these techniques can help, others may be based on errors and lead to sub-optimal care for patients⁽¹²⁰⁾. In this case, it is necessary to determine to what extent does a physician need to disclose that he cannot fully understand the processes above the diagnosis/treatment recommended by the AI and how much transparency is needed. Moreover, this “right to explanation”⁽¹²¹⁾

⁽¹¹⁷⁾ The Independent, <https://www.independent.co.uk/life-style/facebook-artificial-intelligence-ai-chatbot-new-language-research-openai-google-a7869706.html>.

⁽¹¹⁸⁾ I.G. COHEN, R. AMARASINGHAM, A. SHAH, B. XIE, B. LO, *The legal and ethical concerns that arise from using complex predictive analytics in health care*, Health Affairs 2014, pp. 1139-1147.

⁽¹¹⁹⁾ <https://today.law.harvard.edu/petrie-flom-center-launches-project-precision-medicine-artificial-intelligence-law-pmail/>.

⁽¹²⁰⁾ For instance, Corti’s algorithms are “black box” because even Corti’s inventor does not know how the software reaches its decisions to alert emergency dispatchers that someone has a cardiac arrest.

⁽¹²¹⁾ A right to explanation (or right to an explanation) is a right to be given an explanation for an output of the algorithm. This right primarily refer to individual rights to be

has a connection with privacy (and in particular with the EU's GDPR), since whether the patient may be reluctant to allow the use of certain categories of data (e.g., genetic data and family history), how it is possible to properly balance the privacy of patients with the safety and effectiveness of AI? Unfortunately, until now, there is no answer to this question, but it is clear that the two significant rights involved must be balanced. This, in turn, creates another unsolved problem. Who is the subject who has to decide?

Another issue related to informed consent concerns AI used in apps and chatbots. Such apps, indeed, raise serious questions about user agreements. Different from the traditional informed consent process, a user agreement is a contract agreed without a face-to-face dialogue⁽¹²²⁾.

As it happens for user agreements related to other kinds of apps, programmes and software, people (almost unanimously) do not spend the time to understand user agreements, often ignoring them. Moreover, continuous software updates make it difficult for individuals to understand adequately what terms of service they have agreed to⁽¹²³⁾.

The problem is then represented by the identification of the information that should be given to individuals using such apps, chatbots and software and by the methods that must be used to make the information understandable. Another side of the same problem is represented by users' education to carefully pay attention to this kind of issues. About this issue, the EU Parliament proposal about the creation of a license for AI users⁽¹²⁴⁾ could be interesting, but difficult to apply.

given an explanation for decisions that significantly affect an individual, including medical, legal or financial ones.

⁽¹²²⁾ C.M. KLUGMAN, L.B. DUNN, J. SCHWARTZ, I. GLENN COHEN, *The ethics of smart pills and self-acting devices: Autonomy, truth-telling, and trust at the dawn of digital medicine*, *The American Journal of Bioethics*, 2018, pp. 38-47.

⁽¹²³⁾ S. GERKE, T. MINNSEN, H. YU, I.G. COHEN, *Ethical and legal issues of ingestible electronic sensors*, *Nature Electron*, 2019, pp. 329-334.

⁽¹²⁴⁾ European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), Ethical principles, n.11.

5.3. – *Safety and transparency.*

Safety represents one of the most important issues for AI in healthcare. As already explained Artificial Intelligence can provide output without being explicitly programmed. But what happens if the output is not correct?

This is not a hypothetical situation, in fact, according to IBM internal documents⁽¹²⁵⁾, IBM Watson for Oncology⁽¹²⁶⁾, which uses AI algorithms to help physicians explore cancer treatment options for patients, recently gave «multiple examples of unsafe and incorrect treatment recommendations».

Probably the problem depends on the AI training phase. Instead of using real patient data, the software was only trained with a few synthetic cancer cases, meaning they were devised by doctors at the Memorial Sloan Kettering (MSK) Cancer Centre⁽¹²⁷⁾.

In order to avoid this kind of problems and to realize the full potential of AI, developers and other involved stakeholders have to ensure reliability and validity of the datasets on one hand and transparency on the other hand.

About the first issue, the datasets used for the training have to be reliable and valid, since better training data allow a better AI performance⁽¹²⁸⁾. In addition, further refinement is necessary to generate more accurate results.

The second issue is represented by transparency. As a matter of fact, in the fields in which AI has to be extremely confident (such as in the medical sector, but, for example, also in driverless car one), high amounts of data and thus more data sharing are generally necessary, depending on the AI and the type of tasks it has to perform.

⁽¹²⁵⁾ <https://www.beckershospitalreview.com/artificial-intelligence/ibm-s-watson-recommended-unsafe-and-incorrect-cancer-treatments-stat-report-finds.html>; <https://www.statnews.com/2018/07/25/ibm-watson-recommended-unsafe-incorrect-treatments/>.

⁽¹²⁶⁾ <https://www.ibm.com/downloads/cas/0ZRYPWL9>.

⁽¹²⁷⁾ S. GERKE, T. MINNSEN, G. COHEN, *Ethical and legal challenges of artificial intelligence-driven healthcare* in *Artificial Intelligence in Healthcare*, 2020, pp. 295-336.

⁽¹²⁸⁾ G.A. KAISIS, M.R. MAKOWSKI, D. RÜCKERT et al., *Secure, privacy-preserving and federated machine learning in medical imaging*, *Nature Machine Intelligence*, 2020, 2, pp. 305-311.

Moreover, despite the fact that there is a legitimate interest related to protecting investments and intellectual property and not increasing cybersecurity risk, some amount of transparency must be ensured. There are no rules, at this moment, to determine the transparency level, but a certain level of transparency must be guaranteed about the kind of data used and any shortcomings of the software (e.g., data bias). About this, the European Commission's High-level Expert Group on Artificial Intelligence in the Ethics guidelines for trustworthy AI indicates as requirements for transparency the following three elements: Traceability, Explainability and Communication⁽¹²⁹⁾.

The first one is related to the data sets and processes that yield the AI system's decision, which should be adequately documented and traceable to increase transparency. The same principle should be applied to the decisions made by AI systems. In this way, the identification of the reasons why a decision was erroneous could be easier and, consequently, could help prevent future mistakes. Explainability concerns the ability to explain the AI technical processes and related human decisions. This means that decisions taken by an AI system should be understood and traced by human beings.

Communication is related to the relationship between AI and human users. AI systems should not represent themselves as humans to users, which have the right to be informed that they are interacting with an AI system. Moreover, Artificial Intelligence capabilities and limitations should be communicated to all users.

In conclusion, transparency is able to create trust among all the involved stakeholders, and in particular, between clinicians and patients. This trust is a key element to permit a successful implementation of AI in clinical practice and this goal could be frustrated by the existence of "black-box" systems, as already explained (see paragraph 5.2).

⁽¹²⁹⁾ High-level expert group on Artificial Intelligence, Ethics guidelines for trustworthy AI, Requirements for trustworthy AI, 2019.

5.4. – *Unfairness and bias.*

AI is believed to be a logical, neutral and impartial entity. Actually, any ML system or algorithm can be trustworthy and fair only if the data which it is trained with are⁽¹³⁰⁾. According to this, AI can have biases and, consequently, it is able to discriminate. In particular, to avoid or, at least, minimize this risk, AI developers should consider this issue when deciding which kind of ML technologies/procedures they want to implement to train the algorithms and what datasets they intend to use, taking in consideration the quality and the diversity of the data.

Unfortunately, there are a lot of examples in which AI's biases provoked injustice with regard to ethnic origins, skin colour or gender⁽¹³¹⁾. Biases are not only related to race or gender, but they can also occur regarding other elements such as age or disabilities.

The existence of these biases is linked to multiple reasons, such as the unrepresentativeness of the datasets and the choice of methods and machine learning algorithms used by data scientists. Other sources of biases are represented by the context in which the AI is used⁽¹³²⁾, inadvertent historic bias and bad governance models. Moreover, AI developed in rich settings or developed countries could not recommend treatments that are accurate, safe, and fair in low-resource settings or in developing countries. Moreover, harm can also result from the intentional exploitation of (consumer) biases

⁽¹³⁰⁾ High-level expert group on Artificial Intelligence, *Ethics guidelines for trustworthy AI, Requirements for trustworthy AI*, 2019.

⁽¹³¹⁾ A. ZAVRŠNIK, *Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights*, ERA Forum 20, 2020, pp. 567-583.

Price II, William Nicholson, *Medical AI and Contextual Bias*, 33 Harv. J.L. & Tech., University of Michigan Public Law Research Paper No. 632, 2019.

O. SCHWARTZ, *In 2016, Microsoft's Racist Chatbot Revealed the Dangers of Online Conversation*, in *IEEE spectrum*, 2019, <https://spectrum.ieee.org/tech-talk/artificial-intelligence/machine-learning/in-2016-microsofts-racist-chatbot-revealed-the-dangers-of-online-conversation>.

⁽¹³²⁾ Price II, William Nicholson, *Medical AI and Contextual Bias*, 33 Harv. J.L. & Tech., University of Michigan Public Law Research Paper No. 632, 2019.

or by engaging in unfair competition⁽¹³³⁾ as a direct consequence of the will of the AI creator.

In the healthcare sector, if phenotype – or genotype – related information are involved, «biased AI could, for instance, lead to false diagnoses and render treatments ineffective for some subpopulations and thus jeopardize their safety»⁽¹³⁴⁾ due to the fact that AI is trained based on data focussed on Caucasian patients. In this case, the output could be less accurate or even inaccurate regarding other populations for which the training data was underinclusive.

This kind of biases can be avoided thanks to the increased data availability and, when this does not bring to an increased amount of data related to minorities, the specification for which populations the algorithm can or cannot be properly used can be useful.

But, also in this case, the main problem is represented by the “black-box” algorithms, in which the lack of transparency makes it impossible to detect biases. About this issue, it is interesting to underline that someone⁽¹³⁵⁾ sustains that the main issue is accuracy and when the decision is accurate it is not important that the processes behind the decision are transparent.

In order to avoid these biases, the European Union High-level expert group on AI suggests⁽¹³⁶⁾ the involvement, in the AI development, stakeholders who may directly or indirectly be affected by the system, looking for their feedback even after deployment of the algorithm. Moreover, the group advises to set up longer-term mechanisms for stakeholder participation, for example by ensuring workers information, consultation and participation throughout the whole process of implementing AI systems

⁽¹³³⁾ High-level expert group on Artificial Intelligence, Ethics guidelines for trustworthy AI, Requirements for trustworthy AI, 2019.

⁽¹³⁴⁾ S. GERKE, T. MINNSEN, G. COHEN, *Ethical and legal challenges of artificial intelligence-driven healthcare*, Artificial Intelligence in Healthcare, 2020, pp. 295-336.

⁽¹³⁵⁾ A.J. London, Artificial Intelligence and Black-Box Medical Decisions: Accuracy versus Explainability, The Hasting Centre Reporting, 1, 2019, pp. 15-21.

⁽¹³⁶⁾ High-level expert group on Artificial Intelligence, Ethics guidelines for trustworthy AI, Requirements for trustworthy AI, 2019.

at organisations. This is good advice but it seems not enough to completely resolve the problem.

5.5. – *Privacy and data governance.*

Privacy is a fundamental right that could be particularly affected by AI applications. Consequently, it requires adequate data governance that can ensure that the quality of the data and protocols used is such as to protect privacy.

Consequently, Artificial Intelligence systems should guarantee privacy and data protection during their whole lifespan. According to the EU High-level expert group on AI «this includes the information initially provided by the user, as well as the information generated about the user over the course of their interaction with the system (e.g. outputs that the AI system generated for specific users or how users responded to particular recommendations). Digital records of human behaviour may allow AI systems to infer not only individuals' preferences but also their sexual orientation, age, gender, religious or political views. To allow individuals to trust the data gathering process, it must be ensured that data collected about them will not be used to unlawfully or unfairly discriminate against them»⁽¹³⁷⁾.

Moreover, any organisation that handles individuals' data should create protocols governing data access. «These protocols should outline who can access data and under which circumstances. Only duly qualified personnel with the competence and need to access individual's data should be allowed to do so»⁽¹³⁸⁾.

Privacy in the healthcare system is related to health data, which value can reach up to billions of dollars in a market in which companies sell patient data for profit. This means that every user must be informed about which

⁽¹³⁷⁾ High-level expert group on Artificial Intelligence, Ethics guidelines for trustworthy AI, Requirements for trustworthy AI, 2019.

⁽¹³⁸⁾ High-level expert group on Artificial Intelligence, Ethics guidelines for trustworthy AI, Requirements for trustworthy AI, 2019.

kind of data is taken when they use a particular program, app, AI, and he must give the related informed consent (see paragraph 5.2).

It is also very important to protect patients from data usage outside the doctor-patient relationship. Data gathered for medical treatment can affect directly patients in several aspects of their life, like insurance issues, job opportunities, or even personal relationships⁽¹³⁹⁾. Additionally, some AI health apps also raise further issues, since health data can be shared not only with the doctor but also with family members or friends (apple watch⁽¹⁴⁰⁾, family sharing⁽¹⁴¹⁾), that are not subject to duties of confidentiality.

Lastly, another issue is related to automated processes. Article 22 of the GDPR limits the circumstances in which it is possible to make solely automated decisions able to have a legal or similarly significant effect on individuals. Solely means a decision-making process that is totally automated and excludes any human influence on the outcome (see paragraph 6.3).

Accordingly, AI technologies in health care are directly concerned by this provision that implies that a system created to provide as output a treatment suggestion cannot be used as the sole basis for the prescription.

6. — *Juridical issues.*

All the above-discussed issues present legal implications, but the regulation of Artificial Intelligence is still in a *de iure condendo* stage and several legislators, national and supranational, are still moving the first steps.

⁽¹³⁹⁾ M.B. FORCIER, H. GALLOIS, S. MULLAN, Y. JOLY, *Integrating artificial intelligence into health care through data access: can the GDPR act as a beacon for policymakers?*, *Journal of Law and Bioscience*, 2019, 6, pp. 317-335.

⁽¹⁴⁰⁾ <https://support.apple.com/en-us/HT207014>.

⁽¹⁴¹⁾ <https://www.apple.com/family-sharing/>.

Main legal issue/area	applicable EU legislation
Algorithmic transparency	Regulation 2016/679; Directive 2016/680
Unfairness, bias and discrimination	Article 2, 3(3), 9 TEU; Article 10 TFEU; Article 20-26 EU Charter on Fundamental Rights; Council Directive 2000/78/EC; Council Directive 2000/43/EC; Council Directive 2004/113/EC; Directive 2006/54/EC, Council Directive 79/7/EEC, Directive 2010/41/EU, Council Directive 2010/18/EU, Regulation (EU) 2016/679, Directive (EU) 2016/680, Directive (EU) 2016/681.
Intellectual property issues	Article 118 TFEU, Article 17 (2) EU Charter on Fundamental Rights; Directive 2001/29/EC; Directive 2006/115/EC; Directive 2001/84/EC; Directive 2009/24/EC; Directive 2004/48/EC; Directive 96/9/EC; Directive 2012/28/EU; Directive 98/71/EC; Regulation (EU) No 1257/2012; Regulation (EU) 2017/1001; Directive (EU) 2016/943;
Legal personhood of AI	Not covered*.
Vulnerability and cybersecurity	Directive (EU) 2016/1148; Regulation (EU) No 910/2014; Directive 2013/40/EU; Regulation (EU) No 526/2013; Directive 2002/58/EC
Impact of AI on workers	Article 3(1)(3) TEU; Article 9, 107(3)(a), Articles 145-166 TFEU; Articles 14-15, 27-32 EU Charter of Fundamental Rights; Regulation (EU) No 1304/2013
Privacy and data protection	Articles 7-8 EU Charter of Fundamental Rights; Regulation (EU) 2016/679; Directive (EU) 2016/680; Directive (EU) 2016/681; Directive 2002/58/EC
Liability	Articles 4(2)(f), 12, 114 and 169 TFEU; Articles 38, 47 EU Charter of Fundamental Rights; Council Directive 85/374/EEC
Accountability for harm	Regulation (EU) 2016/679

* About this topic, see D. CHIAPPINI, *Artificial Intelligence and legal capacity: an introduction to robotic subjectivity*, in this *Review*, 2019, pp. 173-194.

Table 1: Applicable EU legislation to legal issue related to AI

In the following paragraphs, it will be presented an overview of the European Union approach to some of the main legal issues related to Artificial Intelligence application in the medical field, since AI may either enhance or impair the exercise of multiple fundamental rights: privacy and data protection, civil freedoms and social rights⁽¹⁴²⁾.

6.1. – *Civil liability.*

The existing legal framework on civil liability is applicable to all advanced technologies and it is primarily based on fault (or culpa aquiliana) and contractual liability rules.

«Fault-based liability establishes the duty to compensate damages upon the subject who negligently failed to maintain a desired standard of behaviour, causing damages. Vicarious liability and other forms of indirect liability rules – for things or animals in custody, or for the acts of children and auxiliaries – could be applied, holding primarily owners, and users of advanced technologies liable. / Contractual liability, instead, presupposes a legally qualified relationship (contractual or legal obligation) between the parties before damage occurs»⁽¹⁴³⁾.

Despite these common elements, new AI-based technologies raise challenges for current liability regimes that are differently addressed in different legislations. In particular, concerning the medical sector in the EU, one of the main aspects that need to be analysed is how liability might be apportioned between the physicians, the manufacturer, the programmer and the hospital or structure adopting the AI-based tool, and/or employs the practitioner. To this purpose, an extensive body of existing EU product safety and liability legislation, including sector-specific rules, further complemented by

⁽¹⁴²⁾ EPRS (European Parliament Research Service), *The impact of General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence*, 2020.

⁽¹⁴³⁾ A. BARTOLINI, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, JURI Committee study, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, PE 621.926, 2020, p. 10.

national legislation, is relevant and potentially applicable to a number of emerging AI applications⁽¹⁴⁴⁾.

The European Parliament stated that the more autonomous robots are, the less they can be considered to be simple tools in the hands of other actors⁽¹⁴⁵⁾. This, in turn, poses a question of whether the existent rules on liability are sufficient or whether it is necessary to create new principles and rules to provide clarity on the legal liability of the previously mentioned actors. The main problem concerns, mainly, the responsibility for the acts and omissions of robots where the cause cannot be traced back to a specific human actor and the responsibility related to situations in which the acts or omissions of robots that have caused harm could have been avoided.

Unfortunately, an EU study⁽¹⁴⁶⁾ clarified that no one-size-fits-all approach may be adopted, even within a relatively narrow-tailored class of AI applications. For example, under medical robots or medical AI sectors fall a broad variety of devices, which are quite different for technical features, diffusion, function and use.

In the current system, the European Commission believes⁽¹⁴⁷⁾ that, in a future regulatory framework, each obligation should be addressed to the actors who are best placed to address any potential risks, since a lack of clear safety provisions tackling these risks may create legal uncertainty.

In the Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics⁽¹⁴⁸⁾, which accompanies the

⁽¹⁴⁴⁾ European Commission, White paper on Artificial Intelligence – A European approach on excellence and trust, 2020.

⁽¹⁴⁵⁾ European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), Liability, letter AB.

⁽¹⁴⁶⁾ A. BARTOLINI, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, JURI Committee study, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, PE 621.926, 2020, p. 111.

⁽¹⁴⁷⁾ European Commission, White paper on Artificial Intelligence – A European approach on excellence and trust, 2020, p. 22.

⁽¹⁴⁸⁾ European Commission, Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics, 2020.

Commission's White Paper, it is stated that provisions explicitly covering risks caused by the emerging digital technologies could be introduced since technologies like AI may challenge some aspects of the liability frameworks and could reduce their effectiveness. Moreover, some of these characteristics could make it hard to trace the damage back to a person, which is necessary for a fault-based liability in accordance with most national rules. This could significantly increase the costs for victims and meant that liability claims against others than producers may be difficult to make or prove.

Consequently, according to the European Commission's intent, the new regulatory framework for AI should be able to achieve its objectives without being excessively prescriptive, following a risk-based approach. This kind of approach requires setting clear criteria to understand which Artificial Intelligence applications are included in the high-risk group and which are not. AI application not qualified as high-risk will remain entirely subject to already existing EU-rules.

To respond to this main issue, the Commission proposes that a given AI applications should generally be considered high-risk «in light of what is at stake, considering whether both the sector and the intended use involve significant risks, in particular from the viewpoint of protection of safety, consumer rights and fundamental rights»⁽¹⁴⁹⁾ meeting the following two cumulative criteria: A) The sector in which Artificial Intelligence is applied, given the characteristics of the activities typically undertaken, is a sector in which it is likely that significant risks can occur. These sectors should be specifically and exhaustively listed in the new regulatory framework, and healthcare is one of the sectors used as an example among the high-risk ones. B) The AI applications in the listed sector are used in such a manner that significant risks are likely to arise. This because not every use of AI in the selected sectors necessarily involves significant risks. The white paper specifies, for the medical sector, that healthcare generally is a relevant sector, but a flaw in the appointment scheduling system in a hospital will normally

⁽¹⁴⁹⁾ European Commission, Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics, 2020, p.17.

not pose risks of such significance as to justify legislative intervention. The assessment of the level of risk of a given use could be based on the impact on the affected parties, for instance, in medical sector, each use of AI applications that pose a risk of injury or death.

The European parliament's IMCO Committee⁽¹⁵⁰⁾ underlined in its opinion on the Civil liability regime of artificial Intelligence⁽¹⁵¹⁾ the need for a risk-based approach within the existing liability framework, sharing the view of the European Commission. It is interesting that the Committee asks the Commission to assess the introduction of a separate yet complementary strict liability regime for AI systems presenting a high risk of causing harm or damage to a person or property in a manner that is random and impossible to predict in advance. This regime should ensure that victims are effectively compensated for damage caused by AI-driven systems⁽¹⁵²⁾.

Anyway, it is important guarantee that, independently of the rules chosen, the new regulatory system shall aim to assure that people harmed by this new technology receive the same level of protection compared to victims of traditional technologies.

6.2. – *AI Implementation in Medical Devices.*

In paragraph 5.2, it has been shown the importance of a safe and effective implementation of Artificial Intelligence-based medical devices. This implementation passes through regulation of the sector by the law. Despite the fact that it does not exist specific regulations devoted to AI, current European rules on medical devices are applicable.

⁽¹⁵⁰⁾ The IMCO Committee is the European Parliament Committee on the Internal Market and Consumer Protection.

⁽¹⁵¹⁾ European Parliament Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Opinion of the European Parliament Committee on the Internal Market and Consumer Protection for the Committee on Legal Affairs on Civil liability regime for Artificial Intelligence of 7 July 2020.

⁽¹⁵²⁾ European Parliament Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Opinion of the European Parliament Committee on the Internal Market and Consumer Protection on Civil liability regime for Artificial Intelligence, 2020, art. 20.

In particular, it is pivotal the Medical Device Regulation⁽¹⁵³⁾ (MDR). It was supposed to become effective on May 26, 2020, but, due to the pandemic COVID-19, it will enter into force in 2021. It will repeal the Medical Device Directive (93/42/EEC – MDD) and the Directive on active implantable medical devices (90/385/EEC – AIMD)⁽¹⁵⁴⁾.

The new MDR makes some changes to the classification of medical devices, including in medical device definition some software that, under the previous directive, was not included. Accordingly, the new medical device definition in Art. 2 (1) comprehends software used for the Medical purpose of prediction or prognosis of disease as a medical device. Anyway «software for general purposes, even when used in a healthcare setting, or software intended for lifestyle and well-being purposes is not a medical device»⁽¹⁵⁵⁾.

Similar to the previous Directive, MDR classifies medical devices into four categories⁽¹⁵⁶⁾, and in particular, classes I, II a, II b, and III, based on the intended purpose of the medical devices and their inherent risks. The regulation introduces new implementing and classification rules explicitly focussed on software. According to this rule, «software intended to provide information which is used to take decisions with diagnosis or therapeutic purposes is classified as class II a, except if such decisions have an impact that may cause: *a*) death or an irreversible deterioration of a person's state of health, in which case it is in class III or *b*) a serious deterioration of a person's state of health or a surgical intervention, in which case it is classified as class IIb.

Software intended to monitor physiological processes is classified as class IIa, except if it is intended for monitoring vital physiological parameters, where the nature of variations of those parameters is such that it could result in immediate danger to the patient, in which case it is classified as class IIb.

⁽¹⁵³⁾ Regulation (EU) 2017/745 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on Medical Devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC.

⁽¹⁵⁴⁾ Art. 122 of the Medical Devices Regulation (2017/745).

⁽¹⁵⁵⁾ Regulation (EU) 2017/745 on Medical Devices, Recital 19.

⁽¹⁵⁶⁾ Regulation (EU) 2017/745 on Medical Devices, art. 51 (1).

All other software is classified as class I»⁽¹⁵⁷⁾.

These new rules entail a reclassification of software and, accordingly, in October 2019, the Medical Device Coordination Group released non-binding guidance on qualification and classification of software under the regulation⁽¹⁵⁸⁾.

The new Regulation will be accompanied by a CE marking attesting the conformity of the device with the requirements set out in the MDR so that it can move freely within the EU⁽¹⁵⁹⁾. In particular, manufacturers of medical devices shall undertake an assessment of the conformity of their devices prior to placing them on the market⁽¹⁶⁰⁾. This evaluation must be based on the classification and type of the particular device⁽¹⁶¹⁾. For example⁽¹⁶²⁾, class I devices have a low level of vulnerability and thus the conformity assessment procedure can generally be carried out under the sole responsibility of the manufacturers⁽¹⁶³⁾. In contrast, class II a, II b, and III devices that have a higher risk than class I devices entail the involvement of a notified body, a conformity assessment body designated in accordance with the MDR⁽¹⁶⁴⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ Regulation (EU) 2017/745 on Medical Devices, Annex VIII, Chapter III, Rule 11.

⁽¹⁵⁸⁾ Medical Device coordination group document, MDCG 2019-11, Guidance on Qualification and Classification of Software in Regulation (EU) 2017/745 – MDR and Regulation (EU) 2017/746 – IVDR, 2019.

⁽¹⁵⁹⁾ Regulation (EU) 2017/745 on Medical Devices, Recital 40, Regulation (EU) 2017/745 on Medical Devices, Art.2 (43).

⁽¹⁶⁰⁾ Regulation (EU) 2017/745 on Medical Devices, Art. 52, Regulation (EU) 2017/745 on Medical Devices, Annexes IX-XI.

⁽¹⁶¹⁾ Regulation (EU) 2017/745 on Medical Devices, Art. 52.

⁽¹⁶²⁾ S. GERKE, T. MINNSEN, G. COHEN, *Ethical and legal challenges of artificial intelligence-driven healthcare*, Artificial Intelligence in Healthcare, 2020, pp. 295-336.

⁽¹⁶³⁾ Regulation (EU) 2017/745 on Medical Devices, Recital 60, Regulation (EU) 2017/745 on Medical Devices, art. 52 (7).

⁽¹⁶⁴⁾ Regulation (EU) 2017/745 on Medical Devices, Recital 60, Regulation (EU) 2017/745 on Medical Devices, art. 2 (42).

6.3. – *Privacy and data protection.*

The General Data Protection Regulation (GDPR) entered in force in 2018 affirming the right of natural persons to the protection of personal data⁽¹⁶⁵⁾. It is applied to the «processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor» in the EU, notwithstanding of whether the processing takes place in an EU or non-EU country⁽¹⁶⁶⁾. Moreover, the Regulation is applied also in cases where the processor or controller is established in a non-EU country and processes «personal data of data subjects who are in the Union» for «the offering of goods or services» to such data subjects in the EU or for the “monitoring” of the data subjects’ behaviour⁽¹⁶⁷⁾.

The GDPR defines “personal data” as «any information relating to an identified or identifiable natural person (“data subject”)»⁽¹⁶⁸⁾ and “processing” as «any operation or set of operations which is performed on personal data or on sets of personal data, whether or not by automated means», including collection, structuring, storage, or use⁽¹⁶⁹⁾. “Controller” is «the natural or legal person, public authority, agency or other body which, alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data», while “processor” is «a natural or legal person, public authority, agency or other body which processes personal data on behalf of the controller»⁽¹⁷⁰⁾.

In the healthcare context, GDPR defines “data concerning health”⁽¹⁷¹⁾ as «personal data related to the physical or mental health of a natural person, including the provision of healthcare services, which reveal information about his or her health status». The EU’s GDPR is a lot broader in its scope

⁽¹⁶⁵⁾ Regulation (EU) 2016/679 on General Data Protection, art. 1 (2).

⁽¹⁶⁶⁾ Regulation (EU) 2016/679 on General Data Protection, arts. 2,3 (1).

⁽¹⁶⁷⁾ Regulation (EU) 2016/679 on General Data Protection, art. 3 (2).

⁽¹⁶⁸⁾ Regulation (EU) 2016/679 on General Data Protection, art. 4 (1).

⁽¹⁶⁹⁾ Regulation (EU) 2016/679 on General Data Protection, art. 4 (2).

⁽¹⁷⁰⁾ Regulation (EU) 2016/679 on General Data Protection, art. 4 (7) and (8).

⁽¹⁷¹⁾ Regulation (EU) 2016/679 on General Data Protection, art. 4 (15).

compared to the US' HIPAA⁽¹⁷²⁾, which only covers specific health information generated by “covered entities” or their “business associates”⁽¹⁷³⁾.

Moreover, the processing of special categories of personal data such as genetic data, biometric data, and data concerning health is generally prohibited⁽¹⁷⁴⁾, but there are explicit exceptions⁽¹⁷⁵⁾ such as the cases, relevant for the healthcare sector, in which «the data subject has given explicit consent [...] for one or more specified purposes», where the «processing is necessary for reasons of public interest in the area of public health» or «for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes»⁽¹⁷⁶⁾.

GDPR provisions are applicable to AI-driven medicine since, in the collection of personal data, the controllers must provide data subjects with information about «the existence of automated decision-making, including profiling, referred to in Article 22 (1) and (4) and, at least in those cases, meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject»⁽¹⁷⁷⁾, where for “automated decision-making” is intended the ability to make decisions by technological means without human involvement⁽¹⁷⁸⁾.

Moreover, the right of access to the personal data recognised to data subject concerns also the information about «the existence of automated

⁽¹⁷²⁾ United States Health Insurance Portability and Accountability Act. It was created in 1996 to modernize the flow of healthcare information, stipulate how personally identifiable information maintained by the healthcare and healthcare insurance industries should be protected from fraud and theft, and address limitations on healthcare insurance coverage.

⁽¹⁷³⁾ S. GERKE, T. MINNSEN, G. COHEN, *Ethical and legal challenges of artificial intelligence-driven healthcare*, Artificial Intelligence in Healthcare, 2020, p. 295-336.

⁽¹⁷⁴⁾ Regulation (EU) 2016/679 on General Data Protection, art. 9 (1).

⁽¹⁷⁵⁾ Regulation (EU) 2016/679 on General Data Protection, art. 9 (2).

⁽¹⁷⁶⁾ Regulation (EU) 2016/679 on General Data Protection, art. 9 (2), letters a, I and j.

⁽¹⁷⁷⁾ Regulation (EU) 2016/679 on General Data Protection, art. 13 (2) letter f and art. 14 (2) letter g.

⁽¹⁷⁸⁾ Working Party on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data, Guidelines on automated individual decision-making and profiling for the purposes of Regulation 2016/679, wp251rev01, p. 8.

decision-making, including profiling [and] meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject»⁽¹⁷⁹⁾.

There are two kinds of information, *ex-ante*, addressed by the right to information established by Articles 13 (2) letter f and 14 (2) letter g and *ex-post*, addressed by Article 15 (1). The former establishes that must be provided two kinds of information, one on the existence of automated decision-making and one on its logic and envisaged consequences. About this, it is useful to underline that there is a conflict between the need for the information to be concise and understandable on the one hand and the need for it to be precise and in-depth on the other.

The latter (*ex-post* information) reiterates the same information requirements in Articles 13 and 14, but it must be determined whether the controller is required to provide the data subject with only general information or also with an individualised explanation⁽¹⁸⁰⁾.

Particularly important is the right recognised to data subjects to «not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her»⁽¹⁸¹⁾. Exceptions to what established in art. 22 (1), provided in Article 22 (2) of the GDPR, are not applicable for decisions based on genetic and biometric data as well as data concerning health⁽¹⁸²⁾. This means that it is not possible to take a decision only basing on the output of an AI elaboration, but it is necessary the intervention of a physician who shall value the AI suggestion and take responsibility for the adopted procedure.

One of the most interesting and controversial issues is related to the right to explanation and its connection with the black box problem. Recital 71 of the GDPR recognises the right «to obtain an explanation of the deci-

⁽¹⁷⁹⁾ Regulation (EU) 2016/679 on General Data Protection, art. 5 (1) letter h.

⁽¹⁸⁰⁾ EPRS (European Parliament Research Service), *The impact of General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence*, 2020, par 4.2.4 AI and transparency, p. 74.

⁽¹⁸¹⁾ Regulation (EU) 2016/679 on General Data Protection, art. 22 (1).

⁽¹⁸²⁾ Regulation (EU) 2016/679 on General Data Protection, art. 22 (4).

sion reached after such assessment and to challenge the decision». The main problem is related to the legal existence of such a right to an explanation of specific automated decisions since Recital 71 of the GDPR is not legally binding. This is deeply connected with the already explained “black box” problem (see paragraph 5.2). If such a right would be recognised, data subjects would be entitled to obtain «meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences» of automated decision-making systems, with the consequent necessity to open the above-mentioned black box.

Anyway, eminent tenet⁽¹⁸³⁾ sustains that this right cannot be recognised, due to the absence of a legal binding of recital 71, and we can agree with this position.

7. — *Conclusions.*

In this paper, we have given an overview of the state of the art on what AI is, how it is already applied in the healthcare sector and about some of the ethical and legal issues related to AI in the healthcare sector.

In particular, the main issues discussed examine some of the primary ethical challenges that need to be addressed, such as human rights and access to AI, confidentiality and informed consent, safety and transparency, unfairness and biases and privacy and data governance. This has been followed by an analysis of the main legal challenges and in particular civil liability, implementation, and privacy and data protection.

According to the overview, there are a lot of elements that are key factors necessary to create a reliable and successfully AI-based healthcare system, namely, informed consent, high levels of data protection and privacy, algorithmic fairness, transparency and regulatory oversight, high standards of safety and an optimal liability regime for AI.

⁽¹⁸³⁾ S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the general data protection regulation*, International Data Private Law, 2017.

The impact of Artificial Intelligence in everyday life is so deep that it is necessary to rethink current regulatory frameworks and update them to the new technological developments, as the European Union is doing. As a matter of fact, European institutions, such as the European Parliament and the European Commission are currently working on new regulatory frameworks related to Artificial Intelligence in general and also to singular aspects of AI.

Moreover, it is very important to have public and political discussions centred on the ethics of AI-driven healthcare such as its implications on the human workforce and the society since AI has a high potential to improve the healthcare system. To do so it is necessary not only to address the arising ethical and legal challenges but also to form the users about the implication of AI usage to avoid that a lack of knowledge leads to fear and opposition to artificial intelligence use. This can be adequately realized only if the legislators, national and supranational, will be able to face the issues in time and with the correct perspective, a perspective respectful of human rights and able to find a solution to possible problems arising from the AI applications.

DANIELE CORVI^(*)

IL CONTRATTO DI SCOMMESSA TRA ALEATORIETÀ E COVID-19

Abstract: The betting contract is a random contract both as can be deduced from the provisions of the civil code and in the most recent online forms. The alea is the structural element that qualifies it as such. Following the Covid 19 pandemic, this type of contract has been affected and in this regard the legal effects that arise.

SOMMARIO: 1. Alea e contratto di scommessa. – 2. Lotterie autorizzate e casi particolari. – 3. Le scommesse *on line*: le scommesse a palinsesto aperto. – 4. Covid-19 e scommesse.

1. — *Alea e contratto di scommessa.*

La scommessa costituisce un contratto concluso tra due soggetti in forza del quale lo scommettitore punta una determinata somma sul risultato di un evento, non ancora disputato, quindi incerto, e l'agenzia di scommesse (ovvero la concessionaria del servizio di gioco e scommessa) si impegna a restituirgli tale somma, maggiorata di una percentuale previamente indicata, nel caso in cui, disputato l'evento, il risultato corrisponda a quello su cui il primo ha scommesso⁽¹⁾. La scommessa, dunque, è un contratto aleatorio in quanto caratterizzato dall'incertezza circa il vantaggio o svantaggio economico che sarà conseguito, atteso che nel momento in cui il contratto è concluso né lo scommettitore né l'agenzia di scommesse

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Cfr. L. BUTTARO, *Del gioco e della scommessa*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1959, p. 71; M. PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, Milano, 2003, p. 2; Trib. Palermo, Sez. III, 5 agosto 2020 (n. 2509).

sono a conoscenza del risultato dell'evento⁽²⁾. La sua causa è rappresentata dall'alea che riguarda entrambe le parti e che consiste nella possibilità per il concessionario di trattenere il costo della giocata ovvero, viceversa, per lo scommettitore della vincita di una somma percentualmente maggiore della posta giocata, a seconda dell'esito dell'evento⁽³⁾. L'alea costituisce dunque un ruolo assorbente o esclusivo, essendo fine a sé stessa e il contratto si basa proprio sull'esito di una competizione o semplicemente della sorte⁽⁴⁾. Pertanto, ai fini della validità del detto contratto, occorre la sussistenza di vantaggi e oneri proporzionali che gravino sinallagmaticamente su entrambe le parti e che l'aleatorietà venga valutata al momento della conclusione del contratto e sia, per legge o per volontà delle parti, elemento essenziale del sinallagma stesso⁽⁵⁾.

L'alea sta ad indicare genericamente il rischio inerente ad ogni operazione contrattuale/negoziale, relativo alle variazioni di costi e valori delle prestazioni e sono due i tipi di rischio contrattuale a cui allude il termine suddetto: il rischio in senso stretto (alea normale del contratto) e il rischio come causa del negozio (alea giuridica)⁽⁶⁾. Il primo, definito alea normale del contratto, rappresenta una novità introdotta per la prima volta nel nostro ordinamen-

⁽²⁾ E. VALSECCHI, G. PIOLETTI, *Giocchi e scommesse*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 49; Trib. Cosenza, 15 novembre 2018 (n. 2434); Trib. Gorizia, 17 ottobre 2018 (n. 442); Cass., 2 dicembre 1993, n. 11924.

⁽³⁾ Cass., 4 gennaio 1993, n. 10; Cass., 30 agosto 2004, n. 17399; Cass., 28 febbraio 2013, n. 5050; C. CHIARIELLO, *Una lettura costituzionalmente orientata delle sanzioni sul gioco lecito* (nota a Trib. Brescia, 12 settembre 2017), in *Giust.Amm.it*, 2017, 4; R. CHIEPPA, *Scommesse sportive e rischio di manipolazione delle competizioni sportive*, in *Riv. dir. sportivo*, 2017, p. 271; N. COGGIOLA, *Il doppio azzardo del giocatore: in contratti di gioco e scommessa in dottrina e in giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 75

⁽⁴⁾ M. PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, Torino, 2006, p. 545.

⁽⁵⁾ Cass., 28 febbraio 2013, n. 5050; Cass., 30 agosto 2004, n. 17399. C.A. FUNAIOLI, *Debiti di giuoco o di scommessa: in particolare obbligazioni naturali da scommessa e rilevanza dei vizi della volontà*, in *Studi in onore di Francesco Messineo*, Milano, 1959, p. 170; E. MOSCATI, *Le obbligazioni naturali*, in *Fonti legali e fonti private delle obbligazioni*, Padova, 1999.

⁽⁶⁾ G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 74; D. CORVI, *Alea tra legge e mercato*, Napoli, 2016, p. 7; A. MUSIO, *Gioco autorizzato e rimedi civilistici*, Napoli, 2020, p. 73.

to giuridico dall'art. 1467, 2° comma, c.c. del 1942⁽⁷⁾. Con esso si allude al grado di incertezza economica naturale e implicito in tutti i contratti, che può rendere più o meno vantaggiosa per una parte o per l'altra una determinata operazione economica, ma che non incide sulla predeterminazione delle rispettive prestazioni e ricade interamente sulla parte. Il secondo allude invece al fattore di incertezza non solo economica ma anche giuridica che caratterizza i cosiddetti contratti aleatori, in cui non è incerta soltanto la convenienza dell'operazione economica posta in essere dalle parti, ma la stessa prestazione che una o entrambe dovranno eseguire: la scommessa rientra in questa seconda tipologia. In genere tutti i contratti, come tutti gli affari, sono caratterizzati da un'alea, cioè da un rischio, nel senso che fanno correre un rischio economico ai contraenti⁽⁸⁾. La differenza tra le due specie di alee (normale e giuridica) è stata individuata dalla dottrina nel senso che il rischio economico in senso stretto è quello che incide sul valore economico di una prestazione già determinata e il rischio economico rileva attraverso la risoluzione del rapporto negoziale quando consegua da eventi straordinari e imprevedibili ed ecceda un ambito di normalità⁽⁹⁾; l'alea giuridica, invece, riguarda l'esistenza stessa della prestazione oppure la determinazione e un eventuale aggravamento da essa dipendente incontra la risoluzione a causa della natura del contratto aleatorio. In tal senso l'esito incerto di un risultato sportivo di una scommessa fa sì che questo renda aleatorietà la prestazione a vantaggio di una parte o dell'altra.

La figura del contratto aleatorio è comunemente indicata come specie dei contratti a titolo oneroso⁽¹⁰⁾: più raramente lo si trova considerato come

⁽⁷⁾ Cfr. A. GAMBINO, *La assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Napoli, 2015; L. BUTTARO, *L'interesse nell'assicurazione*, Milano, 1954.

⁽⁸⁾ V. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 2008, p. 331.

⁽⁹⁾ A. BOSELLI, *Rischio, alea e alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 776; L. BUTTARO, *Contratto di giuoco e contratto plurilaterale*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 50; E. GABRIELI, *Alea e rischio nel contratto*, Urbino, 1997, p. 44.

⁽¹⁰⁾ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1959, p. 219; L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, p. 83; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milano, 1948, p. 302; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, p. 123.

una specie di contratto a prestazioni corrispettive⁽¹¹⁾. Ma anche chi propone questa classificazione non si sottrae alla forza della tradizione e definisce il contratto aleatorio mediante gli elementi del vantaggio patrimoniale e dell'onere correlativo, cioè per mezzo dei concetti che sono tradizionalmente utilizzati per caratterizzare i contratti a titolo oneroso, contrapposti ai contratti a titolo gratuito (vantaggi e oneri patrimoniali reciproci negli uni e non negli altri)⁽¹²⁾. Si dice, infatti, che nei contratti aleatori sarebbe impossibile valutare, al momento della stipulazione del contratto, questa relazione di reciprocità tra vantaggi e oneri: sarebbe cioè ignoto, se il contraente, in dipendenza di un determinato evento incerto, conseguirà dal contratto un vantaggio o piuttosto un effetto patrimoniale sfavorevole. I contraenti affidano all'alea la speranza di un favorevole risultato economico, assumendo quello che appunto è definito rischio.

Accanto a questa concezione tradizionale, fondata tendenzialmente sull'incertezza del risultato economico del contratto, va delineandosi un'altra tendenza, la quale, rilevando che in tutti i contratti, certi ed aleatori, i contraenti non fanno quale sia l'entità del loro sacrificio (che, cioè, un rischio ricorre in tutti i contratti); lavorando sulla distinzione tra alea normale (art. 1467 c.c.) e giuridica ed approfondendo la nozione di contratto aleatorio per volontà di parti (art. 1469 c.c.), perviene a restringere la portata della categoria ed a mutarne il connotato tipico, ravvisandolo nell'incidenza dell'evento incerto sull'esistenza o sulla determinazione di una prestazione⁽¹³⁾. L'alea si

⁽¹¹⁾ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 622. Considerava i contratti aleatori come una sottocategoria dei contratti bilaterali E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1920, p. 251. M. ALLARA, *La vendita. Corso di diritto civile*, 1946-47, p. 86, riferisce la distinzione contratto aleatorio e commutativo (certo) ad entrambe le ripartizioni, oneroso e gratuito, a prestazioni e senza prestazioni corrispettive

⁽¹²⁾ Cfr. A. PALAZZO, S. MAZZARESE, *I contratti gratuiti*, Torino, 2008, p. 19.

⁽¹³⁾ Già degli spunti in D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, pp. 297 e 426; A. PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952, p. 71; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1958, p. 465; G. ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, Pavia, 1954, p. 356; G. AULETTA, *Risoluzione e rescissione dei contratti (rass. di giur.)*, II, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 170 ss.; ma, in particolare A. DALMARTELLO, *Adempimento e inadempimento nel contratto di rapporto*, Padova, 1958, p. 329, nt. 173-bis; e T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di bor-*

presenta dunque nel senso più comprensivo, come quell'evento incerto che può influire sull'economia contrattuale, relativamente alla variazione di costi e valori delle prestazioni⁽¹⁴⁾.

La ricostruzione delle diverse tipologie di alea e la definizione del contratto aleatorio appaiono facilitate nel nostro sistema dall'assenza di una nozione codificata di contratto aleatorio; è possibile infatti disegnare una categoria dai confini rigorosi senza preoccuparsi di incerti dati testuali. Così, l'interprete deve verificare se esista una nozione giuridica di alea e individuarne lo statuto; oppure, se l'alea sia un concetto irrilevante, di per sé stesso, per il diritto; o ancora rappresenti una sintesi verbale di problematiche differenti e, talvolta, discordanti, riconducibili ad una pluralità di fattispecie, variamente disciplinate dal legislatore.

Oltre all'aleatorietà, la dottrina ravvisa nella scommessa l'intento ludico, proprio perché volto a realizzare una funzione frivola tra l'illiceità cui l'ordinamento appronta la sanzione della nullità e la piena meritevolezza, non ravvisando nella scommessa né illiceità né immoralità, ma solamente mancanza di utilità sociale⁽¹⁵⁾. Se la scommessa è proibita, *ex art. 721 c.p.*, il

sa, in *Banca borsa tit. cred.*, 1958, I, p. 435 ss. Incerto il pensiero di G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1951, p. 253 ss. Cfr. pure R. NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1024 ss., ove non mancano spunti nel senso della concezione più moderna, per quanto in sostanza sia riaffermato il concetto tradizionale di contratto aleatorio.

⁽¹⁴⁾ Si deve poi tenere presente la tendenza che accentua, nella nozione di contratto aleatorio, l'aspetto della cosiddetta "assunzione del rischio", per altro non sfuggendo agli influssi dell'opinione tradizionale: cfr. A. BOSELLI, *Le obbligazioni fondamentali del contratto aleatorio*, Milano, 1949, p. 596 ss.; ID., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, p. 171 ss.; L. BUTTARO, *In tema di giuoco*, cit., p. 403 ss.; E. VALSECCHI, *Giuoco, scommessa e transazione*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1954, p. 28.

⁽¹⁵⁾ Che non si tratti soltanto di un problema di considerazione quanto piuttosto di rilevanza sociale e meritevolezza di tutela degli interessi è confermato da G.H. TREITEL, *An outline of the law of contract*, London, 1995, p. 37, il quale afferma che la nullità delle promesse di entrambe le parti, comminata dal § 18 del *Gaming Act* 1845, nel caso di gioco e scommessa si basa «on the different policy grounds, which, in each of the situations discussed, invalidate the promise or promises in question». Il *Gaming Act* 1845 *sect.* 18, sancisce infatti un'ipotesi di *statutory illegality*, secondo la quale sono nulli i contratti di gioco o scommessa e non si può recuperare quanto prestato in adempimento degli stessi; per il nostro sistema D. CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 495 ss.

negozio è illecito e nessun diritto sorge a favore del vincitore, il quale è tenuto a restituire ciò che il perdente abbia eventualmente pagato. Se, invece, è lecita il vincitore non ha azione, ma il perdente non può ripetere quanto abbia spontaneamente pagato. L'azione è, invece, ammessa se si tratti di scommesse relative a competizioni sportive o di lotterie autorizzate⁽¹⁶⁾. La scommessa è disciplinata agli articoli 1933, 1934 e 1935 del codice civile al capo intitolato del giuoco e della scommessa. Giuoco e scommessa vengono quindi individuati nel codice come un'unica categoria e il codice non dà una definizione di tale distinzione, ma si limita a stabilire all'art. 1933 che, salvo nelle ipotesi in cui sia stata presente una frode o che lo scommettitore sia un'incapace, il perdente che ha pagato non può esigere la restituzione di quanto eventualmente pagato e, nello stesso tempo, il vincitore non può quindi costringere nemmeno in via giudiziale al pagamento l'altra parte. Si configurano dunque entrambi come obbligazioni naturali, con l'eccezione rappresentata dagli articoli 1934 e 1935, che stabiliscono che nelle ipotesi di giuochi o scommesse relativi a competizioni sportive o a lotterie legalmente autorizzate si configurano delle obbligazioni perfette con la conseguenza che il vincitore ha diritto di agire in giudizio per ottenere quanto ha vinto, a meno che la posta in gioco sia ritenuta eccessiva dal giudice. La dottrina non ha mancato di interrogarsi sul fondamento della piena tutela riconosciuta ai debiti derivanti da competizioni sportive e ha tenuto conto sia del perseguimento dell'interesse generale alla tutela della salute dei cittadini, sia della rilevanza economica delle scommesse sportive, che possono costituire una notevole fonte di finanziamento per le organizzazioni sportive⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ A. GENTILI, *Il contratto di gioco e la scommessa*, in *Diritto civile* dir. da Lipari e Rescigno, Milano, 2009, p. 1031; P. GHIONNI, *Assegno bancario, funzione di garanzia e debiti di gioco*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, p. 349.

⁽¹⁷⁾ L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 6; propende per la finalità pubblica la giurisprudenza, C. Stato, 12 novembre 1993, n. 841, in *Cons. Stato*, 1993, I, p. 1478; per l'ente preposto alla regolamentazione dell'attività di scommesse sulle corse dei cavalli; e Tar Valle d'Aosta, 22 luglio 1992, n. 103, in *Trib. amm. reg.*, 1992, I, p. 3897, per l'attività delle case da gioco. Le scommesse organizzate e i concorsi pronostici, per il notevole numero di partecipanti e per l'entità degli interessi patrimoniali coinvolti non sono regolati in maniera analoga. La materia è disciplinata dal testo unico delle leggi di pubblica sicurezza

La distinzione fra gioco e scommessa è però un terreno su cui la dottrina ha dibattuto⁽¹⁸⁾. Le soluzioni proposte dalla dottrina tradizionale possono essere raggruppate in base a diversi criteri: dell'elemento soggettivo o dell'intento perseguito, per cui si avrà gioco nel caso in cui le parti si prefiggano l'obiettivo di divertirsi e/o guadagnare, mentre ci sarà scommessa, qualora si voglia dirimere o rafforzare un serio dissenso di opinione ovvero dallo spirito di puntiglio, il desiderio cioè della soddisfazione derivante dall'aver avuto ragione; della natura dell'evento per cui si avrà gioco se l'evento posto in condizione sia un gioco in senso tecnico, in caso contrario scommessa; dell'elemento oggettivo o della partecipazione o meno dei contraenti al verificarsi del risultato. Gioco e scommessa sono entrambi contratti aleatori nei quali l'oggetto dell'obbligazione non consiste in un dare o in un fare ma nell'assunzione di rischi contrapposti ed equivalenti. Lo scambio o la corrispettività nei contratti aleatori risiede quindi nella reciprocità del rischio che nel caso della scommessa è il frutto di una creazione artificiale. Il contenuto di tali contratti, individuato dalle disposizioni negoziali che definiscono il rapporto e le prestazioni delle parti, si specifica in un'attività agonistica o ludica e nella messa in palio di una posta economica. Assumono un ruolo di primo piano le regole del gioco che ne determinano la natura e costituiscono l'elemento fondamentale per valutare la conformità del gioco alla normativa vigente e l'assenza di frode. La dottrina prevalente sembra aderire a quest'ultima impostazione, distinguendo il gioco dalla scommessa in base alla fattiva partecipazione della parti alla determinazione dell'evento, per cui si ha gioco nel caso di una gara o una partita (o comunque un'attività di tipo competitivo) a contenuto sportivo o ricreativo in cui due o più persone si impegnano fattivamente puntando sull'esito della

e da alcune leggi speciali; si prevede la necessità di un'apposita autorizzazione all'esercizio dei giochi oltre all'approvazione dello specifico regolamento. Si discute se queste ipotesi di giochi e scommesse debbano rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 1935 c.c. e dell'art. 1934 c.c.

⁽¹⁸⁾ U. GUALAZZINI, *Giocchi e scommesse – a) Parte storica*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 31; A. FEDELE, *Gioco o scommessa?*, in *Riv. dir. comm.*, Milano, 1948, p. 2; L. BOLAFFIO, *Deposito preventivo delle poste nel gioco o nella scommessa*, in *Giur. it.*, 1923, I, c. 1; B. BELOTTI, *Gioco*, in *Dig. it.*, VI, Torino, 1907, p. 402.

gara una somma di denaro o altro bene⁽¹⁹⁾; scommessa nel caso di una contesa o sfida sulla verità di un fatto o di un'affermazione in ordine alla quale le parti pattuiscono una posta patrimoniale. Aderendo a tale teoria si avrà che la scommessa sarà sempre rilevante (tranne nel caso in cui la prestazione promessa non abbia carattere patrimoniale) mentre il gioco diverrà giuridicamente rilevante solo quando è fonte di obbligazioni di natura patrimoniale assumendo la cosiddetta veste di gioco interessato. D'altro canto come si è avuto modo di rilevare ancorché la dottrina sia prevalentemente orientata verso tale distinzione, comunque riconosce una limitatissima rilevanza all'attività del gioco e alle sue regole⁽²⁰⁾. Quest'ultime al limite rilevano come meri fatti, esterni al contratto, ed utili per l'individuazione del vincitore⁽²¹⁾. Il fatto che si pone in dubbio la rilevanza giuridica del giuoco rispetto alle scommesse comporta la conseguenza dell'inclusione del primo nel novero dei negozi. La tesi dottrina ha avuto adesione da parte di chi ha individuato le caratteristiche che confermano la natura extragiuridica del gioco⁽²²⁾ nella sua funzione, rivolta a procurare diletto e quindi inutile in senso economico, e nella sua struttura, consistente in una competizione a parti contrapposte, governata da regole rigide ed inderogabili, rivolte ad esprimere valori rilevanti esclusivamente nel suo ambito. La dottrina dianzi richiamata sottolinea come le caratteristiche sottese al gioco contrastano con l'essenza stessa del fenomeno giuridico nel quale sono intrinseci i caratteri della serietà ed utilità⁽²³⁾. Di converso, è stato

⁽¹⁹⁾ M. PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, cit., p. 47, osserva come la maggior parte della dottrina concordi sulla distinzione tra gioco e scommessa in base alla partecipazione ad esso dei contraenti, dal loro concorso al verificarsi dell'esito.

⁽²⁰⁾ L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 8.

⁽²¹⁾ In senso contrario C. FURNO, *Note critiche in tema di giochi, scommesse e arbitraggi sportivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 642.

⁽²²⁾ E. ALSECCHI, *Giuochi e scommesse – b) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1975, p. 49.

⁽²³⁾ G. GIANDOMENICO, D. RICCIO, *I contratti speciali. I contratti aleatori*, Torino, 2005, p. 135: la scommessa è sempre rilevante per il diritto, poiché essa ha sempre contenuto patrimoniale; mentre il gioco non sempre è rilevante per il diritto, ma solo quando esso diviene fonte di obbligazioni a contenuto patrimoniale (gioco patrimonializzato), cioè quando i contraenti-giocatori si accordano per pagare una posta al contraente-giocatore che risulterà vincitore alla gara.

sostenuto che qualora il risultato del gioco venisse assunto come oggetto di una previsione da parte di persone partecipanti ad esso o ad esso estraneo, e al risultato della previsione venisse subordinata un'attribuzione patrimoniale allora sorgerebbe quell'elemento utilitario – estraneo al gioco – costituente il contenuto del contratto di scommessa. Dunque, secondo questa teoria il gioco rappresenta il presupposto di fatto della scommessa dalla quale rimane distinto ed autonomo ovvero si pone in rapporto di strumentalità rispetto ad essa. Sotto tale ottica sarebbe concepibile un gioco senza la scommessa, compendiabile all'interno del cosiddetto “gioco disinteressato”, facilmente individuabile ogni qual volta vi sia la semplice e libera espressione del proprio estro, e una scommessa senza gioco, rinvenibile nel cosiddetto “gioco interessato”, quale può essere la scommessa legata ad una divergenza di opinioni non relativa a risultati di un gioco. Sintetizzando il gioco può essere definito una competizione con finalità ricreativa che si conclude con la vittoria di singoli o di gruppi secondo determinate regole, che non sono giuridiche e possono al più rilevare come presupposto di fatto per l'applicazione di regole giuridiche. Il debito di gioco è il debito avente ad oggetto la posta, cioè la somma di denaro o altro bene che un partecipante deve all'altro in base all'esito dell'attività ludica. La scommessa è, invece, la promessa di una somma di denaro o di altro bene a chi preveda esattamente un evento futuro ed incerto; tale evento può consistere anche nell'esito vittorioso di un gioco: in tal caso, peraltro, l'elemento prevalente è pur sempre quello della scommessa in quanto la somma è dovuta per l'indovinata previsione dell'evento e non come premio per la vittoriosa partecipazione all'attività del gioco⁽²⁴⁾.

Come detto, il rapporto tra la possibile vincita e la posta è chiamato quota. Ora, partendo dal fatto che la scommessa sorge come contratto bilaterale, è stato rilevato che tale contratto muterebbe struttura in fase di esecuzione, diventando unilaterale: solo uno dei contraenti – il perdente – effettua infatti la prestazione. L'evento aleatorio, dunque, determinerebbe, secondo questa ricostruzione, quale tra le parti otterrà un arricchimento e quale una perdita (alea indubbiamente bilaterale). In vista di quest'ultima circostanza

⁽²⁴⁾ E. VALSECCHI, G. PIOLETTI, *Giocchi e scommesse*, cit., p. 49.

è stata giustamente osservata l'inesattezza del rilievo sul mutamento strutturale rispetto alla tipica scommessa tra due persone⁽²⁵⁾: in questo caso nella scommessa è ravvisabile una situazione soggettiva d'incertezza in un'obbligazione alternativa. Ma questa configurazione non può essere attribuita anche alla scommessa nella quale la prestazione di una parte è determinata sin dal momento della conclusione del contratto e viene eseguita prima del verificarsi dell'evento incerto, mentre la prestazione dell'altra (organizzatore) deve essere eseguita solo se risulta perdente. Non è possibile ritenere che questo contratto sia fonte di un'obbligazione alternativa. Poiché la misura della prestazione che eseguirebbe l'organizzatore è diversa dalla misura della prestazione che esegue l'altra⁽²⁶⁾.

Una tendenza reputa che la scommessa bilaterale sia fondata di due obbligazioni corrispettive e reciprocamente condizionate. Ma per superare la considerazione che il contratto diverrebbe unilaterale in fase d'esecuzione e andando così a negare la configurazione della scommessa quale contratto a prestazioni corrispettive, si è ravvisata la prestazione degli scommettitori nella cosiddetta assunzione del rischio, la quale consente di ravvisare una controprestazione anche quando, verificatosi l'evento incerto, l'obbligazione del pagamento della posta, si sia concentrata a carico di uno solo dei contraenti⁽²⁷⁾. Lo sforzo di ampliare la nozione di prestazione pur di salvare la qualifica di contratto a prestazioni corrispettive, se si tiene presente la nozione di prestazione come risultato utile non appare convincente.

Ci si domanda, dunque, quale utilità conseguono i contraenti nella semplice ipotesi di scommessa (se non si accetta l'opinione che in essa ravvisa un'obbligazione alternativa) e nelle scommesse nelle quali una parte anticipa la posta e l'altra, cioè l'organizzatore, dovrà la posta, qualora si verifichi l'evento indicato da chi con lui ha scommesso. Sarebbe ravvisabile un'utilità solamente nella prestazione della posta, mentre invece, nella assunzione del

⁽²⁵⁾ L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 56.

⁽²⁶⁾ L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 56.

⁽²⁷⁾ A. BOSELLI, *Rischio, alea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 780 ss.; ID., *Le obbligazioni fondamentali*, *ivi*, 1949, p. 611; cfr. pure E. VALSECCHI, *Giuoco, scommessa e transazione*, cit., p. 29.

rischio non è ravvisabile alcuna utilità: l'eventualità per una parte di ricevere la posta non è altro se non un aspetto dell'obbligazione della controparte di pagare la posta e non è dunque ravvisabile una prestazione o una fase di prestazione. La conclusione con molta probabilità è questa: è errato concepire la scommessa come contratto a prestazioni corrispettive. In realtà nella scommessa, se si guarda al risultato finale tenuto presente dalle parti, che nello stipulare sanno che solo una parte si arricchirà a spese dell'altra, non c'è corrispettività. Il rapporto intercorrente tra le due promesse della posta, reciprocamente e inversamente condizionale dal medesimo evento, rende il contratto necessariamente unilaterale, benché l'alea è necessariamente bilaterale. Vi saranno un solo arricchimento e un solo depauperamento e questa considerazione può essere proiettata nelle disposizioni del codice civile, se ci si convince che il concetto di contratto a prestazioni corrispettive e quello di contratto unilaterale si imperniamo sull'elemento prestazione, cosicché per determinare se un contratto rientri nell'una o nell'altra categoria occorre accertare se esso comporti una prestazione o prestazioni reciproche (in senso finalistico).

Nella scommessa non sono ravvisabili prestazioni reciproche, quali risultati utili ed in ciò è ravvisabile la differenza dai contratti con prestazione di garanzia, nei quali la finalità consiste nella realizzazione di uno scambio. Classico esempio di quest'ultimo tipo è dato dalla prestazione dell'assicuratore con cui questo fa conseguire un'utilità all'assicurato anche indipendentemente dall'utilità che costui possa ottenere in virtù dell'indennità. Emerge da questa analisi una nozione di oggetto del contratto che dal legislatore è chiamata prestazione e che può esser meglio definita come risultato utile. A sua volta le nozioni di contratto con o senza prestazioni corrispettive coincidono con quelle di contratto con o senza risultati utili reciproci e le nozioni di contratto aleatorio e certo attengono alla incertezza, o certezza, essenziale al contratto, circa la misura o il conseguimento del risultato utile. Sulla base di quest'ultima figura è risultato evidente come in alcuni contratti parrebbe necessario ravvisare il risultato utile nella prestazione di una garanzia. L'utilità conseguita mediante la collaborazione altrui può essere ottenuta solo mediante un fare o un dare, ma anche mediante la prestazione di una

garanzia, che ha due fasi: l'una conseguente al verificarsi dell'evento temuto, quando cioè la garanzia si risolve nell'indennità, l'altra antecedente prevede che il garantito riceva un'utilità dal garante, cioè la tranquillità di vedersi indennizzato al verificarsi dell'evento temuto.

A seconda della struttura, si distingue tra scommessa attuata con un contratto bilaterale ovvero con un contratto plurilaterale: nella prima ipotesi il rapporto è identico a quello di una isolata scommessa fra due parti (esempio: lotto, *roulette*, *bakarat*, *chemin de fer*, *trente et quarante*, biliardo, scopa, tresette, *etc.*) e cioè scommettitore e organizzatore, il quale è concomitante di altre parallele e indipendenti l'una dall'altra pattuizioni aventi lo stesso punto di riferimento oggettivo, creandosi dunque la possibilità di "sbancare"⁽²⁸⁾; nella seconda ipotesi, ricorrono le caratteristiche di un rapporto associativo, quali la costituzione di un fondo comune e la non corrispettività delle prestazioni degli scommettitori, essendo la controprestazione costituita dalla partecipazione alla scommessa e dall'assegnazione del fondo comune in forma di premi (esempio: *poker*, tombola, lotteria e ogni specie di scommessa al totalizzatore): l'organizzatore assume dunque la veste di mandatario per operazioni relative alla riscossione e alla ripartizione successiva, con la conseguenza che i partecipanti scommettono gli uni contro gli altri⁽²⁹⁾.

In base alla natura del rischio, si distingue la scommessa d'azzardo, di abilità o mista. La prima consiste nella scommessa collegata con un gioco il cui esito dipende esclusivamente o quasi dalla sorte, la seconda dall'abilità, la terza dalla sorte e dall'abilità insieme. Un'ulteriore distinzione è quella tra scommesse collettive, per le quali è necessaria la partecipazione di una pluralità di soggetti, scommesse organizzate, che richiedono la presenza di una organizzazione e scommesse a parti contrapposte, c.d. scommesse semplici, che si instaurano fra due persone in posizione opposta rispetto al rischio, in guisa che se l'una vince, l'altra perde e viceversa. Alla categoria delle scommesse innocue, tollerate dalla legge perché considerate socialmente non pe-

⁽²⁸⁾ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, p. 1259.

⁽²⁹⁾ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1259; D. CORVI, *Alea tra legge e mercato*, cit., p. 25.

ricolose, l'ordinamento presta, quindi, il riconoscimento indiretto della *soluti retentio*. Rientrano in questo campo le scommesse che non sono proibite e quelle che non presentano la caratteristica dell'utilità sociale; si tratta di scommesse relative a giochi familiari, nei quali, di solito, le poste in palio sono modeste, generalmente sono giochi di abilità o misti (ad esempio: la dama, gli scacchi, la scopa, il *bridge*, la briscola, la canasta, *etc.*); peraltro, anche nel caso in cui la scommessa presenti le caratteristiche dell'azzardo, come nel caso del *poker*, della *roulette*, dello *chemin de fer*, la si deve considerare come rientrante in questa categoria se mancano le condizioni previste dalla legge penale per la sua proibizione.

2. — *Lotterie autorizzate e casi particolari.*

L'art. 1935 è quello che sancisce la piena tutela per le lotterie che siano state legalmente autorizzate. Parte della dottrina indica la peculiarità di questa figura rispetto alle altre ipotesi di giochi e scommesse muniti di azione di cui all'art. 1934 c.c., in due elementi⁽³⁰⁾: il primo è che la vincita dipende da un'estrazione a sorte, e ricomprende dunque una pluralità di figure eterogenee, dal lotto alla tombola, alla pesca di beneficenza alle lotterie; il secondo è che la posta deve essere versata anticipatamente⁽³¹⁾. L'autorizzazione non rappresenta la caratteristica esclusiva delle lotterie disciplinate in questa disposizione; nel caso in esame la *ratio* della previsione risiede nell'esigenza di tutelare l'amministrazione finanziaria, riservando allo Stato i proventi derivanti dalle suddette lotterie. L'autorizzazione realizzerebbe un elemento della fattispecie, la cui assenza comporterebbe la nullità del contratto e la ripetibilità delle prestazioni⁽³²⁾; alle

⁽³⁰⁾ Secondo L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 7, le lotterie *ex art.* 1935 c.c. sono caratterizzate dalla estrazione a sorte, mentre nei concorsi pronostici è l'esito della competizione sportiva ad essere rilevante; inoltre, la *ratio* della tutela legislativa sarebbe diversa, in quanto volta a raccogliere mezzi patrimoniali necessari per il finanziamento dell'attività sportiva.

⁽³¹⁾ L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 8.

⁽³²⁾ E. VALSECCHI, *Giuoco, scommessa e transazione*, cit., p. 49 ss.

lotterie non autorizzate, dunque, non sarebbe estesa neanche la più limitata tutela della *soluti retentio*, cioè anche in ragione del fatto che in queste ipotesi la posta viene pagata anticipatamente, mentre per l'art. 1933, 2° comma, c.c., sono irripetibili le prestazioni eseguite dopo aver conosciuto l'esito del gioco. L'irripetibilità, quindi, si applica a tutti i debiti che, pur nascendo da negozi diversi dal contratto di gioco, sono contratti di giocatori, o da un giocatore con il gestore della casa da gioco, per iniziare o proseguire il gioco. In realtà nei giochi organizzati l'organizzatore del gioco si tutela dalla carenza di gioco esigendo il pagamento della posta anteriormente al gioco stesso, il che induce a qualificare come reale il contratto. Queste regole si applicano anche al gioco esercitato nelle case da gioco organizzate da taluni comuni (San Remo, Venezia) e all'uopo autorizzate, in quanto, secondo l'interpretazione prevalente, l'autorizzazione della quale godono ha il solo effetto di togliere valore alle sanzioni penali stabilite per i giochi d'azzardo, ma non incide sul regime privatistico del gioco⁽³³⁾. Solo in alcune ipotesi il gioco e la scommessa dà luogo a un'obbligazione legale con la possibilità di agire in giudizio e cioè nel caso di lotterie autorizzate (lotto, totocalcio ecc.) e nel caso di competizioni sportive, sia per chi partecipa direttamente (la "borsa" prevista per un incontro di pugilato o un torneo di tennis) sia per chi scommette solo sul risultato⁽³⁴⁾. A tal proposito, per il totocalcio il contratto di scommessa ha natura privatistica, le cui clausole sono vincolanti per il giocatore⁽³⁵⁾, pur senza la specifica approvazione per iscritti, e si conclude nel momento in cui il CONI riceve le schedine, le quali sono un titolo di credito, perché non destinate alla circolazione e prive della caratteristica dell'autonomia e della letteralità⁽³⁶⁾.

L'art. 1935 c.c. gode di un certo interesse per la diffusione nella prassi di figure da ricondursi nella sua sfera applicativa. La promessa di attribuire un premio mediante estrazione a sorte o al verificarsi di determinate condizioni è pattuizione di frequente connessa a contratti di vendita di prodotti di largo

⁽³³⁾ M. PARADISO, *Gioco, scommessa e rendita*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2006, p. 34.

⁽³⁴⁾ V. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 488.

⁽³⁵⁾ Cass., 12 luglio 1991, n. 7763.

⁽³⁶⁾ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1259.

consumo o all'emissione di un prestito obbligazionario. I concorsi a premio, diretti a propagandare prodotti commerciali, si distinguono dalle lotterie, con premi di denaro, leciti solo se espressamente previsti, in quanto attraverso di essi si mira ad aumentare la domanda di beni e servizi offrendo gratuitamente premi ai consumatori o ai rivenditori. La dottrina estranea queste ipotesi dalle fattispecie disciplinate dall'art. 1935 c.c., in quanto viene meno la bilateralità dell'alea, e risultano piuttosto riconducibili ad un contratto di vendita cui si aggiunge una promessa aleatoria o condizionata del venditore o dell'emittente di un prestito obbligazionario.

Per quanto attiene alle operazioni a premio con bollini, punti, omaggi, sembra, secondo i più, doversi negare il carattere dell'aleatorietà poiché non vi è incertezza né con riguardo alla prestazione né al soggetto, né al rischio di trovare un buono maggiore o minore valore, poiché sono tutti rappresentativi di un medesimo punteggio. Stesso discorso vale anche per quei casi in cui l'assegnazione dei premi dipenda dall'abilità dei partecipanti, in ragione del fatto che l'incertezza sul risultato favorevole non dipende dalla sorte, ma dalla capacità dei concorrenti.

Nel caso di operazioni a premio che integrano la fattispecie di promessa al pubblico, deve ritenersi che ricorra il carattere dell'aleatorietà solo nel caso in cui la prestazione promessa dipenda da un'estrazione a sorte o vi sia una serie di tagliandi abbinati ad un certo numero di prodotti secondo percentuali stabilite, che devono essere autorizzate e controllate dell'autorità amministrativa. In questo caso l'alea rappresenta un momento essenziale dello scambio, poiché al momento dell'acquisto è già nota l'incertezza della controprestazione. La dottrina ha così approfondito la struttura della promessa aleatoria per indicare alcuni tratti che rendono peculiari queste fattispecie rispetto alle tradizionali ipotesi di contratto aleatorio. In particolare la promessa differirebbe dal gioco e dalla scommessa per il diverso modo di operare dell'evento futuro e incerto; nella prima volta a determinare quale tra i partecipanti avrà il diritto al premio, nel secondo, invece, quale dei due contraenti avrà diritto alla prestazione⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ G. SBISA, *Direzione e coordinamento di società*, Milano, 2012, p. 144. L'autore segnala che anche l'ipotesi in cui il numero delle vendite previste, sulle quali viene ripartito il costo dei premi, non coincida con quello delle vendite effettive, non deve essere ricondotta all'alea,

In più si ritiene che l'alea, nella promessa al pubblico, sia soltanto unilaterale, poiché l'organizzatore del concorso conosce già in precedenza l'entità dei premi e quindi l'onere a suo carico, anche se non sa a chi dovrà corrisponderli⁽³⁸⁾. La conclusione della dottrina maggioritaria è comunque di ricondurre le operazioni e i concorsi a premio nella categoria dei contratti aleatori atipici, perché l'aleatorietà è un carattere che il contratto può assumere in relazione allo svolgimento di varie funzioni, che continuano a essere soggette alla disciplina loro propria, mentre l'influenza dell'alea, con riguardo alle norme generali sui contratti, si manifesta nelle vicende in tema di risoluzione e di rescissione⁽³⁹⁾. L'interprete deve dunque porsi la questione della rilevanza giuridica di queste figure in quanto sembrano talvolta idonee a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico *ex art.* 1322 c.c.⁽⁴⁰⁾.

Spesso la dottrina ha indicato quale unico tratto caratterizzante il negozio aleatorio, la peculiare funzione di "lucro incerto". Tale funzione se da una parte non riesce a delimitare rigorosamente i confini della categoria, dall'altra, non sembra rispondere ad un interesse meritevole di tutela *ex art.* 1322 c.c.⁽⁴¹⁾. La meritevolezza degli interessi è canone sempre più svuotato di contenuto dagli interpreti, mentre solleciterebbe qualche più attenta riflessione. Laddove l'unica funzione è quella di correre l'alea, nel gioco e nella scommessa, il legislatore ha ritenuto di non dotare di tutela piena le obbligazioni sorte in capo alle parti, escludendo la possibilità di agire in giudizio

poiché si tratta sempre di naturale incidenza del rischio d'impresa. Così anche R. NICOLÒ, *Alea*, cit., p. 1030, il quale, però, non ammette peso significativo alla distinzione. Altra dottrina riconduce i prestiti a premio alla scommessa plurilaterale, così E. VALSECCHI, *Gioco, scommessa e transazione*, cit., p. 49.

⁽³⁸⁾ G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., p. 145.

⁽³⁹⁾ G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., p. 146. In questo senso, l'autore segnala l'inconfigurabilità di un caso, sia pure di scuola, di rescissione dei concorsi a premio, e la difficoltà di immaginare anche qualche ipotesi plausibile di eccessiva onerosità sopravvenuta.

⁽⁴⁰⁾ R. NICOLÒ, *Alea*, cit., p. 1030.

⁽⁴¹⁾ Sulla meritevolezza degli interessi sottesi al contratto si vedano, tra gli altri, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1953, p. 189; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, p. 406.

per l'adempimento e sancendo soltanto il limitato effetto della *soluti retentio*.

Per i contratti aleatori tipici non si pone un problema di meritevolezza di tutela; ma non tutti i negozi, volti a realizzare funzione di lucro incerto ricevono lo stesso trattamento proprio in punto di tutela delle obbligazioni nascenti dall'accordo. Inoltre l'affermazione secondo la quale l'incertezza sul risultato economico, in dipendenza del peculiare meccanismo strutturale dei contratti aleatori, si accompagnerebbe alla funzione caratterizzante, di volta in volta, gli specifici negozi, i quali da quest'ultima trarrebbero il fondamento della loro tutela, non pare sostenibile⁽⁴²⁾, poiché ridurrebbe l'interesse, per così dire, aleatorio ad un coefficiente di incertezza che verrebbe "tollerato" dall'ordinamento, in ragione della presenza nello stesso atto di una funzione ulteriore meritevole di piena tutela.

Si ritiene perciò di superare i dubbi intorno alla configurabilità di una causa generica e di delineare una funzione propria della categoria, che si specificherà di volta in volta in ragione del negozio concretamente concluso. La funzione di gestione e neutralizzazione dei rischi, può quindi essere realizzata in vari modi e con diverse gradazioni, dal "correre l'alea" nel gioco e nella scommessa, a negozi che pur essendo volti a gestire e tutelarsi dal rischio non sono aleatori, perché non ne presentano la struttura.

3. — *Le scommesse on line: le scommesse a palinsesto aperto.*

Con l'evolversi della tecnologia e ancor più oggi, con le varie restrizioni da Covid-19, assumono sempre più rilevanza delle scommesse *on line*. La peculiarità del contratto di scommessa *on line* risiede nel momento della sua formazione, in quanto le parti esprimono la propria volontà di obbligarsi in modo telematico, tramite la compilazione di moduli preimpostati dal concessionario⁽⁴³⁾. Più nello specifico il giocatore, secondo il Regolamento

⁽⁴²⁾ G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, cit., p. 73.

⁽⁴³⁾ G. CASSANO, *La nullità del contratto nella particolare ipotesi delle scommesse a evento concluso*, c.d. «*palinsesto aperto*», in *Il diritto in internet*, 4, 2020, p. 644.

AAMS, al fine di poter piazzare le proprie scommesse sul sito del gestore, deve registrarsi sul portale gestito da quest'ultimo, aprendo il c.d. conto di gioco infruttifero per il gioco a distanza; successivamente, in genere dopo aver effettuato un deposito di denaro, potrà piazzare la propria scommessa sugli eventi presenti nel palinsesto (in Italia, approvato sempre dall'AAMS) e quotati dal concessionario⁽⁴⁴⁾. Dopo aver deciso gli importi da scommettere, il giocatore concluderà il singolo contratto con un semplice *click* e, nell'arco di pochi minuti, il gestore del servizio, ai sensi della disciplina contenuta nel Regolamento AAMS, registrerà la scommessa (per prassi, con modalità del tutto automatiche) sul totalizzatore nazionale (gestito dall'AAMS). Da quel momento in poi, ai sensi del Regolamento AAMS, la scommessa non potrà più essere revocata. La raccolta "a distanza" presuppone, come detto, la previa registrazione (*id est* identificazione) dello scommettitore, che deve utilizzare il conto gioco, che registra tutti i movimenti di accredito e di addebito. La movimentazione di denaro del gioco *on line* è trasmessa in tempo reale dall'*internet service provider* al Totalizzatore Nazionale, gestito da SOGEI Società Generale d'Informatica S.p.A. nell'interesse di ADM. In materia di scommesse raccolte "a distanza", secondo la definizione dell'art. 2, d.m. 1° marzo 2006, n. 111, il contratto si deve intendere concluso con l'accettazione e la registrazione della scommessa da parte del totalizzatore nazionale (art. 6 d.m.), attestata dalla ricevuta di partecipazione⁽⁴⁵⁾. La raccolta di scommesse, anche quando abbia luogo mediante strumenti telematici, può dirsi lecita solo ed esclusivamente se posta in essere da parte di soggetti titolari di concessione, sì che non è ammesso che soggetti terzi raccolgano le scommesse per conto dei concessionari o titolari di reti svolgendo una mera intermediazione; infatti (come ribadito dal d.m. n. 111 che, sul punto, ha confermato i contenuti del previgente d.m. n. 174/1998), a tutt'oggi è vietata ogni forma di intermediazione nella raccolta delle scommesse⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ Cons. Stato, Sez. IV, 7 maggio 2012, n. 2621.

⁽⁴⁵⁾ G. CASSANO, *La nullità del contratto nella particolare ipotesi delle scommesse a evento concluso, c.d. «a palinsesto aperto»*, cit., p. 645.

⁽⁴⁶⁾ Cass. pen., Sez. VI, 2 luglio 2019, n. 28871; Cass. pen., Sez. III, 19 febbraio 2016, n. 6709.

La disciplina delle scommesse *on line* non è armonizzata a livello comunitario, dal momento che manca una direttiva o un regolamento che regolino questo settore⁽⁴⁷⁾. Ciò nonostante, non mancano all'interno della legislazione comunitaria richiami alla disciplina dei giochi d'azzardo, come, ad esempio nella direttiva c.d. servizi (direttiva 2006/123/CE) o nella direttiva sul commercio elettronico (direttiva 2000/31/CE) o, ancora, nella direttiva sui servizi di media audiovisivi (direttiva 2007/65/CE): si tratta, tuttavia, di rimandi, per dir così, in negativo, nel senso che si limitano a disporre l'inapplicabilità delle summenzionate direttive al settore dei giochi *on line*. Anche per tal ragione, il Parlamento europeo aveva espresso, nel “Libro bianco sullo sport” del 2008, preoccupazioni per la *deregulation* (*rectius: non-regulation*) nel comparto in questione e per le profonde differenze tra i singoli Stati membri. In questo contesto, un'importanza significativa ha avuto la “Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2009 sull'integrità del gioco d'azzardo *on line*”. La Risoluzione, invero, non mette in discussione il principio di sussidiarietà e la possibilità per gli ordinamenti comunitari di regolamentare, autonomamente, le attività di gioco *on line*. Al tempo stesso, però, avvisa che i servizi in questione sono di natura molto speciale (§ n. 2) e che, pertanto, richiede un approccio multipilastro, che non possa essere circoscritto al mercato interno. In realtà, nel caso delle scommesse *on line*, manca per lo più uno stabilimento, dal momento che gli operatori agiscono sul mercato nazionale operando in un altro Paese (principalmente via internet, ma non solo)⁽⁴⁸⁾. A tal riguardo, però, pare opportuno osservare che la giurisprudenza interpreta la nozione di stabilimento in modo estensivo, ricomprendendovi tutti i casi in cui un soggetto agisca tramite un semplice ufficio, gestito da persone dipendenti dall'impresa ovvero per mezzo dell'azione di un semplice agente⁽⁴⁹⁾. La questione posta alla Corte di Giustizia coinvolge, in estrema sintesi, la possibilità per uno Stato membro di sottoporre – come

⁽⁴⁷⁾ G.M. RICCIO, *Le scommesse nell'era di internet: le discipline italiana e comunitaria*, in www.comparazioneDirittoCivile.it, 2010.

⁽⁴⁸⁾ Corte giust., sent. 22 marzo 1994, causa C-275/95, in *Racc.* 1994, I-01039.

⁽⁴⁹⁾ Corte giust., sent. 30 novembre 1995, *Reinhard Gebbard*, causa C-55/94.

in Italia – l’attività di raccolta di scommesse ad un’autorizzazione e/o concessione preventiva o se tali limiti costituiscano una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi⁽⁵⁰⁾. La giurisprudenza comunitaria ha ripetutamente affermato che la compatibilità con il Trattato delle previsioni nazionali che si prefiggano obiettivi di tutela dei consumatori, di prevenzione della frode e dell’incitamento dei cittadini ad una spesa eccessiva collegata al gioco, nonché di prevenzione di turbative all’ordine sociale⁽⁵¹⁾. In questa lettura rientra anche la possibilità per gli Stati membri di assegnare, in via monopolistica, il controllo sul settore scommesse ad un unico soggetto pubblico, come avviene in Italia con il ricordato AAMS⁽⁵²⁾. In ogni caso, le limitazioni alla concorrenza devono essere applicate in modo non discriminatorio: non è, quindi, ammissibile una restrizione fondata unicamente sulla nazionalità dell’operatore economico.

Attraverso le scommesse *on line* può accadere che su di un evento, solitamente sportivo, svoltosi in zone del modo in cui si abbia un differente fuso orario. In tali casi può capitare che si verifichino le cosiddette scommesse a “palinsesto aperto” quando lo scommettitore, nel momento in cui effettua la sua giocata, è consapevole del risultato finale dell’evento su cui scommette, per essersi questo ormai concluso ovvero già verificato⁽⁵³⁾. Questo si verifica qualora siano raccolte le scommesse in conseguenza, da un lato, di un atteggiamento sicuramente non corretto dello scommettitore e, dall’altro, di un malfunzionamento del sistema informatico (che cioè raccoglie/permite di raccogliere scommesse che non avrebbe dovuto accettare). Allo stesso modo può accadere che si scommetta su eventi già conclusi o su esiti già verificati, e perciò a esiti già noti e con vincita sicura, sfruttando abilmente il momentaneo mancato aggiornamento del sistema in uso al concessionario.

⁽⁵⁰⁾ Corte di Giustizia, sent. 9 settembre 2010, Enst Engelmann, causa C-64/08.

⁽⁵¹⁾ Corte di giustizia, sent. 12 settembre 2013, Biasci, cause riunite C-660/11 e C-8/12.

⁽⁵²⁾ Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 27.

⁽⁵³⁾ G. CASSANO, *La nullità del contratto nella particolare ipotesi delle scommesse a evento concluso, c.d. «a palinsesto aperto»*, cit., p. 644.

rio⁽⁵⁴⁾. A tal proposito si è pronunciata recentissima giurisprudenza⁽⁵⁵⁾, affermando che in tale ipotesi manca l'alea ovvero l'incertezza circa l'entità del vantaggio e, correlativamente, della perdita di ciascun contraente nella quale si concretizza l'alea, cioè il rischio del contratto aleatorio deve essere obiettivo e dipendere dal verificarsi o meno di un evento futuro dedotto quale fonte dell'alea, in caso contrario il contratto deve considerarsi nullo. Infatti, in tale ipotesi⁽⁵⁶⁾, quando cioè l'incontro è già stato disputato e il relativo risultato è già noto, non sussiste alcun profilo di rischio od incertezza integrante l'elemento casuale del contratto di scommessa, con la conseguenza della nullità dei contratti di scommessa per difetto di causa. Resta fermo, però, la possibilità di accogliere, comunque, le domande attoree di restituzione della posta giocata tenuto conto di quanto dispone l'art. 7 del DM n. 111/2006, che disciplina le scommesse a quota fissa su eventi sportivi, il quale statuisce espressamente che: «Il partecipante ha diritto al rimborso relativamente alle scommesse su avvenimenti sportivi, in caso di mancata chiusura dell'accettazione delle scommesse per l'anticipazione dell'orario di inizio degli avvenimenti oggetto di scommessa». La mancanza di alea, dunque, è causa di

⁽⁵⁴⁾ G. CASSANO, *La nullità del contratto nella particolare ipotesi delle scommesse a evento concluso, c.d. «a palinsesto aperto»*, cit., p. 645.

⁽⁵⁵⁾ In tal senso vedi Trib. Palermo, 5 agosto 2020, cit.; Trib. Nola, ord. 4 luglio 2020; Trib. Napoli Nord., 14 luglio 2020; App. Trieste, 2 luglio 2020.

⁽⁵⁶⁾ Il Tribunale di Palermo ha di recente affrontato il caso di uno scommettitore che in data 9-10/12/2015 aveva dedotto di avere effettuato, vincendole, cinque scommesse, aventi ad oggetto alcuni eventi calcistici del “*Campeonato Invierno Banco Popular 2015*” svoltosi in Costa Rica presso il centro gestito dalla società No Zù Filippo. Le partite del campionato di *Invierno Banco Popular 2015* erano iniziate alle ore 3:00 p.m. del giorno 9/12/2015 corrispondenti alle ore 22:00 in Italia, considerato che l'ora italiana si trova in avanti di sette ore rispetto a quella costaricana. Trattandosi di partite di calcio, la cui durata dei tempi regolamentari è di circa 90 minuti ed ai quali devono sommarsi i 15 minuti di intervallo, le partite dovevano concludersi alle ore 23:45 ma, se si tiene conto del fatto che generalmente viene disposto qualche minuto di recupero, può affermarsi che le stesse non si erano protratte di certo oltre le ore 23:58 (ora della prima scommessa) del 9 dicembre 2015, fuso orario italiano. Pertanto, allorquando l'attore, nella notte del 9 e 10 dicembre 2015, tra le ore 23:58:36 e le ore 00:05:59, aveva scommesso sugli incontri di calcio, questi erano stati già disputati ed i relativi risultati erano già noti e facilmente rintracciabili su internet, escludendo quindi l'alea del contratto di scommessa.

nullità del contratto di scommessa sportiva, quando attraverso un errore del sistema *on line* o sfruttando il fuso orario si sappia già il risultato esatto della competizione, con la sola possibilità per lo scommettitore di riavere indietro la giocata in quanto la scommessa è come se non fosse mai esistita.

4. — *Covid-19 e scommesse sportive.*

Alla luce di quanto esposto, possiamo ben comprendere come la pandemia da Covid-19 abbia stravolto il mondo delle scommesse e in particolare quelle sportive. Il Coronavirus ha sconvolto ogni ambito dei rapporti umani sia all'interno della sfera intima e familiare che in quella commerciale, mettendo tra l'altro in evidenza l'insufficienza della disciplina di codice civile che non prevede l'ipotesi di sospensione degli effetti del contratto per circostanze esterne imprevedibili ed eccezionali e neppure l'obbligo di rinegoziazione in caso di sopravvenienza di circostanze non previste dalle parti che rendono impossibile, o più onerosa, anche temporaneamente, la prestazione. Il Covid-19 si può considerare come un evento di forza maggiore, con i caratteri della imprevedibilità e della eccezionalità di cui non si può definire con certezza la durata⁽⁵⁷⁾. Infatti, il virus può essere assimilato a quell'evento imprevedibile e inevitabile al quale non è possibile resistere (*vis maior cui resisti non potest*) che determina un impedimento oggettivo caratterizzato dalla non imputabilità (anche a titolo di colpa), inevitabilità ed imprevedibilità dell'evento⁽⁵⁸⁾.

Per il mondo delle scommesse basti considerare che il 6 aprile 2020 è stata una data storica per le puntate sul calcio e per i siti dedicati perché, per la prima volta, non è stato possibile scommettere su nessuna partita. Questo si è rivelato un danno economico molto ingente. Una situazione a cui si è tentato di porre rimedio focalizzando le scommesse su qualche altro

⁽⁵⁷⁾ G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, suppl. n. 3, 2020, p. 57.

⁽⁵⁸⁾ Cass., ord. 5 marzo 2020, n. 6213; Cass., ord. 9 marzo 2017, n. 6076; Cass., 24 giugno 2016, n. 13148.

evento, come ad esempio il tennis tavolo (ping pong), le freccette, gli sport virtuali (*eSport*) e il mondo dello spettacolo (le edizioni del Grande Fratello e David di Donatello). Oltre ai siti di scommesse, anche le agenzie sono rimaste chiuse a partire da marzo in conformità al Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri. La sospensione di quasi tutti gli eventi sportivi ha quindi causato un crollo della spesa delle puntate in ricevitoria e di quelle *on line*: sono stati giocati 20,9 milioni, con un calo attestato al 57,6%. Ma se si sommano i due canali di raccolta (ricevitorie e siti di scommesse), da marzo ad aprile la spesa ha subito un calo del 72,2%. Rispetto a febbraio, che è stato l'ultimo mese di raccolta completa del gioco prima del *lockdown*, la spesa complessiva delle scommesse in agenzia e online è crollata addirittura dell'88,7%. La ripartenza delle varie competizioni e del calcio in generale ha generato un po' di entusiasmo in tutto il settore. Lo stop forzato del Coronavirus infatti ha messo in difficoltà persino l'intero ricco comparto del calcio, compresi i diritti televisivi di Sky e DAZN e pure quello degli sponsor. Alcune competizioni non sono proprio ripartite con conseguenze economiche sia per le agenzie che per gli scommettitori.

Quello che è avvenuto nella stagione 2019/20, che potrebbe verificarsi anche nelle prossime per tutte le competizioni sportive, qualora la pandemia non finisse, è senza precedenti nell'epoca contemporanea e può avere conseguenze sulle singole scommesse effettuate, che meritano tutela in virtù dell'art. 1934. Se prendiamo il caso di un soggetto che abbia scommesso a inizio campionato su una determinata come vincitrice, il *lockdown* dovuto da pandemia sicuramente porta delle conseguenze. Nelle competizioni come il basket o pallavolo il cui campionato non riprese la scorsa stagione si è verificata un'impossibilità sopravvenuta che comporta semplicemente la restituzione integrale della scommessa. Diverso è il caso che è avvenuto per il calcio, le cui scommesse in questo caso sono rimaste sospese e gli effetti sono stati differiti. Nel campionato di Serie A le competizioni, con stadi chiusi, erano riprese nel mese di giugno, dopo l'interruzione di marzo. Gli equilibri, però, erano stati tutti alterati, la forma e le condizioni dei vari atleti erano ben diversi rispetto al periodo precedente rispetto alla pandemia. Caso ha poi voluto che la squadra che era in testa prima del *lockdown* e che è risul-

tata vincitrice fosse la Juventus, (detentrica già da altri otto anni del titolo), ma ciò ha comportato delle variazioni: pensiamo alla squadra della Lazio a marzo lanciata verso il titolo e crollata alla ripresa delle competizioni.

In caso di pandemia, sarebbe opportuno quindi una rinegoziazione dei contratti di scommessa nelle ipotesi di interruzione di competizioni sportive, che differiscano nel tempo lo svolgimento della gara, specialmente qualora si verificano circostanze molto diverse rispetto all'inizio della stagione. Pensiamo per esempio la scorsa stagione che le squadre di calcio giocavano in stadi aperti prima della pandemia e poi chiusi, escludendo il fattore del tifo e trasferta, inoltre un regolamento della FIGC ha previsto la possibilità di effettuare cinque cambi e non più tre a partita con la conseguenza di avvantaggiare le rose più forti e con possibilità di rotazione. Se la stagione 2019/20 ha subito tale cambiamento, le successive potrebbero avere il ripristino della situazione "normale" con una nuova alterazioni delle condizioni originarie. Ad esempio se uno scommettitore che abbia puntato su una determinata squadra come vincitrice del titolo, è consapevole delle condizioni di gioco durante la pandemia, ma qualora durante la stessa stagione misteriosamente il virus sparisce, sarebbero cambiate nuovamente le condizioni e quindi l'alea stessa del contratto. In tal caso la giocata dovrebbe essere confermata oppure modificata a discrezionalità dello scommettitore, considerato anche come consumatore. Lo stesso avrebbe diritto a vedersi confermata la sua scommessa, ma dato che è stata alterata l'alea della stessa, potrebbe chiedere sia la restituzione che la rinegoziazione.

Si può dunque parlare di sopravvenienze, che porterebbero un obbligo di rinegoziazione a carico delle parti⁽⁵⁹⁾. In effetti l'entità degli sconvolgimenti determinati dalla pandemia in corso pare davvero rappresentare un terreno di esplicazione privilegiato per un discorso sulle sopravvenienze contrattuali, proprio perché in quegli sconvolgimenti è possibile cogliere integral-

⁽⁵⁹⁾ Cfr. P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano. Considerazioni conclusive*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Contratti internazionali e mutamento delle circostanze: clausole monetarie, hardship, forza maggiore*, Milano, 1989, p. 95 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 711; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 774.

mente gli aspetti che fanno delle sopravvenienze un problema di particolare spessore del diritto dei contratti⁽⁶⁰⁾. Scontato il fatto che gli sconvolgimenti in questione discendano da circostanze del tutto imprevedibili e collocate al di fuori del potere di controllo delle parti contraenti, assume anche rilievo, al fine di rendere particolarmente stimolante il dibattito su di essi, l'idoneità degli stessi ad influenzare l'esecuzione di un numero elevatissimo di relazioni contrattuali ed in particolare di quelle che, prese singolarmente, implicano spostamenti di ricchezza anche di valore modesto, come appunto una singola giocata di uno scommettitore⁽⁶¹⁾. Proprio quelle, dunque, per le quali il regolamento pattizio non avrà verosimilmente contemplato clausole in grado di offrire una risposta al problema della sopravvenienza e che, dunque, in assenza di una soluzione sul piano delle fonti autonome di regolazione del rapporto, ne richiedono una da parte delle fonti eteronome. Come già detto, le scommesse sono contratti aleatori, il cui interesse della parte è costituita dall'acquisizione di un'occasione favorevole in ragione del quale si giustifica il corrispettivo. Per loro natura il rimedio dell'eccessiva onerosità è precluso (salvo quando il giudice ritenga la posta eccessiva *ex* 1934, 2° comma)⁽⁶²⁾, tuttavia anche le soluzioni desumibili dalla disciplina del codice civile in materia invece di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta potrebbero risultare inadeguate al fine, in virtù della dimensione assunta dall'emergenza economica nel suo complesso⁽⁶³⁾. Pertanto, in un contesto di emergenza sanitaria, sociale ed economica, la via della rinegoziazione dei termini del contratto è certamente auspicabile, purché per via volontaria, specie nel rispetto del criterio guida della distribuzione tra le parti del co-

⁽⁶⁰⁾ C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 583.

⁽⁶¹⁾ C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, cit., p. 584; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; Id., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Ann.*, II, 2, Milano, 2008, p. 1026; Id., *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, III, p. 825.

⁽⁶²⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 1987, p. 465.

⁽⁶³⁾ C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, cit., p. 585.

sto delle alterazioni subite dall'operazione economica in conseguenza della pandemia⁽⁶⁴⁾. Potrebbe configurarsi un obbligo di rinegoziazione sulla base del principio generale di buona fede⁽⁶⁵⁾, seguendo così le indicazioni di una parte della dottrina tedesca⁽⁶⁶⁾. A tale proposito, si è tuttavia manifestato un marcato scetticismo, obiettando che l'ancoraggio a un parametro vago e indefinito come quello della buona fede farebbe in definitiva aumentare l'incertezza giuridica e comprometterebbe quindi le aspettative contrattuali delle parti contraenti⁽⁶⁷⁾. Va comunque precisato che è corretto ritenere che l'applicazione del principio di solidarietà e il principio di buona fede non possano costituire il fondamento per una riduzione del corrispettivo o per la sospensione dei pagamenti: se la prestazione è possibile, se non vi sono oscillazioni del prezzo ritenute eccessive, pretendere l'adempimento è legittimo e il debitore non può chiedere la risoluzione del contratto⁽⁶⁸⁾. Tale ipotesi potrebbe verificarsi, qualora l'interruzione per pandemia sia dovuta solo per un periodo limitato e che la gara oggetto di scommessa si svolga in tempi rapidi. Può comunque ritenersi quanto mai utile attenersi principi di diritto dello *European Law Institute* (ELI), che hanno raccomandato agli Stati europei di assicurare che qualora come conseguenza della crisi del CoViD-19 e delle misure adottate durante la pandemia, la prestazione sia

⁽⁶⁴⁾ F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contratti*, 2020, p. 489.

⁽⁶⁵⁾ P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19*, in *Obbl. e contr.*, suppl. 3, 2020, p. 73; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63; F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Obbl. e contr.*, 2013, p. 117; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, Editoriale del 17.3.2020; F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Coronavirus: interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, p. 129 ss.; D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da CoViD-19*, in *Giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020.

⁽⁶⁶⁾ N. HORN, *Neuverhandlungspflicht*, in *AcP*, Bd. 181, 1981, p. 255.

⁽⁶⁷⁾ M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, p. 314.

⁽⁶⁸⁾ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; G. ALPA, M. BESSONE, V. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982; G. ALPA, *Rischio contrattuale (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1999, p. 1144 ss.

diventata eccessivamente difficile, gli Stati europei dovrebbero garantire che, in conformità con il principio di in buona fede, le parti intraprendono rinegoziazioni anche se non previsto da un contratto o dalla normativa vigente⁽⁶⁹⁾. Da qui si evince come ci sia una certa libertà negoziale nell'affrontare il sopravvenire di fattori eccezionali come la pandemia.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. P. SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in *Jus*, 2020; F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Jus civile*, 2019, p. 397; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018; F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 585.

BEATRICE CORDELLI^(*)

L'INTERESSE DEL CONSUMATORE TRA NULLITÀ DI PROTEZIONE E INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO

Abstract: The essay analyzes the nullity legal provision as a remedy for the consumer in the Italian and European legal system, as well as the related problem of the limits of judicial review of the contract.

SOMMARIO: 1. Tutela del consumatore e sistema delle invalidità negoziali. – 2. Rilevabilità d'ufficio e nullità delle clausole vessatorie nella prospettiva giurisprudenziale. – 3. La nullità di protezione tra interesse del consumatore e interesse del mercato. – 4. Il problema dell'integrazione cogente. – 4.1. Segue: la nullità di protezione nel codice del consumo. – 5. Il giudizio di vessatorietà nei contratti del consumatore. – 6. Limiti dell'integrazione giudiziale nel rapporto contrattuale.

1. — *Tutela del consumatore e sistema delle invalidità negoziali.*

Il sistema delle invalidità negoziali disegnato dal codice civile italiano del 1942 risente dell'influsso esercitato dalle costruzioni dottrinali della pandettistica tedesca e, come tale, recepisce il modello binario basato sulla distinzione tra nullità ed annullabilità⁽¹⁾. Le caratteristiche differenziali tra le due patologie fanno riferimento, sul piano teorico, a due fondamentali aspetti. Il primo riguarda la natura giuridica degli interessi protetti, superindividuali

(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994 (rist.), p. 460 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., ma 1948, p. 316 ss.; S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, a cura di A. Falzea, Milano, 1996 (rist.), p. 162 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Napoli, 2016 (rist. 3^a ed. 1951), p. 333 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008 (rist. 2^a ed. 1969), p. 349 ss.; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 4^a ed., 2016, p. 1455 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989 (rist.), p. 245 ss.

nella nullità ed individuali nell'annullabilità⁽²⁾; il secondo attiene, invece, al trattamento giuridico dell'atto nullo, inefficace fin dal suo nascere, e dunque, incapace di modificare l'assetto giuridico preesistente, laddove l'atto annullabile è produttivo di effetti precari, destinati ad essere eliminati qualora sia esercitata con successo l'azione di annullamento.

Per quanto concerne la nullità, sono considerati, quali conseguenze della valenza pubblicistica degli interessi tutelati, la legittimazione all'azione, estesa a chiunque vi abbia interesse, la possibilità del giudice di rilevare d'ufficio la patologia (art. 1421 c.c.), nonché la tendenziale insanabilità dell'atto (art. 1423 c.c.). Viceversa, in quanto predisposta a tutela degli interessi appartenenti ad una delle parti del rapporto, l'annullabilità può essere fatta valere soltanto dal contraente nel cui interesse è fissata (art. 1441 c.c.) ed è sanabile su iniziativa dello stesso attraverso convalida (art. 1444 c.c.).

La tradizionale elaborazione unitaria dell'invalidità come categoria giuridica omogenea e la sua strutturazione nelle due diverse accezioni, in relazione alla maggiore o minore gravità, di nullità ed annullabilità, appare oggi inadatta a dare interpretazioni coerenti alle nuove ipotesi di nullità c.d. speciali⁽³⁾.

⁽²⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3^a ed., Milano, 2019, p. 567 ss., spec. p. 599; V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto. Artt. 1418-1423*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2015, p. 85 ss. Questa impostazione va però integrata alla luce della dicotomia tra nullità assoluta e nullità relativa, sulla quale v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2^a ed., Napoli, 2011, p. 35 ss., ove si rileva l'impossibilità di risolvere il problema sulla base della distinzione tra interessi generali e individuali; cfr. anche S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 22 ss., su una rinnovata nozione di interesse pubblico quale interesse che deve essere soddisfatto affinché altri interessi individuali lo siano; R. DI RAIMO, M. FRANCESCA, A.C. NAZZARO (a cura di), *Percorsi di diritto civile. Studi 2009/2011*, Napoli, 2011, p. 251 ss. In generale, sulla incidenza diretta e indiretta dell'interesse pubblico sulla causa del negozio v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4^a ed., IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, p. 48 ss.

⁽³⁾ In argomento, cfr. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 84 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, cit., p. 67 ss.; G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, 2^a ed., Torino, 2015, p. 31 ss.; G. AMADIO, *Nullità speciali: problema o sistema?*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2018, p. 347; G. ALPA, *Il contratto in generale. Principi e problemi*, Milano, 2014, pp. 150-151; A. GORASSINI, *L'istituto codicistico della nullità del contratto*

A partire dall'inizio degli anni novanta del XX secolo, infatti, cambia notevolmente lo scenario normativo e, in misura graduale, quello interpretativo, allorché, specie sotto il condizionamento della legislazione di stampo europeo, frequentemente si fa ricorso alla nullità per sanzionare fattispecie in cui si individua la lesione di interessi individuali e particolari, concernenti la posizione di contraenti che si trovino in una situazione di fisiologica debolezza e di asimmetria economica e contrattuale rispetto alla controparte.

L'obiettivo, quindi, è quello di prevenire o neutralizzare regole pattizie inique, in situazioni nelle quali il maggior potere di uno dei contraenti gli consente, di fatto, di imporre le regole dell'affare⁽⁴⁾.

La difficoltà di inserire la nullità di protezione entro i modelli tradizionali di invalidità si evidenzia laddove la relativa indagine trova risposta, solo approssimativamente, mediante un generico riferimento alla tutela del contraente debole. Alla base della legislazione europea, infatti, troviamo esigenze di portata decisamente più ampia, volte ad ottenere, attraverso il riequilibrio di singole operazioni di scambio, un complesso disegno di regolazione del mercato, visibile soprattutto nei rapporti di massa⁽⁵⁾.

Le nuove nullità, in questa prospettiva, permetterebbero al legislatore europeo di attuare obiettivi di politica legislativa. Il fondamento di questo tipo di nullità si ravvisa, secondo la dottrina prevalente, nella creazione di un nuovo concetto di ordine pubblico e, quindi, di norma imperativa inderogabile⁽⁶⁾.

Conseguentemente al superamento delle distinzioni tradizionali tra nullità ed annullabilità⁽⁷⁾, si può sostenere che «da categoria delle nullità di protezione sia testimone evidente della c.d. frantumazione della nullità, ovvero

e le variabili delle c.d. nullità speciali, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 199 ss.; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 185 ss.

⁽⁴⁾ S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, p. 4.

⁽⁵⁾ In argomento, v. G. RECINTO, M.R. NUCCIO, *Le nullità di protezione*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHURTY (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 143 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, cit., p. 9 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. M. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto. Artt. 1425-1426*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2015, 2^a ed., p. 6 ss., spec. p. 14 ss.

come non esista più una nullità intesa come vizio originario del contratto, che possa essere fatto valere da tutti e che possa essere sempre rilevato d'ufficio da parte del giudice»⁽⁸⁾.

Al contrario, si riscontra una multiforme tipologia di nullità del contratto, in cui sono ricomprese sia le nullità assolute (rilevabili dalle parti e dai terzi interessati oltre che, d'ufficio, dal giudice), sia le altre nullità, a legittimazione ristretta (poste a tutela di soggetti determinati per *status* e rilevabili solo da questi con il conseguente temperamento della rilevabilità d'ufficio).

Questa prospettiva risulta più evidente nella legislazione a tutela dei consumatori, che ha previsto il ricorso, sempre più frequente, all'uso della nullità in contesti caratterizzati essenzialmente da due circostanze. La prima si riferisce al caso in cui il rimedio sanzionatorio della nullità sia previsto al fine di proteggere direttamente l'interesse del contraente più debole, prima ancora e oltre la tutela assicurata anche a interessi generali, principio che si traduce nella riserva della legittimazione ad eccepire la nullità in capo al solo contraente protetto. La seconda circostanza, invece, attiene al caso in cui la nullità non riguardi gli elementi essenziali del contratto (oggetto, causa accordo, forma), quanto piuttosto singole clausole. In tale ipotesi, la sanzione della nullità verrà limitata alle stesse singole clausole, senza inficiare l'intero contratto (c.d. nullità parziale necessaria).

Uno degli aspetti qualificanti le nullità introdotte dalla legislazione di derivazione europea, risulta essere la frequente restrizione di legittimazione attiva al solo contraente debole. È questo soggetto, infatti, l'unico potenziale promotore dell'azione volta a far valere, ai sensi dell'art. 36 c.cons. (d.lgs. 206/2005), la nullità delle clausole vessatorie predisposte in suo danno dal professionista⁽⁹⁾; così come è statuito, in maniera analoga, riguardo alla nullità dei patti accessori ad una vendita di beni di consumo, volti a limitare i diritti azionabili dal consumatore in presenza del difetto di conformità (art. 134 c.cons.).

⁽⁸⁾ A. FREDA, *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul dovere-potere di rilevazione officiosa*, in *Ricerche giur.*, 2013, p. 591.

⁽⁹⁾ Sulle figure del consumatore e del professionista, v. L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHURTY (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 13 ss.

L'art. 36 c.cons. introduce la modifica più innovativa rispetto a quanto disciplinato precedentemente. Nella norma *de qua*, infatti, si prevede che, nel caso di abusività della clausola, non si preveda più la sua inefficacia⁽¹⁰⁾ ma la nullità: «le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle, mentre il contratto rimane valido per il resto». Il legislatore del 1996, si era limitato, infatti, a definire “inefficaci” le clausole dichiarate abusive, senza soffermarsi sulla fonte e la portata della inefficacia stessa, inducendo così la dottrina a prospettare varie ipotesi circa la patologia giuridica dalla quale risultavano affette le clausole abusive⁽¹¹⁾.

La nullità di protezione *ex* art. 36 c.cons., pertanto, si distingue profondamente rispetto alla nullità parziale disciplinata dall'art. 1419, 1° comma, c.c., secondo il quale la nullità parziale o la nullità di singole clausole determina la nullità dell'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità⁽¹²⁾. L'art. 36 c.cons., inoltre, introduce una disciplina della nullità protettiva pensata in conformità con gli artt. 1419 e 1421 c.c.: una nullità parziale rilevabile d'ufficio dal giudice, ma a tutela esclusiva del consumatore (ossia rilevabile su iniziativa del consumatore, ma non dal professionista)⁽¹³⁾.

La nullità delle clausole abusive si distingue, innanzitutto, per la sua parzialità: vi è un'eccezione, legalmente disciplinata, all'applicazione del giudizio di nullità parziale previsto dall'art. 1419 c.c.; il secondo dato tipico di tale nullità è costituito dalla rilevabilità di ufficio⁽¹⁴⁾: non si deroga alla disciplina dell'art. 1421 c.c., ma viene prospettato un risultato diverso rispetto ad altre

⁽¹⁰⁾ Come veniva previsto dall'art. 1469-*quinqüies* c.c., per il quale «le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 1469-*bis* e 1469-*ter* sono inefficaci, mentre il contratto rimane efficace per il resto».

⁽¹¹⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 354-355 e 578 ss.

⁽¹²⁾ Sul punto, v. V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, cit., p. 153 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, 2, 3ª ed., Padova, 2015, p. 437; R. SACCO, *Le invalidità*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 10, *Obbligazioni e contratti*, II, 4ª ed., Milano, 2018, p. 597; F. GALGANO, *Il Contratto*, 3ª ed., Milano, 2020, p. 337 ss.

⁽¹³⁾ V. *infra*, § 4.

⁽¹⁴⁾ Cfr. A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, 2ª ed., Milano, 2020, p. 306 ss.

ipotesi di nullità protettiva, organizzate come nullità relative, conoscibili dal giudice a seguito dell'eccezione della parte a tutela della quale la nullità viene stabilita.

Molto si è dibattuto, infatti, circa la compatibilità logica tra l'invalidità mossa ad iniziativa di una sola parte e la previsione della legittimità di un intervento d'ufficio del giudice in grado di condizionare le sorti della relativa fattispecie. La rilevabilità d'ufficio è prevista, secondo la dottrina classica, al fine di eliminare un atto idoneo a suscitare situazioni giuridiche precarie, impedendo così la formazione di giudicati sulla validità del contratto nullo. Pertanto, tale regola perderebbe la propria ragione d'essere nelle ipotesi in cui la nullità assuma natura relativa. Attualmente, invece, la dottrina maggioritaria sostiene che possa sussistere un legame tra la *ratio* della comminatoria di nullità, consistente nella lesione di un interesse generale, e la facoltà dell'autorità giudiziaria di eccepire la causa prescindendo da un'eventuale domanda presentata dalle parti in tal senso: obiettivo primario, infatti, è il rispetto della norma imperativa⁽¹⁵⁾.

Essendo attribuito anche alla nullità di protezione il perseguimento di obiettivi indipendenti dalla tutela della parte debole del rapporto contrattuale e considerando che questo tipo di nullità tende all'interesse pubblico di tutela del mercato, la conseguenza logica si tradurrà nella rilevabilità d'ufficio di una nullità che, nonostante sia concepita, *in primis*, come protezione di una parte, risponde comunque ad interessi collettivi⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Cfr., per tutti, G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 87 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 55 ss.

⁽¹⁶⁾ In tal senso, v. Cass., Sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contratti*, 2012, p. 869. con nota di S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: «Eppur si muove?»*; in *Giur. it.*, 2013, p. 299, con nota di M. RIZZUTI, *Il problema dei limiti alla rilevabilità officiosa delle nullità*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 15, con nota di C. SCOGNAMILGIO, *Il giudice e le nullità, punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*. Questa sentenza, infatti, ha dichiaratamente prestato adesione alla tesi secondo la quale la *ratio* del rilievo officioso, in capo al giudice, della più grave delle patologie dell'atto negoziale consiste (anche) nella tutela di interessi generali sovra-individuali. Sul dibattito dottrinale in ordine alla nullità del contratto per violazione della norma imperativa, cfr. P.M. PUTTI, *Le nullità contrattuali*, in *Diritto civile. Tratt. Lipari-Rescigno-Zoppini*, 3, *Obbligazione*, Milano, 2009, p. 963 ss.

Quanto sostenuto, è in grado di dimostrare che anche queste nuove fattispecie si pongono, come la nullità tradizionale, a garanzia di valori fondamentali dell'ordinamento, con la peculiarità che, nel caso specifico, si tratta di interessi "di serie o di massa" dei quali «la parte è portatrice in forza di una propria condizione oggettiva»⁽¹⁷⁾. L'art. 1421 c.c. dovrà essere applicato tenendo conto anche di quanto dispone il codice di procedura civile, secondo cui la nullità sarà rilevabile solo qualora risulti dagli atti acquisiti in giudizio (art. 115 c.p.c.), rispettando il principio della domanda (art. 99 c.p.c.) e quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.). Il giudice, secondo questa visione, deve adeguare il suo intervento officioso al reale interesse del consumatore. Motivo per cui è suo compito sollecitare il contraddittorio tra le parti sulle questioni rilevabili d'ufficio e procedere a rilevare la nullità soltanto se da essa non derivi alcun pregiudizio per il contraente debole e, comunque, solo se lo stesso abbia eccepito il vizio.

In quest'ottica, si esclude che il giudice, in presenza di una nullità di protezione, possa rilevarla quando il soggetto legittimato ad agire abbia espresso, in maniera esplicita o in maniera tacita, la volontà di convalidare l'accordo o la clausola nulli e questo riveli dagli atti del giudizio.

2. — *Rilevabilità d'ufficio e nullità delle clausole vessatorie nella prospettiva giurisprudenziale.*

La Corte di Giustizia dell'Unione europea è intervenuta con diverse sentenze in materia di clausole abusive nei contratti del consumatore. Principio cardine di queste pronunce, è l'affermazione per cui l'intervento positivo di soggetti estranei al rapporto sia necessario per garantire l'effettività della tutela che le norme comunitarie conferiscono ai consumatori⁽¹⁸⁾. L'intervento

⁽¹⁷⁾ V. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2011, p. 842.

⁽¹⁸⁾ L'obiettivo di garantire una tutela effettività del consumatore, è confermata ora, dall'art. 8-ter della direttiva 93/13 CEE, così come introdotto dalla direttiva UE 2019/2161 del 27 novembre 2019, che invita gli Stati membri a rafforzare i meccanismi sanzionatori previsti per la violazione delle norme a tutela dei consumatori.

riequilibratore del giudice, in presenza di un giudizio iniziato dalle parti di un determinato rapporto contrattuale, secondo la Corte, diventa il miglior rimedio successivo.

Nella sentenza *Océano Grupo*⁽¹⁹⁾ ha affermato che nella normativa sulle clausole abusive, la direttiva 93/13 CEE⁽²⁰⁾ comporta che «il giudice nazionale, nell'esaminare l'ammissibilità di un'istanza propositagli, possa valutare d'ufficio l'illiceità di una clausola del contratto di cui è causa». Questo orientamento è stato ribadito nella sentenza *Cofidis*⁽²¹⁾, con la precisazione che tale potere non debba essere sottoposto ad alcun limite temporale di esercizio da parte delle normative nazionali, perché ciò indurrebbe ad una ingiustificata diminuzione della tutela che la normativa comunitaria riserva al consumatore. Il principio è stato esteso alla direttiva 87/102 CEE «relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito di consumo (come modificata dalla direttiva 98/7 CEE)» con la sentenza *Rampion e Godard*⁽²²⁾.

Seguendo l'ordine cronologico, alla pronuncia *Cofidis* è seguita la sentenza *Mostaza Claro*⁽²³⁾, con la quale la Corte di Giustizia ha assunto una posizione ancora più decisa rispetto alle pronunce precedenti, giacché ha consentito che la nullità della clausola arbitrale vessatoria contenuta nel contratto intercorrente tra professionista e consumatore, potesse essere rilevata d'ufficio anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo abbia fatto valere tale invalidità solo nell'ambito del procedimento per l'impugnazione del lodo e non in quello arbitrale.

Assistiamo ad una evoluzione ulteriore, da parte della Corte di Giustizia, che anticipa lo sviluppo successivo del tema, dove non si parlerà più di mera possibilità di rilevazione, ma si affermerà che il giudice nazionale è tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale.

⁽¹⁹⁾ Corte giust., 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, in *Racc.*, I-4941.

⁽²⁰⁾ Sulla evoluzione della disciplina delle clausole vessatorie, v. V. RIZZO, *La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA, F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, p. 39 ss.

⁽²¹⁾ Corte giust., 21 novembre 2002, C-473/00, in *Racc.*, I-10875.

⁽²²⁾ Corte giust., 4 ottobre 2007, C-249/05, in *curia.europa.eu*.

⁽²³⁾ Corte giust., 26 ottobre 2006, C-168/05, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 373 ss.

Sulla base delle considerazioni svolte, la sentenza *Mostaza Claro* costituisce, senz'altro, il primo, importante passo verso un rilevante mutamento di prospettiva da parte della Corte di Giustizia rispetto alle decisioni precedenti. Se nella sentenza *Océano Grupo Editorial e Cofidis* è il conseguimento della finalità protettiva richiesto dalla direttiva 93/13 CEE che impone di sottrarre l'esclusiva disponibilità del rimedio alle scelte del consumatore, ammettendo in via suppletiva un intervento giudiziale, nella sentenza *Mostaza Claro*, pronunciata poco più di cinque anni dopo, viene riconosciuta, in capo al giudice nazionale, la valutazione d'ufficio della abusività della clausola in virtù del carattere imperativo delle norme contrastanti l'inserimento di clausole abusive.

Successivamente a questa pronuncia, quindi, la rilevabilità d'ufficio della nullità acquista «la funzione di presidiare un interesse generale (che consiste proprio nella tutela accordata al consumatore) su cui insisteranno tutte le successive pronunce»⁽²⁴⁾.

L'esplicita previsione dell'esistenza di un effettivo obbligo in capo al giudice nazionale di pronunciarsi d'ufficio sulla natura abusiva di una clausola contenuta nei contratti conclusi tra professionista e consumatore, costituisce, quindi, il punto finale dell'intera evoluzione interpretativa svolta dalla Corte di Giustizia. Ciò, in particolare, risulta evidente nella sentenza *Pannon GSM*⁽²⁵⁾, la quale, in effetti, si allontana dalle precedenti pronunce (*Océano Grupo*, soprattutto, *Mostaza Claro*), nella conclusione finale, pur riprendendone le motivazioni. La sentenza, infatti, afferma esplicitamente il dovere, e non la mera facoltà, dell'autorità giudiziaria di verificare la vessatorietà di una pattuizione negoziale nell'interesse del contraente debole, in caso di inerzia di quest'ultimo sul piano processuale. Ecco, quindi, come, nonostante una evidente verosimiglianza tra i fatti che hanno dato origine a tali procedimenti, la decisione in commento se ne distacca in quanto attribuisce un rilievo ancora maggiore al ruolo del giudice.

La pronuncia della Corte ha evidenziato, in via preliminare, come l'ob-

⁽²⁴⁾ R. ALESSI, *Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1141 ss.

⁽²⁵⁾ Corte giust., 4 giugno 2009, C-243/09, in *Foro it.*, 2009, IV, c. 489 ss.

bligato imposto agli Stati membri dall'articolo 6 della direttiva 93/13 CEE⁽²⁶⁾ sia finalizzato a riconoscere un diritto al cittadino, in veste di consumatore, considerato come soggetto potenzialmente debole, giacché posto in una situazione di inferiorità rispetto alla controparte imprenditrice⁽²⁷⁾. Pertanto, verrebbe meno la possibilità concreta di perseguire quella finalità di protezione nei confronti del contraente debole, così come sancito dalla normativa comunitaria «se i consumatori fossero tenuti a eccepire essi stessi l'abusività di una clausola inserita nel contratto di cui sono parte».

Deriva che diventa necessario estendere la tutela riconosciuta in capo al consumatore anche a tutte quelle situazioni in cui quest'ultimo non sollevi il problema della abusività della clausola, in quanto ignori i suoi diritti, o sia dissuaso dal difenderli a causa della esosità delle spese conseguenti alla promozione di un'azione giudiziaria⁽²⁸⁾.

La conclusione, a cui già, come visto, la Corte di Giustizia è giunta nella sentenza *Mostaza Claro*, è che spetti al giudice compiere d'ufficio la valutazione di vessatorietà, anche quando la parte debole non lo richieda esplicitamente.

Questa considerazione è giustificata dalla natura e dall'importanza dell'interesse pubblico che sta alla base della protezione garantita al consumatore⁽²⁹⁾, la quale tende a ricostituire l'uguaglianza tra le parti contrattuali e diventa, inoltre, elemento necessario per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità. La Corte rileva, conseguentemente, la necessità di riconoscere in capo al giudice nazionale «il compito di garantire l'effetto utile della tutela cui mirano le disposizioni della direttiva»⁽³⁰⁾.

⁽²⁶⁾ Secondo l'art. 6, 1° comma: «Gli Stati membri prevedono le clausole abusive nel contratto tra professionista e consumatore, non vincolano il consumatore e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive».

⁽²⁷⁾ In luogo della tradizionale figura del consumatore come contraente debole, v. ora il riferimento al consumatore vulnerabile in *Occasional Paper No. 8: Consumer Vulnerability*, FCA (FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY), in *fca.org.uk*.

⁽²⁸⁾ Punto n. 30 direttiva 93/13 CEE.

⁽²⁹⁾ Punto n. 31 direttiva 93/13 CEE.

⁽³⁰⁾ La Corte di Giustizia fa spesso riferimento al principio dell'effetto utile, in virtù del quale l'interpretazione di una norma dovrà facilitare la realizzazione dell'obiettivo in essa pre-

La Corte di Giustizia si dimostra, così, coerente con la normativa europea e con la natura pubblicistica degli obiettivi di protezione da essa perseguiti circa la questione pregiudiziale, riconoscendo che il giudice nazionale deve, imperativamente, esaminare la natura abusiva di una clausola contrattuale contenuta nel negozio stipulato tra un professionista e un consumatore, anche in sede di verifica della propria competenza territoriale e indipendentemente da una richiesta delle parti in tal senso.

Alle pronunce europee, hanno fatto seguito, in Italia, le sentenze della Suprema Corte a Sezioni unite del 2014⁽³¹⁾. Le due pronunce, in quanto presentano stesse motivazioni nella loro parte nomofilattica, possono essere ricordate insieme.

Le sentenze avvalorano, in primo luogo, l'impostazione secondo la quale «il ruolo della categoria della nullità» si conforma «alla natura di sanzione ordinamentale conseguente all'irredimibile disvalore assegnato a un invalido assetto negoziale». La Corte sostiene, infatti, la rilevabilità officiosa della questione di nullità, ai sensi dell'art. 1421 c.c., tutte le volte in cui la domanda mette in gioco il contratto, sia che si tratti dell'azione di adempimento oppure di una qualsiasi impugnativa negoziale (annullamento, rescissione o risoluzione)⁽³²⁾.

fissato. I giudici di Lussemburgo se ne avvalgono, in particolare, per garantire l'efficacia diretta di decisioni e direttive. L'efficacia diretta delle direttive consiste nell'idoneità della norma, espressa dalle direttive stesse, a creare diritti e obblighi direttamente in capo alle persone fisiche o giuridiche, attribuendo loro la facoltà di azionare la stessa dinanzi a giudici interni.

⁽³¹⁾ Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Contratti*, 2015, con nota di S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione... a mo' di bussola per rivedere Itaca*; ID., *Il punto e la linea: nullità contrattuale e rilievo officioso dopo il 2014*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 946 ss.

⁽³²⁾ V., in precedenza Cass., Sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, cit., secondo cui «il giudice di merito ha il potere di rilevare, dai fatti allegati e provati, o emergenti *ex actis*, ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale e, provocato il contraddittorio sulla questione, deve rigettare la domanda di risoluzione volta ad invocare la forza del contratto. Pronuncerà con efficacia idonea al giudicato sulla questione di nullità, ove, anche a seguito di remissione in termini, sia stata proposta la relativa domanda». Secondo Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit., «la nullità del contratto deve essere rilevata d'ufficio dal giudice, nel senso delle indicazioni alle parti di tale vizio, sia in controversie su

3. — *La nullità di protezione tra interesse del consumatore e interesse del mercato.*

Il quadro giurisprudenziale appena tracciato sul tema della rilevabilità d'ufficio delle nullità relative di protezione va completato con uno sguardo al dibattito dottrinale, ancora in corso, circa la *ratio* dell'art. 1421 c.c.

Secondo l'orientamento prevalente, il potere del giudice di rilevare la nullità, senza il rilievo di una apposita istanza di parte, si fonda sulla tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento, ovvero sulla «funzione di contrasto a negozi riprovevoli perché lesivi di interessi indisponibili»⁽³³⁾ che l'autorità giudiziaria è chiamata ad adempiere.

Sulla base di quanto detto, molto si è dibattuto circa la compatibilità tra legittimazione all'azione prevista per le nullità di protezione e rilevabilità

vizi genetici (annullamento o rescissione) sia in quelle su vizi funzionali (adempimento o risoluzione), a meno che la controversia non sia risolta in base ad una accertata ragione più liquida che consente di chiudere quella lite senza dover affrontare, neppure incidentalmente, problemi di validità o meno del contratto».

Le due sentenze in esame hanno il merito, in forza della loro funzione “nomofilattica”, di chiarire il tema dei rapporti tra il potere che ha il giudice di accertare d'ufficio la nullità e il principio della domanda, tenendo conto anche delle norme (artt. 276 e 279 c.p.c.) che disciplinano le questioni del processo secondo l'ordine gradato richiamato dal codice di rito, in applicazione del principio della “ragione più liquida”. Secondo Cass., Sez. un., 8 maggio 2014, n. 9936, in *leggiditalia.it*, il principio processuale della ragione più liquida è desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., e consente al giudice di esaminare un motivo di merito, suscettibile di garantire la definizione del giudizio, anche in presenza di una questione pregiudiziale. In senso conforme, v. Cass., 28 maggio 2014, n. 12002, in *leggiditalia.it*. V. anche Cass., 20 gennaio 2016, n. 896, in *Contratti*, 2016, p. 771 ss., con nota di E. BIVONA, *Rilevabilità d'ufficio della nullità tra regole sul contratto e regole sul processo*, ove si afferma che «la rilevazione officiosa delle nullità negoziali, in tutte le ipotesi di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione) e sotto qualsiasi profilo (anche diverso da quello allegato dalla parte e altresì per le ipotesi di nullità speciali o di protezione), è sempre obbligatoria, purché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata ragione più liquida, e va intesa come indicazione alle parti di tale vizio; la loro dichiarazione, invece, ove sia mancata un'espressa domanda della parte pure all'esito della suddetta indicazione officiosa, costituisce statuizione facoltativa (salvo per le nullità speciali, che presuppongono una manifestazione di interesse della parte) del medesimo vizio, previo suo accertamento, nella motivazione e/o nel dispositivo della pronuncia, con efficacia, per altro, di giudicato in assenza di sue impugnazioni».

⁽³³⁾ V., per tutti, S. PAGLIANTINI, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 753 ss.

d'ufficio. Le perplessità riguardavano, in particolare, la possibilità del giudice di accertare d'ufficio tale forma di invalidità "speciale", a tutela del solo contraente debole, senza una specifica richiesta di parte.

All'organo giudiziario spetterebbe il compito di rilevare d'ufficio la nullità solo nel caso di legittimazione assoluta a far valere l'azione *de qua*, in quanto posta a presidio di interessi collettivi: «l'ingerenza giudiziale, di là dalla domanda del soggetto legittimato, si giustificerebbe, infatti, nella misura nella quale risulti preordinata ad attuare interessi che trascendono la sfera individuale delle parti in causa. Così, ritenuto che la nullità di protezione sia finalizzata a tutelare esclusivamente o prevalentemente interessi di una determinata parte contrattuale, non potrebbe giustificarsi la menzionata ingerenza, pena il rischio di mortificare proprio quell'interesse che si intende proteggere»⁽³⁴⁾.

In questa direzione, si è escluso che, nei casi di invalidità relativa, si porrebbero in essere ipotesi idonee a suscitare "affidamenti precari", per cui l'esigenza di una rilevabilità d'ufficio verrebbe meno⁽³⁵⁾. Qualora, infatti, il soggetto legittimato ad agire in giudizio non eccepisse il vizio, si creerebbe un negozio con efficacia di giudicato, non contestabile da terzi.

Nei casi di nullità relative, dunque, non ci sarebbe il bisogno di evitare il consolidamento di affidamenti su negozi di cui un numero non precisato di terzi potrebbe invocare l'invalidità, con il risultato che la previsione della rilevabilità d'ufficio non avrebbe più ragion d'essere. Inoltre, è stato osservato come quest'ultima vada esclusa, giacché si renderebbe vano l'intento del legislatore di limitare ad un soggetto determinato la scelta in

⁽³⁴⁾ N. PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012, p. 86.

⁽³⁵⁾ G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 141; in senso analogo v. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., pp. 188-189. A. BONFIGLIO, V. MARICONDA, *L'azione di nullità*, in *I contratti in generale*, in *Giur. sist. dir. civ. comm. Bigliani*, Torino, 1991, p. 473. In argomento, v. M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. contr. Roppo*, 4, Milano, 2006, pp. 81-82, ove si ricorda che questo orientamento minoritario era fondato sulla eccezionale disponibilità dell'azione di nullità in capo al contraente legittimato dalla legge, ritenendo logicamente contraddittoria la contigua regola della rilevabilità d'ufficio della nullità ad opera del giudice.

ordine alla sorte del contratto, analogamente a quanto previsto per il contratto annullabile⁽³⁶⁾.

La nullità relativa finirebbe, perciò, «per perdere la propria connotazione di *species* riconducibile al medesimo *genus* della nullità, confondendosi con l'annullabilità, in quanto opererebbe non già *ipso iure*, ma *ope exceptionis*. Il contratto che ne è affetto, in assenza della domanda o eccezione della parte legittimata, produrrebbe tutti i suoi effetti come se fosse annullabile. In realtà, non esistono argomenti decisivi che possano escludere a priori la compatibilità tra nullità relativa di protezione e rilevabilità d'ufficio»⁽³⁷⁾.

Intanto, la supposta incompatibilità tra i due istituti, supportata da tali teorie, è stata disattesa dalla previsione, ad opera del legislatore, per le nullità relative di protezione, sia della legittimazione relativa all'azione, sia della rilevabilità d'ufficio, nonché, come si è visto⁽³⁸⁾, dalle copiose pronunce della Corte di Giustizia.

È stato osservato, al riguardo, che per le nullità di protezione, l'istituto della legittimazione non si traduce nella disponibilità o indisponibilità della tutela. Le nullità relative di protezione, infatti, sono poste a presidio non solo dell'interesse del singolo, parte debole del rapporto, ma anche di un interesse pubblico, quale, ad esempio, la tutela dei traffici giuridici e la regolamentazione del mercato⁽³⁹⁾. A differenza, quindi, dell'annullabilità, la legit-

⁽³⁶⁾ G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 141 ss.; A. BONFIGLIO, V. MARICONDA, *L'azione di nullità*, cit., p. 473 ss.

⁽³⁷⁾ A. ALBANESE, *Contratto Mercato Responsabilità*, Milano, 2008, p. 78. Cfr. anche: M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, p. 449 ss.

⁽³⁸⁾ V. *supra*, § 2.

⁽³⁹⁾ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 459 ss., spec. p. 462, ove si afferma che «anche laddove, come nella sottocategoria dei contratti del consumatore, la nullità appare finalizzata al perseguimento di interessi individuali, la relativa tutela resta pur sempre espressione di un principio di ordine pubblico di protezione in ragione del carattere collettivo e seriale degli anzidetti interessi cui non può non ritenersi sicuramente connesso anche un interesse (pubblico o sociale) della generalità al corretto funzionamento del mercato». A. FREDA, *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa*, in *Ricerche giur.*, 2013, p. 583 ss., spec. p. 590: «L'introduzione nel sistema delle c.d. nullità di protezione, testimonia in modo tangibile la crisi della

timazione relativa delle nullità di protezione mira soprattutto ad impedire un utilizzo “abusivo” della patologia negoziale da parte del contraente forte, in danno del contraente protetto dalla norma di tutela.

In questa prospettiva, è difficile individuare elementi che possano escludere l'applicazione della rilevabilità d'ufficio in ipotesi di nullità relativa: al contrario, in considerazione dei recenti sviluppi normativi, si può affermare che la rilevabilità d'ufficio sia ormai una caratteristica costante della nullità di protezione, anche quando la norma non la preveda chiaramente, giacché con essa, è possibile, effettivamente, garantire la tutela degli interessi del contraente debole che non rilevi il vizio del negozio.

Alla luce di quanto sostenuto, è facile dedurre che il centro della questione non consiste tanto nella presunta incompatibilità tra rilevabilità d'ufficio e legittimazione relativa all'azione, quanto, piuttosto, nel capire quali potrebbero essere le modalità di esercizio e i limiti di tale intervento giudiziale, nelle ipotesi di nullità di protezione.

Si è evidenziato, infatti, che la rilevazione d'ufficio delle nullità di protezione dovrebbe essere effettuata solamente nell'interesse del contraente a cui la norma presta tutela⁽⁴⁰⁾: il giudice dovrebbe, ogni volta, considerare gli interessi collegati alla fattispecie contrattuale e procedere alla dichiarazione di nullità solo se la stessa risulti a vantaggio del contraente stesso.

Sorgono, invece, dei dubbi su cosa dovrebbe vertere la valutazione del giudice per dichiarare d'ufficio una nullità di protezione, se si debba cioè far riferimento alla volontà del contraente debole⁽⁴¹⁾ o all'interesse tute-

distinzione fra pubblico e privato nella cura degli interessi sottesi alle patologie negoziali. La complessità delle nullità protettive non può più basarsi sulla dicotomia pubblico/privato». L'A. ricorda, in proposito A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 761 ss.: «si tratta di patologie tese ad attuare un interesse riferibile al mercato inteso non quale astrazione, ma sintesi delle legittime aspettative degli operatori che quotidianamente ne sono protagonisti (consumatori, utenti, imprese), un interesse destinato ad intrecciarsi inestricabilmente con quello che, a livello macroeconomico, muove il singolo contraente ad invocare la caduta o il riequilibrio della regola contrastante con la comminatoria».

⁽⁴⁰⁾ Si veda in particolare Corte giust., 4 giugno 2009, C-243/09, in *eur-lex.europa.eu*.

⁽⁴¹⁾ G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 740 ss.

lato dalla norma, specie nell'ipotesi in cui questi risultino contrastanti⁽⁴²⁾.

La prevalente dottrina⁽⁴³⁾ riconosce una compatibilità tra la legittimazione relativa all'azione e il rilievo d'ufficio del giudice della nullità di protezione, specificamente per quanto riguarda la valutazione di vessatorietà delle clausole contenute nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore, basandosi sulla considerazione per cui le invalidità protettive, di derivazione comunitaria, non tutelano esclusivamente la parte debole del rapporto contrattuale, ma garantiscono un interesse di natura generale e più ampio, al corretto funzionamento del mercato. Dunque, non escludendosi tali obiettivi a vicenda, in una logica di prevalenza dell'uno sull'altro, ma, piuttosto, intersecandosi tra di loro, non si ravvisa alcuna forma di contrasto nella contestuale presenza di una legittimazione relativa della parte protetta a far valere la nullità e della possibilità dell'autorità giudiziale di supplire autonomamente alla scarsa reattività processuale di quest'ultima.

Posta questa premessa, si può, del resto riflettere sul fatto che un esercizio indiscriminato di tale potere di rilevazione officiosa può compromettere la finalità protettiva perseguita, impoverendo di significato l'attribuzione esclusiva, al contraente debole, della facoltà di decidere in merito alla sorte del contratto viziato⁽⁴⁴⁾. Pertanto, per sopperire al rischio di attribuire al giudice un potere di accertamento dell'invalidità privo di ogni limite, la dottrina ha ritenuto di consentirne l'esercizio esclusivamente nell'interesse del contraente debole, trovando l'avallo, come si è visto⁽⁴⁵⁾, anche del legislatore - il

⁽⁴²⁾ G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2010, Napoli, p. 20. Sul punto, parte della dottrina ritiene che il giudice non possa rilevare la nullità di una clausola nel caso in cui il consumatore dichiari di volerla mantenere in vita: v. G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 899 ss.

⁽⁴³⁾ Cfr., *ex multis*, S. MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio delle nullità*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 69 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 579; N. PRISCO, *Le nullità di protezione*, cit., p. 89 ss., e parte anche della giurisprudenza: si vedano Trib. Genova, 14 febbraio 2013, in *Nuova giur. civ.*, 2013, p. 1059, con nota di F.P. PATTI; Cass., 13 giugno 2008, n. 16017, in *Contratti*, 2009, p. 133, con commento di V. TISCI.

⁽⁴⁴⁾ M. PIROVANO, *Rilevabilità d'ufficio della nullità e domanda di risoluzione*, in *Contratti*, 2011, p. 677 ss.

⁽⁴⁵⁾ V. *supra*, § 2.

quale, nell'articolo 36 c.cons., stabilisce espressamente che «la nullità (delle clausole contrattuali considerate vessatorie) opera soltanto a vantaggio del consumatore», nonché della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

In questo modo, la rilevazione d'ufficio costituisce il «contenuto di un potere-dovere non irrelato, cioè ad esercizio incondizionato e automatico, bensì condizionato all'interesse del soggetto riservatario dell'azione di nullità»⁽⁴⁶⁾.

Risulta, perciò, necessario individuare i parametri in base ai quali il giudice possa procedere a rilevare la nullità di protezione a tutela della parte legittimata, anche nell'ipotesi in cui questa non abbia agito in tal senso.

In realtà, la soluzione, ritenuta preferibile, è quella per cui il giudice dovrebbe sempre rilevare la causa della nullità relativa, eccezion fatta nel caso in cui il contraente legittimato dichiari un interesse all'efficacia del contratto o della clausola, attraverso un comportamento processuale di invocazione degli effetti negoziali o tenendo un comportamento positivo dal quale si desuma accettazione degli effetti stessi.

In sostanza, non si accoglie un'interpretazione in virtù della quale il potere di accertamento dell'autorità giudiziaria viene ammesso solo qualora il suo esercizio risulti conforme al vantaggio del soggetto legittimato, ma, piuttosto, si preferisce considerare quale unico limite all'esercizio stesso, l'invocazione o l'accettazione, da parte del contraente debole, degli effetti del negozio⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., p. 861 ss.

⁽⁴⁷⁾ L'articolo 183, 4° comma, c.p.c., nella fattispecie concreta, supplisce alla necessità di adeguare l'intervento officioso del giudice all'interesse concreto del contraente debole. In realtà, il potere del giudice di rilevare d'ufficio tutte le circostanze che ritenga opportuno trattare, fa sì che la parte debole venga a conoscenza dell'esistenza di una causa di nullità del contratto, consentendole di mantenere in vita il contratto stesso, qualora essa lo voglia. Di conseguenza, avvisati i contraenti sulla possibilità di dichiarare l'invalidità del contratto (o della clausola), l'autorità giudiziaria dovrà astenersi dal pronunciarsi in tal senso se la parte protetta dichiara di volerlo mantenere in vita. Sarà solamente il contraente debole a pretendere l'esecuzione del contratto che, se pur inficiato da una causa di invalidità, soddisfa, comunque il suo interesse. In questo modo, si impedisce al contraente più forte di provocare l'annullamento del rapporto, con la possibile conseguenza che il consumatore non riesca ad ottenere da altri professionisti il bene o il servizio, oggetto dell'accordo nullo: v. S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 685 ss.

4. — *Il problema dell'integrazione cogente.*

Nel codice civile del 1942, il rapporto tra autonomia privata e legge nella normativa sui contratti in generale, si suddivide in due aree principali. Da un lato, le regole e i principi che presiedono alle condizioni di riconoscimento e di stabilità del vincolo contrattuale, che si esplicano nelle discipline delle invalidità e delle risoluzioni; dall'altro, le questioni concernenti il contenuto e gli effetti del contratto.

Nella logica codicistica è prevalente la considerazione della regolare formazione del programma contrattuale rispetto ad un modello perfezionativo già prestabilito.

Il rapporto tra autonomia ed eteronomia si potrebbe tradurre in un rapporto di "regolamento di confini": l'ordinamento, con la previsione di specifici requisiti di struttura ed una funzione lecita e meritevole ai fini della validità, verifica la regolare formazione dell'atto; è attribuita, poi, ai privati la competenza alla determinazione e alla scelta delle regole d'azione, valide *inter partes* e capaci di portare ad attuazione il programma di interessi riconosciuto lecito e di cui garantisce l'impegnatività.

A livello codicistico, il rapporto tra autonomia ed eteronomia si sviluppa ulteriormente: pur restando l'accordo elemento centrale e necessario del contratto, alla formazione dello stesso possono concorrere, ai sensi dell'art. 1374 c.c., la legge e, in mancanza, gli usi e l'equità.

In tale contesto, la funzione dell'integrazione assume una duplice finalità: da una parte garantire, tramite il concorso della fonte legale e di quella giudiziale, efficienza al contratto, fornendo ai contraenti un complesso di regole in grado di colmare un'autonomia privata imperfetta, «permettendole di realizzare i suoi obiettivi altrimenti compromessi dalle sue stesse *défaillances*»⁽⁴⁸⁾; dall'altra, consentire al contratto di essere integrato da provvedimenti eteronomi di carattere autoritativo o correttivo.

L'integrazione contrattuale è stata oggetto, in tempi recenti, di un rinno-

⁽⁴⁸⁾ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 458. In argomento, v. A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia-Roma, 2006, p. 42 ss.; F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ. Galgano*, LVII, Padova, 2010, p. 56 ss.

vato interesse, soprattutto per ciò che attiene alle caratteristiche del diritto del consumatore, che ha introdotto, di fatto, problematiche contrattuali fino ad oggi inusuali. Il riferimento riguarda, in massima misura, l'ipotesi relativa alla c.d. integrazione correttiva, in tutti i casi in cui essa possa essere utilizzata per colmare una lacuna del contratto conseguente alla caducazione o alla dichiarazione di invalidità dello stesso⁽⁴⁹⁾.

Nell'analisi del problema, è sottintesa la necessaria parzialità della nullità; condizione questa che solleva l'esigenza di integrare il contratto, comunque valido, solo relativamente alla clausola colpita da invalidità.

All'interno della tutela dei consumatori, così come configurata dal legislatore europeo, si delinea di conseguenza, una delle principali novità del "nuovo diritto dei contratti". Mentre il codice civile consente la caducazione dell'intero contratto qualora una sua clausola risulti inficiata da nullità «se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità», la *ratio* che governa la tutela del consumatore nei contratti con il professionista, segue un diverso orientamento⁽⁵⁰⁾.

In presenza, infatti, di nullità causate dalla violazione di norme concepite principalmente a protezione di uno dei contraenti, la tutela del consumatore sarebbe compromessa se la salvezza del contratto derivasse dalla discrezionalità del contraente a cui è riferibile la violazione, in quanto, dovrebbe procurarsi in altro modo il bene o il servizio oggetto dell'accordo venuto meno.

Ciò detto, si deduce il principio, concepito in maniera specifica per le clausole vessatorie ma ritenuto generalmente estendibile in via analogica ad ogni ipotesi di nullità di protezione, in base al quale, la nullità debba ritenersi parziale, mantenendo, così, l'efficacia del contratto. Da ciò, scaturisce incer-

⁽⁴⁹⁾ Distinzione, peraltro, che sembra essere messa in discussione dai più recenti sviluppi dottrinali sul tema dell'integrazione, sia sul versante della elaborazione dottrinale, sia su quello della prassi applicativa delle corti: cfr. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, 2, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, 2^a ed., Milano, 2013, pp. 8, 16 e 41; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 2 ss.; M.A. LIVI, *L'integrazione del contratto*, in *Il contratto in generale*, II, in *Diritto civile. Tratt. Lipari-Rescigno-Zoppini*, 3, *Obbligazione*, Milano, 2009, p. 606 ss.

⁽⁵⁰⁾ V. *supra*, § 1.

tezza circa la possibilità di integrazione del contratto nella parte colpita dalla dichiarazione di nullità⁽⁵¹⁾.

Le “nuove nullità” si configurano come sanzione ad un abuso dell’esercizio della libertà contrattuale delle parti, piuttosto che come conseguenza della violazione di norme imperative. Tale ipotesi consente di individuare due aspetti: *in primis*, per il fatto che, in base ad essa, il criterio attraverso il quale viene condannato l’atto di autonomia privata diventa parzialmente indeterminato; in seconda battuta, perché si presenterà la questione se la norma dispositiva abusivamente derogata dai contraenti, possa costituire fonte di integrazione del contratto⁽⁵²⁾.

In riferimento alla questione delle conseguenze della nullità della clausola, e in particolare alla vicenda della sostituzione, l’elemento di maggior novità è rappresentato dal potere integrativo assegnato al giudice nell’ipotesi di riconduzione ad equità della clausola nulla. Qui, infatti, si profila una correzione giudiziale del contenuto del contratto per molti versi nuova nel nostro ordinamento. Questo tipo di correzione si differenzia da quanto generalmente accade, in quanto implica il concorso tra la volontà del giudice e la difettosa – e non piuttosto lacunosa, come di consueto – volontà delle parti nella costruzione del regolamento negoziale: agisce, quindi, nella fase rimediabile e non in quella fisiologica a cui in primo luogo si riferisce l’art. 1374 c.c.⁽⁵³⁾.

⁽⁵¹⁾ In argomento, v. F. PIRAINO, *Il cantiere delle nullità: B2C, bancarie e selettive. Contro l’uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1258 ss.

⁽⁵²⁾ Il problema è inedito, in quanto, secondo l’impostazione tradizionale, l’atto di deroga ad una norma “dispositiva” non è sindacabile, e mette definitivamente fuori gioco l’applicazione della norma derogata: v. G. D’AMICO, *L’integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, in G. D’AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso di integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2^a ed., 2015, p. 221 ss.

⁽⁵³⁾ V. *infra*, §§ 5-6. In senso contrario, invece, e in adesione ad un orientamento condiviso nella letteratura tradizionale, si ritiene che la previsione dell’art. 1374 c.c., in materia di integrazione del contratto, non riguardi fenomeni di intervento per così dire *ex post* sul contratto, e cioè in ordine ad un regolamento e ad elementi di esso già definiti dai contraenti, rispetto ai quali si evidenzia la necessità di una sostituzione/correzione da parte dell’ordinamento, non voluta né presupposta dalle parti. In tal senso, l’integrazione viene ricondotta nell’ambito della interpretazione (interpretazione integrativa): v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 344: «quella che dicesi interpretazione integrativa verte sui punti del regolamento di interessi

Questa norma, infatti, interviene a fronte di lacune nel regolamento contrattuale determinate dal fatto che le parti hanno omesso, consapevolmente o meno, una specifica regolamentazione sul punto. L'intervento del giudice, dunque, concerne evenienze, come quella prefigurata nell'art. 1349 c.c., in cui si invoca una sua pronuncia come integrazione e a completamento del contenuto del negozio, al fine di renderlo idoneo al dispiegamento dei suoi effetti e alla realizzazione del loro intento pratico⁽⁵⁴⁾.

4.1. – *Segue: la nullità di protezione nel codice del consumo.*

Lo studio della nullità di protezione sancita dall'art. 36 c.cons. offre non solo la possibilità di verificare le condizioni attraverso le quali si determina-

che, pur non essendo abbracciati dalla formula, rimasta inadeguata, sono tuttavia compresi nell'idea ch'essa esprime, e quindi sono inquadrati pur sempre nel contenuto del negozio»; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 230; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 286 ss. Per l'estraneità della funzione correttiva delle fonti di integrazione elencate nell'art. 1374 (aventi viceversa una funzione meramente suppletiva), v. anche C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, in *Tratt. contr. Rescigno-Gabrielli*, 1, 2^a ed. Torino, 2006, p. 1027; G. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 690.

⁽⁵⁴⁾ Tuttavia, l'integrazione giudiziale in via correttiva è necessaria tutte le volte in cui l'assetto negoziale sia squilibrato; in particolare il ricorso ai principi generali di matrice costituzionale (ad es. proporzionalità, ragionevolezza, ecc.), così come alle clausole generali (ad es. buona fede, ecc.) consente al giudice di intervenire a tutela della libertà negoziale della parte debole del rapporto, nei casi di asimmetria di potere contrattuale. L'orientamento ormai prevalente, infatti, ritiene che «la norma che impone alle parti di eseguire il contratto secondo buona fede concorra a formare il contenuto legale del contratto a norma dell'art. 1374». Pertanto, deriva che la violazione del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto, ex art. 1375, costituisce inadempimento contrattuale, che se di non scarsa importanza, può giustificare la risoluzione del contratto via inadempimento: in questi termini, v. F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 543, ove è ricordato il *leading case* di Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. giur.*, 1994, p. 566, con nota di V. CARBONE; su cui L. NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 475; in senso conforme, Cass., 1° agosto 2002, n. 11437, in *Contratti*, 2003, p. 342; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 454, secondo il quale «fonte legale di integrazione del contratto è innanzitutto il principio di buona fede»; M. FRANZONI, *Gli effetti del contratto*, cit., p. 57, il quale distingue nettamente l'interpretazione dall'integrazione. *Contra*, G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 658-659, ove si ricorda il rischio dell'arbitrio del giudice a fronte di un suo intervento equitativo-correttivo.

no i poteri di intervento del giudice sul contratto contenente una clausola vessatoria, ma largisce, altresì, lo spunto per una riflessione sulle criticità di questo rimedio sotto il profilo dell'effettività della tutela⁽⁵⁵⁾.

È stato rilevato, infatti, che la nullità parziale necessaria non sempre soddisfa, pienamente, l'obiettivo di tutelare la parte debole. Questo si verifica, principalmente, quando la nullità della singola clausola (abusiva) incide in maniera negativa sull'interesse del consumatore ad ottenere la prestazione del professionista, giacché si tratta di pattuizione che incide su un elemento essenziale del contratto, come il prezzo o l'oggetto o la causa o, comunque, di un gran numero di clausole.

In queste situazioni, al giudice spetterà non solo il compito di dichiarare la nullità della clausola abusiva, ma dovrà, altresì, offrire una soluzione alla formazione della lacuna contrattuale verificatasi su un aspetto essenziale del rapporto negoziale, naturalmente in relazione alle specificità del caso concreto.

Il silenzio mantenuto sul punto, tanto dalla direttiva 93/13 CEE, quanto dall'art. 36 c.cons. è evidente. A tale silenzio fa riscontro la volontà della Corte di Giustizia laddove impedisce, il più attentamente possibile, qualunque alterazione del contratto diversa dalla semplice caducazione della clausola abusiva, giacché considera proprio la caducazione il rimedio più idoneo al ripristino dell'equilibrio contrattuale e, quindi, della tutela del consumatore⁽⁵⁶⁾.

Tuttavia, se gli stessi principi eurounitari, a cominciare da quello della effettività delle tutele, impongono agli stati membri di reagire alle violazioni del diritto europeo con «sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive»⁽⁵⁷⁾, spetta all'interprete il compito di valutare il problema della conservazione del contratto, quando questo non sia in grado di funzionare in mancanza della clausola abusiva essenziale.

Se si dovesse accogliere la tesi che nega qualunque forma di integrazione

⁽⁵⁵⁾ S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, pp. 155 ss. e 217 ss.

⁽⁵⁶⁾ V. *supra*, § 2.

⁽⁵⁷⁾ V. da ultimo la dir. 2019/2161 UE, cit.

del regolamento, si dovrebbe arrivare alla conclusione che con l'eliminazione della pattuizione essenziale per il suo funzionamento, il contratto vada incontro a nullità totale. Questa soluzione, però, finirebbe per colpire proprio l'obiettivo posto alla base della nullità di protezione, cioè la tutela del contraente debole; pertanto, essa non apparirebbe soddisfacente.

L'eliminazione dell'intero contratto, infatti, priverebbe il consumatore della possibilità di continuare a fruire del bene o del servizio di cui necessita, costringendolo alle conseguenti restituzioni; ipotesi, questa, che lo porrebbe in una posizione addirittura peggiore rispetto a quella di rimanere vincolato al contratto contenente la clausola abusiva⁽⁵⁸⁾. Oltretutto, il consumatore, nel timore di perdere la prestazione contrattuale, potrebbe decidere di non denunciare la clausola abusiva.

In questa prospettiva, la nullità totale del contratto dovrebbe restare una soluzione del tutto residuale, verificabile solo nell'ipotesi in cui il consumatore preferisca liberarsi del vincolo contrattuale o qualora non sia possibile individuare alcuna tecnica di modifica del contratto capace di ristabilire efficacemente l'equilibrio alterato.

D'altronde, il rimedio della invalidità non sembra essere veramente dissuasivo neppure qualora si prospetti la possibilità, per il professionista, di liberarsi dal vincolo contrattuale per effetto della nullità totale. Talvolta, il potere dissuasivo della invalidità si manifesta in modo più incisivo quando il professionista si trovi vincolato ad un regolamento che è stato integrato o modificato per una finalità conservativa e di riequilibrio dell'asimmetria⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁸⁾ V. *supra*, § 4.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. F. SCAGLIONE, *Culpa in contrahendo e nullità conformativa*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA, S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, pp. 2147–2148, ove si osserva che «sebbene la Corte di Giustizia dell'Unione europea sembri essersi mostrata di diverso avviso, è da ritenere che il riequilibrio del rapporto a favore del consumatore non debba necessariamente affidarsi ad una integrazione della lacuna mediante il ricorso alla disciplina dispositiva abusivamente derogata, ma anche ad una concezione giudiziale del contratto in via equitativa», almeno tutte le volte in cui tale disciplina manchi. Inoltre, si confuta a riguardo l'argomento fondante la decisione della Corte just., 14 giugno 2012, n. 618, in *Contratti*, 2013, p. 16, con nota di A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e massimo effetto utile per il consumatore: nullità parziale necessaria della clausola*

Deriva che un regolamento integrato non necessariamente contrasta con gli obiettivi della direttiva, potendo esso, comunque, garantire un giusto equilibrio tra esigenze contrapposte: da un lato, la tutela del consumatore, interessato a non perdere il contratto, una volta epurato della clausola abusiva; dall'altro, la sanzione per il professionista, vincolato ad un regolamento conforme alla legge ed equilibrato⁽⁶⁰⁾.

abusiva e integrazione parziale del contratto, secondo cui «se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'articolo 7 della direttiva 93/13. Infatti, tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive, dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti (punto 69)».

V., in proposito, a favore dell'integrazione mediante norma dispositiva, Corte giust., 3 marzo 2020, C-125/18, in *Corr. giur.*, 2020, p. 556, secondo cui: «L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che non ostano a che, nell'ipotesi di nullità di una clausola contrattuale abusiva che fissa un indice di riferimento per il calcolo degli interessi variabili di un mutuo, il giudice nazionale sostituisca a tale indice un indice legale, applicabile in assenza di un diverso accordo tra le parti contraenti, a condizione che il contratto di mutuo ipotecario di cui trattasi non possa sussistere in caso di soppressione di detta clausola abusiva, e che l'annullamento di tale contratto nella sua interezza esponga il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli». In questo senso, si era già espressa Corte giust., 30 aprile 2014, n. 26/13, in *Contratti*, 2014, p. 843 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di giustizia, Corte costituzionale ed ABF: «il mondo di ieri» un trump ley concettuale?*, *ivi*, p. 153 ss.

⁽⁶⁰⁾ V. di recente Cass., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Contratti*, 2020, p. 11, con nota di S. PAGLIANTINI; *Le stagioni della nullità selettiva (e «di protezione»)*; in *Corr. giur.*, 2020, p. 5, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 26, con nota di A. DALMARTELLO, *Intermediazione finanziaria – la nullità di protezione ex art. 23 T.U.F. tra uso selettivo e buona fede del cliente*; M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, *ivi*, p. 154 ss. La clausola generale di buona fede, in questa pronuncia, è soggetta ad un'interpretazione trasversale, affermando che i principi costituzionali di solidarietà (artt. 2 e 41 Cost.) e di eguaglianza (art. 3 Cost.), base normativa delle nullità di protezione, agiscono anche in termini di «riequilibrio effettivo endocontrattuale quando l'azione di nullità, utilizzata come nella specie in forma selettiva, determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte. Limitatamente a tali ipotesi, l'intermediario potrà opporre

5. — *Il giudizio di vessatorietà nei contratti del consumatore.*

Il recepimento, da parte del nostro ordinamento, della direttiva 93/13 CEE⁽⁶¹⁾, che tutela il consumatore dalla presenza di clausole vessatorie, ha individuato l'integrazione contrattuale cogente come uno degli aspetti più rilevanti.

Il dato più innovativo che risalta nella normativa in materie di clausole vessatorie è la previsione della nullità, come rimedio sanzionatorio, a seguito della deroga a norme di diritto dispositivo, superando il precedente orientamento secondo il quale, la nullità scaturiva unicamente dalla violazione di norme imperative. Solo nell'ipotesi in cui la deroga risulti essere bilaterale, il diritto dispositivo sarà suscettibile di una forma di derogabilità incondizionata. Quando invece, il contratto è determinato, nel suo contenuto, dalla volontà di una sola delle parti, la deroga al diritto dispositivo sarà ipotizzabile solo nel caso in cui la stessa non si riveli dannosa per il consumatore,

all'investitore un'eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini». Continua la Corte: «l'eccezione sarà opponibile nei limiti del *petitum* azionato, come conseguenza dell'azione di nullità, ove gli investimenti relativi agli ordini non coinvolti dall'azione, abbiano prodotto vantaggi economici all'investitore. Ove il *petitum* sia pari o inferiore ai vantaggi conseguiti, l'effetto impeditivo dell'azione restitutoria, promossa dall'investitore sarà integrale»; lo stesso sarà invece parziale quando «gli investimenti non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto risultati positivi, ma questi siano di entità inferiore al pregiudizio determinato nel *petitum*». L'eccezione non può considerarsi in senso stretto in quanto «non agisce su fatti costitutivi dell'azione di nullità dalla quale scaturiscono gli effetti restitutori ma, sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti». Diversamente, questa circostanza ha consentito alla Corte di escludere l'applicabilità all'ipotesi controversa del principio di diritto enunciato in una precedente pronuncia, in Cass., 24 aprile 2018, n. 10116 in *leggiditalia.it*, nella quale si affermava che «l'intermediario non può legittimamente opporsi ad un'azione fondata sull'uso selettivo della nullità *ex art. 23 T.U.F* quando un contratto quadro manchi del tutto, né attraverso l'*exceptio doli*, né in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, per effetto della sopravvenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia ad avvalersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente».

⁽⁶¹⁾ Cfr. V. RIZZO, *Le clausole «abusive»: realtà e prospettive. La direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 588 ss.

generando, quindi, una considerevole sproporzione tra i diritti e gli obblighi nati con l'accordo contrattuale.

Ciò significa che il diritto dispositivo rimane un diritto derogabile, anche per scelta di solo uno dei contraenti, esclusivamente, però, nel limite in cui dalla deroga non derivi uno squilibrio tra gli interessi delle parti, considerando, nello specifico, la tutela del contraente debole che, nei contratti tra professionista e consumatore, deve essere garantita.

Parlare di “significativo squilibrio” consente all'interprete vasto campo di azione, anche se la discrezionalità giudiziaria viene notevolmente limitata dalla elencazione di clausole di cui il legislatore, a titolo esemplificativo, presuppone la vessatorietà (prevista dall'art. 33, 2° comma, c.cons.)⁽⁶²⁾. Valutazione questa, che subirà, in ogni caso, una riesplorazione fisiologicamente collegata all'utilizzo di espressioni generiche contenute nell'elenco suddetto.

Il giudizio sulla vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore, quindi, avviene sulla base di una tipica clausola generale rimessa alla concretizzazione giudiziale e tale, per sua natura, da escludere la tassatività delle ipotesi delle clausole vessatorie. Tuttavia, l'integrazione – che nel sistema del diritto comune ha come presupposto la validità del contratto – si basa, viceversa, su un tipo di nullità che deriva dalla violazione di regole di comportamento nella formazione del regolamento contrattuale⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ Cfr. V. RIZZO, *Codice del consumo e definizione di clausola vessatoria*, in G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO, *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive*, Napoli, 2008, p. 142 ss.; S. TROIANO, *Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*, in G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano 2003, p. 62.

⁽⁶³⁾ Cfr., N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 183, il quale osserva che la disciplina dei rimedi «non risulta più dettata in funzione della struttura dell'atto, valutata in rapporto al modo di porsi dei così detti requisiti del contratto, ma viene invece talvolta rivista in funzione sia della natura dell'operazione economica, sia della qualità dei soggetti che stipulano il contratto. Viene così a capovolgersi la prospettiva valutativa, che non guarda più a monte alla struttura originaria dell'atto, ma semmai a valle alle modalità di svolgimento del rapporto». Sul punto, v. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra le regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 60, il quale osserva che l'operare della nullità protettiva deriva dal fatto che la violazione della regola di condotta si riversa «sulla funzione concreta del negozio generando un disvalore della causa, anche sotto forma di squilibrio significativo del regolamento di interessi o di non meritevolezza dell'operazione».

La lacuna che si viene a creare, così, deriva direttamente da una sentenza del giudice, e si qualifica, quindi, come lacuna successiva, per cui «l'integrazione necessariamente diventa la *pars construens* da affiancare alla nullità ed acquista una funzione conformativa del regolamento contrattuale»⁽⁶⁴⁾.

L'ampliamento della discrezionalità giudiziale nell'accertamento della abusività della clausola viene in qualche misura compensato e temperato dalla necessità di procedere al riequilibrio e alla conservazione del regolamento contrattuale, ricorrendo esclusivamente alle fonti indicate dall'art. 1374 c.c., secondo l'ordine gerarchico e tassativo ivi indicato (leggi, usi ed equità).

In questa prospettiva, un ruolo non secondario, inoltre, al fine di orientare il compito integrativo/conformativo del giudice, potrebbe svolgere anche la regola della buona fede nell'esecuzione quale tecnica che attiene alle modalità con le quali il programma contrattuale deve avere realizzazione⁽⁶⁵⁾ (art. 1375 c.c.).

6. — *Limiti dell'integrazione giudiziale del rapporto contrattuale.*

È indubbio che l'idea di un intervento correttivo da parte del giudice, qualunque sia il parametro attraverso il quale esso venga giustificato, sollevi notevoli criticità⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁴⁾ A. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità del diritto privato*, Palermo, 2011, p. 353.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, cit., p. 61 ss.; ID., *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, 2008, p. 71 ss., spec. p. 79 ss. Sui fondamenti della cultura giuridica europea che costituiscono il presupposto dell'attività ermeneutica in tema di buona fede, v. A. PALAZZO, *Permanenze dell'interpretazione civile dell'Europa moderna e contemporanea*, cit., p. 1 ss., ove si ricorda come l'opera dei dottori medievali, glossatori e bartolisti, e quella dei Grandi Tribunali, tra i quali spicca la Rota (v. le opere di G.B. De Luca e F. Mantica) dedicarono particolare attenzione alla triade equità, analogia e buona fede; ID., *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, I, p. 2 ss., spec. pp. 3 ss. e 117 ss.

⁽⁶⁶⁾ Ipotesi normative che possono lasciare spazio ad un intervento correttivo/integrativo si ravvisano, generalmente, negli artt. 1384, 1450 e 1467 c.c.; art. 9, d.lgs. n. 192/1998 e art. 3, 1° comma, d.lgs. n. 129/2004.

L'idea di un giudice che formuli una regola atta a permettere il corretto funzionamento del contratto, a seguito della caduta di una clausola abusiva essenziale, genera due reazioni contrapposte. Da un lato, tale soluzione è quella che, probabilmente, offre al consumatore uno strumento di tutela effettivo, idoneo a conservare il contratto attraverso l'inserimento di una regola che garantisca il riequilibrio delle posizioni contrattuali. Dall'altro, però, è evidente che tale potere in capo al giudice riguardi una questione irrisolta dell'attuale dibattito sul compito che l'autorità giudiziaria è chiamata a svolgere nel regolamento negoziale e sulla discrezionalità dell'autonomia privata⁽⁶⁷⁾.

Infatti, se ci si muove a difesa della volontà contrattuale, il giudice potrà eliminare, semplicemente, la singola clausola vessatoria, lasciando, però, il consumatore esposto al rischio della caducazione dell'intero contratto, evidentemente mal funzionante. Nella seconda ipotesi, invece, il giudice, dichiarata la nullità della clausola, può intervenire ad integrare dall'esterno il contratto, perseguendo una finalità certamente protettiva, ma ipotizzando un'idea di contratto non più di matrice esclusivamente negoziale, bensì frutto di concorso tra soggetti diversi. Ciò, al fine di contribuire alla correzione delle imperfezioni del mercato.

Diverse, però, sono le perplessità che sono state sollevate in ordine a quest'ultima opzione. Innanzitutto, si evidenzia come tale rimedio sia in contrasto con l'essenza stessa della nullità di protezione, giacché, non si potrebbe desumere, dal potere del giudice di dichiarare la nullità di una singola clausola abusiva, una correzione giudiziale a favore della parte debole, almeno in mancanza di una espressa disposizione di legge. E questo perché, nel sindacato giudiziale di vessatorietà non sarebbe ricompreso un potere di integrazione equitativa del regolamento viziato⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁷⁾ Sul ruolo dell'autonomia privata, in relazione alla tutela dei soggetti deboli, v. L. MEZZASOMA, *Novità del diritto contrattuale in Italia e tutela del contraente debole*, in *Corti ombre*, 2014, p. 919 ss.; ID., *La tutela del sovraindebitato quale contraente debole*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA, S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo*, cit., p. 1255.

⁽⁶⁸⁾ S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, p. 198 ss.

Un ulteriore argomento contrario, è quello che fa leva su uno dei principi cardine di ogni sistema giuridico, quello della certezza del diritto. Mentre, infatti, la correzione legale⁽⁶⁹⁾ risulta essere ben definibile e prevedibile *a priori* da entrambe le parti, la eterointegrazione affidata alla discrezionalità giudiziale, mediante il ricorso a clausole generali, sottoporrebbe le negoziazioni ad una profonda incertezza circa la sorte dei contratti stipulati.⁽⁷⁰⁾ Secondo tale interpretazione, inoltre, non sarebbe possibile, mancando una espressa e diversa disposizione di legge, desumere un generale potere di correzione giudiziale nemmeno dall'art. 1374 c.c. Tale norma, infatti, stabilendo criteri integrativi secondo un ordine gerarchico, non permetterebbe l'utilizzo del criterio dell'equità in presenza di una regola integrativa legale. Anzi, proprio la necessità che, per derogare a tale regola, occorra una espressa previsione di legge, escluderebbe un generalizzato potere correttivo del giudice⁽⁷¹⁾.

Non ultimo, va considerato come lo stesso diritto europeo mal tollera l'idea di un contratto ristrutturato per mano del giudice. Si veda, in particolare, la citata direttiva 93/13, la quale non solo salva il resto del contratto, privato della clausola abusiva, ma offre una indicazione molto importante, non recepita, tuttavia, dal codice del consumo: la sopravvivenza del contratto diventa ammissibile, solo nella misura in cui questo possa sussistere senza la clausola abusiva.

Conseguentemente, secondo tale interpretazione, qualora il giudice rilevi che la declaratoria di nullità della singola pattuizione non sia sufficiente a consentire il corretto funzionamento del contratto, non potrebbe far altro che pronunciare la caducazione della intera costruzione pattizia, nell'impossibilità di poter dettare una regola diversa. Tale linea interpretativa fa rife-

⁽⁶⁹⁾ V., ad esempio, l'art. 1339 c.c. sulla inserzione automatica di clausole.

⁽⁷⁰⁾ G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, cit., p. 241 ss.

⁽⁷¹⁾ Cfr. G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., pp. 233-234. In contrario, tuttavia, può rilevarsi che un ruolo non secondario, al fine di orientare il compito integrativo/conformativo del giudice, potrebbe svolgere la stessa regola della buona fede *in executivis*, considerata quale fonte legale di integrazione del contratto: v. *supra*, § 4, nt. 48, e § 5.

rimento all'orientamento consolidato della Corte di Giustizia, che avrebbe escluso ogni possibilità di intervento del giudice diretto a colmare le lacune connesse alle clausole vessatorie, come nelle due sentenze rese sul caso *Banco Español* del 2012 e sul caso *Asbeek Brusse* del 2013⁽⁷²⁾. In entrambi i casi, la Corte di Giustizia basa la sua impostazione sulla constatazione che, optando per una diversa soluzione, verrebbe meno l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione, nei confronti del consumatore, di tali clausole. Infatti, se la parte forte sapesse di poter contare su un intervento di revisione del giudice, sarebbe portata a continuare a utilizzare clausole abusive, garantendosi, in questa maniera, la prosecuzione del rapporto contrattuale corretto⁽⁷³⁾.

In realtà, la stessa Corte di Giustizia non è sempre uniforme nelle sue decisioni. Basti ricordare il caso *Käsler* del 2014, in cui essa è giunta a considerazioni del tutto diverse, ammettendo la possibilità, per il giudice, di intervenire sul contratto recante una lacuna sopravvenuta⁽⁷⁴⁾. È vero che, anche in quel caso, non si trattava di una tecnica di integrazione/correzione giudiziale, ma di una integrazione basata sul diritto dispositivo. Non manca di rilevare, ciononostante, l'apertura di questa pronuncia verso una espansione dei poteri del giudice nelle ipotesi di nullità protettiva.

Infatti, la sostituzione della clausola abusiva con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva, se vale a limitare gli effetti pregiudizievoli per il consumatore di una declaratoria di nullità dell'intero contratto, potrebbe non essere in linea con l'esigenza di garantire un'effettiva tutela dello stesso. In altri termini, l'obiettivo di assicurare un equilibrio non solo formale, ma anche sostanziale tra le parti (art. 3, 2° comma, Cost.)⁽⁷⁵⁾, non sempre è conseguibile attraverso la pura e semplice sostituzione della clausola nulla

⁽⁷²⁾ V. Corte giust., 14 giugno 2012, C-618/10, cit.; e Corte giust., 30 maggio 2013, C-488/11, in *curia.europa.eu*.

⁽⁷³⁾ V. però, le considerazioni espresse *supra*, § 4.1, alle ntt. 53 e 54.

⁽⁷⁴⁾ Corte giust., 30 aprile 2014, C-26/13, cit.; nello stesso senso v. Corte di giust., 3 marzo 2020, C-125/18, cit.

⁽⁷⁵⁾ Sul principio di parità sostanziale tra le parti del contratto, cfr. A. SASSI, *Equità e buona fede oggettiva nel diritto interno ed europeo*, in T. SEDIARI (a cura di), *Cultura dell'integrazione*

con una disposizione nazionale di natura suppletiva, la cui esistenza non è in tutti i casi garantita.

Pertanto, sebbene nelle più recenti pronunce della Corte di Giustizia, il tema dell'integrazione della lacuna contrattuale abbia sempre riguardato, al più, la riespansione del diritto dispositivo (abusivamente derogato), non è stato affrontato, direttamente, il problema del sindacato del giudice che si traduca in un intervento di tipo correttivo. Resta ancora da capire, allora, quale soluzione verrebbe prospettata nelle ipotesi in cui manchi una norma inderogabile o suppletiva idonea a colmare, eventualmente, la lacuna. Nonostante i rilievi critici appena esposti alla teoria del rimedio correttivo, la questione appare, dunque, ancora aperta e dibattuta⁽⁷⁶⁾.

europaea, Torino, 2005, p. 227 ss. Sulla tutela costituzionale del consumatore, v. L. MEZZASOMA, *Consumatore e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 311 ss.

⁽⁷⁶⁾ V., a riguardo, Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Foro it.*, 2020, I, c. 3511: «Posto che il modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausole *claims made*, in quanto partecipe del tipo dell'assicurazione contro i danni, non è soggetto al test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, la tutela del contraente assicurato può realizzarsi sui piani della responsabilità risarcitoria precontrattuale (anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose), della nullità, anche parziale, per difetto di causa in concreto (con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti) e della conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)». In senso critico, v. sul punto, F. PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale, «il cantiere» delle nullità*, cit.; S. MONTICELLI, *Nullità delle claims made e conformazione della clausola nel teorema delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 155 ss. Il problema della giustizia contrattuale è ripreso, da ultimo, da A. MORACE PINELLI, *Il contratto giusto*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 663 ss.

MASSIMO BILLI^(*)

CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA: ADEGUATI ASSETTI ORGANIZZATIVI E RUOLO DEGLI AMMINISTRATORI

Abstract: The essay aims, also thanks to the recognition of doctrinal and jurisprudential contributions, to answer the main interpretative questions posed by art. 2086, co. 2, of the Italian Civil Code, which, following the changes made by the Crisis Code, imposes on collective enterprises the obligation to equip themselves with adequate organizational structures. The main novelty elements of the new regulations and the problems they pose with regard to the adequacy of the organizational structure, and above all the responsibility of the directors, are highlighted.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le esigenze di riforma. – 3. Le novità introdotte dal nuovo articolo 2086 c.c. – 4. L'attribuzione esclusiva dei profili organizzativi dell'attività d'impresa agli amministratori. – 5. Gli adeguati assetti organizzativi d'impresa. – 6. La responsabilità degli Organi amministrativi per la mancanza degli adeguati assetti organizzativi. – 7. Adeguatezza degli assetti organizzativi e *business judgement rule*. – 8. Conclusioni.

1. — *Premessa.*

Nel normale ciclo di vita, l'impresa può trovarsi in momenti di crisi: riconoscere per tempo quelli che possono esserne i segnali assume una notevole importanza. La crisi⁽¹⁾, se individuata tempestivamente e se vengono presi gli opportuni interventi, può essere risolta e, talvolta, può diventare anche una opportunità di crescita⁽²⁾.

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ J.F. Kennedy, in un famoso discorso tenuto a Indianapolis il 12 aprile 1959 disse: «scritta in cinese la parola crisi è composta da due caratteri: uno rappresenta il pericolo e l'altro rappresenta l'opportunità».

⁽²⁾ A tal proposito: A. DANOVÌ, P. RIVA, *Le cinque fasi della crisi e dell'allerta*, in *Il Fallimentarista*, 2018; P. RIVA, M. COMOLI, *The impact of the new Italian early warning system provided by the IC-Code on family SMEs governance*, Corporate Ownership and Control, Volume 16, Issue 3,

Gli stati di crisi spesso si manifestano non perché siano inevitabili, ma perché le imprese non riescono a comprendere i segnali di allarme, non sono in grado di monitorare le minacce per anticiparle e di conseguenza non sono in grado di contenere gli effetti dannosi. In questo quadro il legislatore, con la l. delega n. 155/2017⁽³⁾, ha introdotto le “procedure di allerta” intese come strumento finalizzato a supportare gli amministratori e gli organi preposti al controllo delle società nell’individuazione dei primissimi segnali di crisi⁽⁴⁾.

Partendo delle sollecitazioni provenienti dalla Raccomandazione dell’Unione Europea numero 135 del 2014⁽⁵⁾, il legislatore italiano, in attuazione della l. delega 19 ottobre 2017, n. 155, ha emanato il nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, inserendo il principio secondo il quale la crisi e l’insolvenza non devono solo essere gestite, ma anche prevenute⁽⁶⁾. Il nuovo impianto normativo pone le fonda-

2019, p. 64; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del Concordato Preventivo*, (Neldiritto Editore) 2019; S. BONFATTI, P.F. CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, 2017; L. STANGHELLINI, A. ZORZI, M. MARCUCCI, C. MARTINEZ, A. DANOVÌ, P. RIVA, P. LUCARELLI, I. FORESTIERI, I. DONATI, *Negotiating restructuring plans*, in L. STANGHELLINI, R. MOKAL, G.C. PAULUS., I. TIRADO (a cura di), *Best Practices in European Restructuring. Contractualised Distress Resolution in the Shadow of the Law*, 2018, Padova, pp. 113-177; A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Il Fallimento*, n. 4/2019, p. 409 ss.; M. FABIANI, G.B. NARDECCHIA, *Legge fallimentare. Formulario commentato*, Commentari Ipsosa, (Wolters Kluwer) 2014; P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008; C. TEODORI, *Modelli di previsione nell'analisi economico-aziendale*, Torino, 1989; M. VENEZIANI, *Previsione, interpretazione e soluzione della crisi d'impresa. Analisi dell'economia lombarda*, Torino, 2015.

⁽³⁾ Legge 19 ottobre 2017, n. 155. Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza, in *G.U.* 20 ottobre 2018, n. 254.

⁽⁴⁾ Si veda in merito: A. PELLEGGATTA, *La riforma della normativa sulla crisi d’impresa e dell’insolvenza: le procedure di allerta e di composizione assistita*, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, 8 marzo 2017, p. 3; e A. PALUCHOWSKI, *Una concezione di gestore (e controllore) dell’impresa – Prefazione*, in P. RIVA (a cura di), *I nuovi compiti degli organi sociali*, *Il Sole 24 ore, Collana “Crisi d’Impresa”*, Milano, 2019, p. 11 ss.

⁽⁵⁾ *Gazzetta ufficiale dell’Unione Europea* L 74 del 14 marzo 2014.

⁽⁶⁾ Lo testimonia l’altalenarsi dei testi che si sono succeduti dai lavori della Commissione ministeriale presieduta da Renato Rordorf alla legge delega 19 ottobre 2017 n. 155, fino agli schemi di decreti legislativi delegati del 22 dicembre 2017, poi aggiornati a fine febbraio

menta della concorsualità preventiva, prendendo le mosse dal presupposto che «*le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore e che, viceversa, il ritardo nel percepire i segnali di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibile ed a rendere perciò velleitari, se non perfino ulteriormente dannosi, i tardivi tentativi di risanamento*»⁽⁷⁾. La corretta impostazione di una cultura del salvataggio dell'impresa richiede, pertanto, di conferire una più forte significatività al periodo anteriore all'insorgenza di cause di crisi. Ne consegue che «è quello dell'organizzazione d'impresa, quindi del diritto dell'organizzazione, il miglior terreno di coltura di una via

2018, con impostazioni anche sensibilmente differenti; ferma soltanto la convinzione che al tema dell'allerta rispetto alla crisi di impresa, recependo le indicazioni di un dibattito già formatosi in precedenti stagioni di riforma, si debba finalmente porre mano, come già fatto in Francia più recentemente in Belgio, anche in Italia, per di più in modo compiuto e articolato. Oltre ai lavori più avanti citati nel corso della trattazione, cfr. intanto, senza pretesa di completezza, G. BOCCUZZI, *Meccanismi di allerta e prevenzione e le procedure stragiudiziali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 626 ss.; M.C. CARDELLI, *Istituti di allerta e di prevenzione nella riforma delle procedure concorsuali (Atti del Convegno di Isernia, 18 ottobre 2003)*, in *Crisi dell'impresa e insolvenza*, Milano, 2005, p. 99 ss.; G. CARMELLINO, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in *Fallimento*, 2015, p. 1057 ss.; M. FABIANI, *Misure di allarme per la crisi d'impresa*, *ivi*, 2004, fasc. 7, p. 825 ss.; G. FAUCEGLIA, *L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future*, *ivi*, 2009, Allegato 1, p. 14 ss.; M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, *ivi*, 2016, fasc. 10, p. 1032 ss.; A. JORIO, *Su allerta e dintorni*, in *Giur. comm.*, 2016, III, p. 261 ss.; F. LAMANNA, *Responsabilità degli organi gestori nell'approssimarsi dell'insolvenza: nuovi «sistemi di allerta» e disciplina vigente*, in *Il Fallimentarista*, 2016; I. L. NOCERA, *Procedure di allerta: obblighi degli organi di controllo e strumenti premiali*, *ivi*, 2016; F. PASQUARELLO, *Strumenti di prevenzione della crisi di impresa*, in *Dir. fall.*, 2010, 5, pt. 1, p. 572 ss.; G. SANTONI, *I sistemi di allerta e prevenzione e le procedure anticipatorie della crisi nel progetto di riforma della legge fallimentare*, *ivi*, 2004, I, p. 733 ss.; M. CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fallimento*, 2016, p. 1021 ss., ove menziona il precedente tentativo di elaborazione di una disciplina in materia da parte della Commissione Trevisanato, per i progetti di legge delega v. in *Dir. fall.*, 2003, I, p. 2064; e in A. JORIO, S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali: i progetti*, Milano, 2004, p. 38 ss. Per un quadro sintetico cfr. A. JORIO, *sub art. 160*, in A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, III, Torino, 2010, p. 2039.

⁽⁷⁾ Relazione illustrativa allo schema di accompagnamento ai decreti delegati, tratto da *documenti.camera.it*.

salutistica e preventiva»⁽⁸⁾. A seguito di queste analisi, il legislatore delegato, con le modifiche al Codice civile apportate dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, ha inserito l'obbligo per l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva e, quindi, anche alle associazioni e fondazioni che esercitino attività d'impresa⁽⁹⁾, di dotarsi fin dalla nascita di sistemi di presidio del rischio di crisi.

2. — *Le esigenze di riforma.*

Le spinte riformiste legate all'attività di impresa sono state recepite dal nostro Ordinamento giuridico dal d.lgs. numero 14 del 12 gennaio 2019, meglio conosciuto come Codice della crisi d'impresa e della insolvenza. Si tratta di una riforma strutturale e dogmatica di quel modo di concepire e di muoversi del diritto concorsuale, se si esegue una comparazione di scelte politico-legislative tra vecchio e nuovo sistema delle procedure.

Con l'emanazione del regio decreto n. 267 del 1942, oltre alla assenza di

⁽⁸⁾ Cfr. G. MEO, *La difficile via normativa al risanamento d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 4, p. 620 ss.

⁽⁹⁾ Così anche C. IBBA, *Codice della crisi e codice civile*, in *Orizz. dir. comm.*, 2019, spec. p. 447, nt. 8, «*La ratio della norma fa ritenere plausibile che essa debba applicarsi, oltre che alle imprese costituite in forma societaria, a qualunque impresa imputata a figure soggettive diverse dalle persone fisiche (e nello stesso senso interpretare, nell'art. 1 d.lgs. 14/2019, il riferimento a chi operi "quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo")*, senza che sia possibile argomentare esclusioni dalla natura eventualmente non associativa (si pensi a una fondazione) dell'ente titolare dell'impresa»; analogamente M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 262, con la specificazione che un'interpretazione ragionevole impone, secondo l'Autore, di andare oltre il confine segnato dalla locuzione "in forma collettiva", in modo da comprendere anche le imprese riferibili a enti non collettivi, quali le fondazioni. Sul punto anche V. DI CATALDO, S. ROSSI, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. dir. soc.*, 2018, p. 750; e N. RICCARDELLI, *Il sistema di amministrazione nelle s.r.l. dopo il codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Nuovo diritto delle società*, 7/2019, spec. p. 993 s., testo e nt. 4. Alla questione è dedicato anche uno scritto di A. LAUDONIO, *Aspetti organizzativi adeguati e prevenzione della crisi negli enti non lucrativi (interrogativi sull'adeguatezza del legislatore di fronte alla crisi)*, *Relazione al XI Convegno "Orizzonti del diritto commerciale"*, Roma, 14 febbraio 2020.

possibili scenari di soluzioni privatistiche dell'insolvenza, seppur allo stato embrionale contenuti nel Codice di commercio del 1865⁽¹⁰⁾, venne definitivamente confermata la netta funzione afflittiva e sanzionatoria del fallimento, attraverso una concezione 'pubblicistica' delle procedure, caratterizzata dalla svalutazione del ruolo del ceto creditorio e dal rilievo della posizione del Tribunale e del giudice delegato. Ciò non dovrebbe meravigliare, se si pensa alle svolte assolutistiche e oppressive delle politiche statali del primo Novecento⁽¹¹⁾.

La funzione pubblicistica veniva realizzata attraverso l'esclusione, la eliminazione dal tessuto economico e sociale dell'imprenditore incapace di soddisfare le pretese creditorie. Una marginale alternativa al fallimento era prevista dalla rara applicazione del concordato fallimentare, il quale poteva essere esperito esclusivamente da quei debitori sfortunati, la cui esposizione debitoria era dovuta per cause a loro non imputabili.

Le finalità della l. fallimentare erano dunque meramente liquidatorie, assenti erano le possibilità di un ritorno alla prosecuzione dell'attività.

In questo contesto si inserisce il Codice della crisi d'impresa e della insolvenza del 2019 per i suoi contenuti riformatori. La sostituzione del termine 'fallimento' con la locuzione liquidazione giudiziale⁽¹²⁾, rimuove definitivamente qualsivoglia richiamo alla sorpassata maniera di percepire l'imprenditore insolvente; non più un soggetto da eliminare, da accantonare perché pericoloso per l'intera economia, ma bensì un soggetto da ricollocare nel tessuto economico.

La liquidazione giudiziale del nuovo Codice, perdendo quella centralità caratterizzante del fallimento, si è trasformata in un istituto marginale, qua-

⁽¹⁰⁾ I Codici dell'Ottocento vengono considerati alquanto attuali, poiché caratterizzati da spinte liberalistiche, a tutela dei creditori e dei debitori, valorizzando le loro posizioni all'interno delle procedure. Così M. FABIANI, *Diritto fallimentare, un profilo organico*, Bologna, 2011, p. 23.

⁽¹¹⁾ Sul punto si veda M. FABIANI, *Misure di allarme per la crisi d'impresa*, cit., p. 23.

⁽¹²⁾ Ripartendo dalla Commissione Trevisanato, la l. delega 155 del 2017, all'art. 2, lett. a), indica come obiettivo la sostituzione del termine fallimento e i suoi derivati con l'espressione liquidazione giudiziale.

le *extrema ratio* in caso di alternative infruttuose. Il concordato fallimentare si trasforma in concordato liquidatorio, viene definitivamente codificata la nozione di “crisi d’impresa” e, di conseguenza lo scenario si apre a soluzioni negoziali.

Il percorso riformatore posto in essere in Italia ha avuto come costante obiettivo, a partire dalla composizione della Commissione di esperti⁽¹³⁾ con il compito di occuparsi dello schema di disegno di l. delega per “*La riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza*”, sin dal suo principio, quello di salvare gli imprenditori in stato di crisi, accelerando così il recupero ed evitando la dichiarazione di fallimento.

La finalità principale della riforma è quella di rilevare tempestivamente lo stato di crisi delle imprese prima che arrivi lo stato di “insolvenza irreversibile” nella prospettiva del risanamento e, comunque, del più elevato soddisfacimento dei creditori.

La tutela dell’Ordinamento, precedente alla riforma, si concentrava al conclamarsi della crisi su istanza ad iniziativa dei creditori per adempimento immediato delle loro obbligazioni. E quindi, solo in tale momento ovvero *ex-post*, il debitore imprenditore attuava le disposizioni legislative con i piani di risanamento e con il concordato preventivo.

La spinta principale della riforma sorge: dall’esterno, ovvero a livello europeo, da un adeguamento a normative europee obbligatorie; e all’interno del dettato legislativo dalla sussistenza di una normativa ancora costituita dal Regio decreto del 1942, n. 267⁽¹⁴⁾, non più attuale e poco evoluta rispetto ai tempi: la l. fallimentare del 1942 è contraddistinta da un impianto poco concentrato sul mantenimento dell’impresa e da una pesante diffidenza verso la figura del fallito.

Nell’ambito europeo, fondamentale è la racc. UE 2014/135⁽¹⁵⁾ che affer-

⁽¹³⁾ Presieduta dal dott. Renato Rordorf, Presidente di sezione della Corte di Cassazione, formata da magistrati, docenti universitari, professionisti e supportata da un Comitato Scientifico.

⁽¹⁴⁾ Legge fallimentare, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267.

⁽¹⁵⁾ Racc. UE 2014/135, Gazzetta ufficiale dell’Unione europea del 14 marzo 2014, n. L/74/65.

mava la necessità di «*garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria [...] l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per i creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale*». Rilevante anche, il reg. UE 848/2015⁽¹⁶⁾ che afferma l'opportunità di «*estendere l'ambito di applicazione del presente regolamento a procedure che promuovono il salvataggio delle società economicamente valide ma che si trovano in difficoltà economiche e che danno una seconda opportunità agli imprenditori*».

Infine, la Proposta di Direttiva 2016/0395⁽¹⁷⁾ la quale, con maggiore precisione, parla della necessità di una ristrutturazione precoce e si propone quale obiettivo anche quello di garantire «*alle imprese economicamente sostenibili in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare ad operare*».

Il fine è che tutti gli Stati membri si dotino di principi fondamentali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva e di misure per migliorare l'efficienza delle diverse tipologie di procedure di insolvenza, riducendone la durata e i costi associati e migliorandone la qualità.

All'interno, il legislatore italiano decide un cambiamento generale della struttura della disciplina sulla crisi d'impresa che cerca di realizzare attraverso una riforma organica delle procedure concorsuali, in linea con gli altri Stati dell'Unione Europea i quali, si ribadisce, si erano già dotati di normative sull'insolvenza tese a favorire la conservazione delle strutture produttive.

⁽¹⁶⁾ Reg. UE 848/2015, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015 pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 5 giugno 2015, numero L/141/20 ed è entrato in vigore il 26 giugno 2015. Il testo normativo, che riscrive il precedente reg. CE n. 1346/2000 del 29 maggio 2000, disciplina le procedure d'insolvenza transfrontaliere.

⁽¹⁷⁾ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2016/0395 (COD), riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE – Orientamento generale, leggibile in *data.consilium.europa.eu/doc/document*. Sul punto A. NIGRO, *La proposta di Direttiva Comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, pp. 202-203.

Da qui, l'esigenza della riforma che nasce e che è centrata nell'«*individuazione nel più breve tempo possibile [...] delle misure idonee a porre rimedio allo stato di crisi*»⁽¹⁸⁾ con lo scopo di prevenire una situazione di insolvenza.

Lo schema di disegno di l. delega per «*La riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*»⁽¹⁹⁾ è stato assegnato ad una Commissione di esperti, su decreto del Ministero della Giustizia, il 24 febbraio 2015.

In data 10 febbraio 2016, il Consiglio dei Ministri ha approvato il disegno di legge contenente la delega al Governo n. 3671. Successivamente ad alcune modifiche apportate dalla Camera dei deputati, il 1° febbraio 2017 la Camera ha approvato la l. delega 3671-*bis*.

Il Senato l'11 ottobre 2017 ha approvato l'atto senza apportare alcuna modifica. A seguito dell'iter sopra esposto, il Parlamento ha approvato la l. n. 155 del 19 ottobre 2017⁽²⁰⁾.

Il nuovo Codice della Crisi d'Impresa, d.lgs. n. 14/2019⁽²¹⁾ è stato varato con l'obiettivo dichiarato di stimolare le imprese ad affrontare la crisi prima che questa raggiunga stadi patologici estremi, nella prospettiva di privilegiare soluzioni che garantiscano la continuità aziendale rispetto a quelle liquidatorie⁽²²⁾.

⁽¹⁸⁾ Art. 4, lett. e), legge delega 155/2017.

⁽¹⁹⁾ Con il decreto nomina venne stabilito come termine di presentazione delle proposte di riforma il 31 dicembre 2015. La suddetta scadenza è stata perfettamente rispettata dalla Commissione, che ha consegnato in data 22 dicembre 2015 una prima bozza dello schema di disegno di legge, intitolata «*Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*».

⁽²⁰⁾ Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza in *G.U.*, Serie Generale n. 254 del 30 ottobre 2017.

⁽²¹⁾ Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, in *G.U.*, Serie Generale n. 38 del 14 febbraio 2019 – Suppl. Ordinario n. 6.

⁽²²⁾ Relazione Illustrativa allo Schema del Codice della Crisi d'Impresa, p. 5: «*L'importanza di questo obiettivo è molto evidente poiché le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore, mentre il ritardo nel percepire i segnali di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibile*».

3. — *Le novità introdotte dal nuovo articolo 2086 c.c.*

Nell'ambito di quelle norme del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che sono già entrate in vigore, assume un'importanza centrale l'art. 375, 2° comma, che ha riscritto la rubrica dell'art. 2086 c.c. e vi ha aggiunto un nuovo comma⁽²³⁾. L'originaria rubrica si intitolava “*Direzione e gerarchia nell'impresa*” e oggi “*Gestione dell'impresa*”. Il comma mantenuto, e divenuto il primo comma della disposizione in esame, è così formulato: «*l'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori*». Il comma aggiunto nel 2019 all'art. 2086 c.c., recita invece: «*L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*».

Un concetto analogo a quello di assetti adeguati, è da tempo che ha fatto accesso in modo trasversale nel nostro Ordinamento⁽²⁴⁾, fu introdotto nel 1998 dall'art. 149 Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione

⁽²³⁾ Critico sul punto è M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, cit., p. 254: «*primo e secondo comma non hanno nulla in comune tra loro, e ambedue hanno poco a che spartire con la rubrica*». Secondo l'Autore la norma era stata ritenuta ormai «*priva di contenuto tecnicamente giuridico*», la citazione si trova p. 257. L'Autore riprende l'analisi di G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, pp. 619-636, dopo la fine dell'ordinamento corporativo, l'art. 2086 c.c. non costituiva più una norma del diritto dell'impresa nell'ottica, in particolare, della funzionalizzazione dell'impresa ai superiori interessi nazionali, ed era stato piuttosto attratto all'orbita della disciplina dei rapporti di lavoro. Lo stesso Autore aggiunge come, «*caduta la responsabilità dell'imprenditore “verso l'alto”, l'affermazione del suo potere gerarchico “verso il basso” cessava ad ogni effetto di esprimere un concetto giuridicamente autonomo rispetto a quello di subordinazione*». Nel senso che, alla vigilia della riforma di cui si discorre, l'art. 2086 c.c. fosse ormai «*del tutto trascurato in dottrina e giurisprudenza [...] salvo per alcuni profili lavoristici*», V. SANTORO, *Tendenze conservative delle imprese nel diritto europeo e italiano della crisi. I costi organizzativi*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, p. 633.

⁽²⁴⁾ In merito si veda l'opera collettanea diretta da M. IRRERA, *Assetti e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna, 2016.

finanziaria TUF⁽²⁵⁾ in merito ai doveri del collegio sindacale delle società quotate, chiamati a vigilare sulla «adeguatezza della struttura organizzativa della società», per poi essere ripreso e meglio declinato dalla riforma del diritto societario, d.lgs. n. 6 del 2003, che ha trasportato all'interno del diritto societario la nozione di «assetto organizzativo, amministrativo e contabile» menzionando in due disposizioni che, in relazione alle s.p.a., trattano dell'attività degli amministratori e del collegio sindacale. L'art. 2381 c.c., al 3° comma, assegna al consiglio di amministrazione il compito di valutare l'«adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società»⁽²⁶⁾, e al 5° comma incarica gli amministratori delegati di occuparsi che «l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa», attraverso un rapporto che, «in ogni caso almeno ogni sei mesi», deve essere comunicato nell'ambito di tale organo⁽²⁷⁾, se esso non è monocratico, ma collegiale, e comunque all'indirizzo dell'organo di controllo, collegio sindacale o sindaco unico. L'art. 2403 c.c., al 1° comma, grava il collegio sindacale della vigilanza «sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento»⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della l. 6 febbraio 1996, n. 52, in *G.U.*, Serie Generale n. 71 del 26 marzo 1998 – Suppl. Ordinario n. 52.

⁽²⁶⁾ Sul tema cfr. M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, e G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005.

⁽²⁷⁾ Sull'argomento v. M. BILLI, *Gli amministratori non esecutivi nella società capitalistica*, in questa *Rivista*, 2018, p. 397 ss.

⁽²⁸⁾ È stata messa in risalto la connessione tra gli assetti adeguati e il principio di corretta amministrazione, sul quale i sindaci sono chiamati a vigilare ai sensi dell'art. 2403 c.c. E ciò nonostante l'indubbia difficoltà di cogliere la portata generale, sistematica e innovativa di tale principio alla luce della sua poco felice collocazione all'interno della disciplina dell'organo di controllo anziché, come sarebbe stato di gran lunga preferibile, in quella dell'organo amministrativo, M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., p. 60 ss.; per G. MERUZZI, *L'informativa endo-societaria nella società per azioni*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 769 s., il dovere di predisporre assetti adeguati costituirebbe «il mezzo principale, anche se non esclusivo, per adempiere al più generale dovere di corretta amministrazione che grava sui membri dell'organo amministrativo, ai sensi dell'art. 2403 c.c.». Tra i due sussisterebbe «un rapporto di concatenazione da genus a species».

Con il secondo comma all'art. 2086⁽²⁹⁾ c.c., introdotto dal d.lgs. del 2019, la nozione di assetti adeguati perviene a schema comune a tutte le imprese, incluse quelle non commerciali e quelle non formalmente imprenditoriali, come associazioni, fondazioni e consorzi dediti in concreto all'esercizio d'impresa⁽³⁰⁾. E sebbene la norma si riferisca solo agli imprenditori che operano "in forma societaria o collettiva", l'esclusione dell'imprenditore individuale appare, a ben vedere, più apparente che reale. Infatti, dal tenore dell'art. 3, 1° comma del Codice della crisi, si prevede l'obbligo per l'imprenditore individuale di adottare «misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi», si evince invero che la necessità di dotarsi di assetti adeguati, per l'appunto assai simili alle misure idonee, non sembra circoscritta alle sole imprese collettive⁽³¹⁾.

Com'è rilevato in dottrina⁽³²⁾, l'aspetto sistematicamente più importante dell'art. 2086 c.c. è raffigurato dalla sua nuova rubrica, "Gestione dell'impresa", che, in collegamento con la riscritta rubrica, "Assetti organizzativi dell'impresa", e unitamente alle definizioni codicistiche generali di impresa e di azienda, vale a indicare nella predisposizione di assetti adeguati il cuore della funzione gestoria, la cui paternità, e responsabilità, va imputata a chi di tale incarico sia investito.

Si è sostenuto che si tratta in effetti «*di una vera e propria clausola generale che impone un dovere di corretta gestione, per così dire 'trasversale', rispetto ai modelli di*

⁽²⁹⁾ Cfr. M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, cit. p. 269 s., che attribuisce alla riforma dell'art. 2086 c.c. l'obiettivo di individuare i soggetti responsabili «*in quanto titolari di una posizione di garanzia, dell'adeguata organizzazione*».

⁽³⁰⁾ Così S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, *Riv. soc.*, 2019, 5, p. 959; R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, 5, p. 933.

⁽³¹⁾ Cfr. P. MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla «Proposta Rordorf al Codice della crisi»*, in AA.VV., *La Nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, cit., p. 482; M. ARATO, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi: ruoli e prerogative di amministratori, sindaci e revisori*, *ivi*, p. 76.

⁽³²⁾ Così, N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, pp. 394-395.

organizzazione collettiva dell'attività e che riveste quindi un valore di novità sistematica di centrale rilevanza»⁽³³⁾.

La “consacrazione”, ad opera del novellato art. 2086 c.c., dei principi di cui si è detto riflette d'altro canto una sostanziale caratteristica uguale all'impresa, vale a dire il suo essere un'attività organizzata, il cui livello di complessità va dal più basso dell'impresa individuale al più alto del grande gruppo, di frequente con articolazioni multinazionali e con la presenza al proprio interno di società quotate.

La rappresentazione di cosa debba intendersi per assetto organizzativo, amministrativo e contabile e come ne vada valutata l'adeguatezza, risulta dunque basilare al fine di valutare la correttezza dell'agire imprenditoriale⁽³⁴⁾.

4. — *L'attribuzione esclusiva dei profili organizzativi dell'attività d'impresa agli amministratori.*

L'art. 375 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha introdotto, mediante le modifiche recate all'art. 2086 c.c., una clausola generale di corretta gestione dell'impresa di carattere trasversale ai vari regolamenti organizzativi dell'attività imprenditoriale⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ V.P. MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta*, cit., p. 483.

⁽³⁴⁾ Cfr. N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit., p. 395. Che sottolineano, in proposito, l'esigenza di una preliminare definizione di un adeguato “protocollo organizzativo”, quale a priori della corretta gestione imprenditoriale, e della successiva verifica del concreto funzionamento di tale assetto.

⁽³⁵⁾ Per la tesi della regola generale e transtipica cfr. R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 932; S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, cit., p. 958; M. CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 1162; L. CALVOSA, *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, in *Società*, 2019, p. 799; E. GINEVRA, C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 1224; R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1286, che allude, invece, ad un “principio di sistema”.

Contestualmente, l'art. 377 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sotto la rubrica "Assetti organizzativi societari"⁽³⁶⁾, ha modificato gli artt. 2257, 2380-*bis* e 2409-*novies* in caso di sistema dualistico, e 2475 c.c., riguardanti rispettivamente la società di persone, la società per azioni e la società a responsabilità limitata, introducendo reiteratamente nel loro disposto, «quale prima e inderogabile declinazione, in tutti i tipi societari, dell'adeguatezza degli assetti organizzativi»⁽³⁷⁾, che «*la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*».

Ma nell'affermare che l'amministrazione spettava esclusivamente agli amministratori il legislatore non si era accorto che la parola "amministrazione" ha una duplice valenza riguardando gli assetti organizzativi, ma anche e soprattutto l'attività di gestione della società. Tale circostanza aveva generato incertezze interpretative⁽³⁸⁾, poiché, sovrapponendo il piano dell'organizzazione con quello gestorio⁽³⁹⁾, negava le numerose disposizioni del

⁽³⁶⁾ Secondo L. CALVOSA, *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, cit., la norma comporta un'abrogazione della disciplina incompatibile, come quando la gestione è ripartita fra amministrazioni e soci. Contra V. CALANDRA BUONAURO, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 6 ss.; N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit., p. 393 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. P. BENAZZO, *Il Codice della crisi d'impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, 2, p. 300.

⁽³⁸⁾ «*Se così è, non si può far a meno di osservare che tale obiettivo è stato perseguito anche a costo di negare la realtà (per le imprese in cui i soci contano più degli amministratori), la tradizione legislativa (per le società di persone) e gli intenti proclamati dagli autori della riforma di quindici anni fa (per le società a responsabilità limitata)*»: così M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, cit., p. 269.

⁽³⁹⁾ Con un'efficace metafora N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit., p. 401, distinguono tra la responsabilità per la predisposizione di "binari" adeguati (che grava sugli amministratori) e le decisioni inerenti al contenuto dei "vagoni", ossia alle varie operazioni gestorie in cui si articola l'attività d'impresa (che potrebbero essere affidate ai soci); P. BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 303 ss. Evoca la distinzione tra "atti di organizzazione" (che spettano ai soli amministratori) e "atti dell'organizzazione" (che variano a seconda del tipo sociale). Anche per G.A.M. TRIMARCHI, *Codice della crisi: riflessioni sulle prime norme*, in *Notariato*,

codice civile che, all'opposto, consentono di affidare ai soci⁽⁴⁰⁾ competenze

2019, p. 119, «il legislatore, nelle norme in commento ha affidato “esclusivamente” ai soci amministratori delle società di persone ed ai soci amministratori delle s.r.l. quella (speciale) gestione consistente nella predisposizione di quanto occorre agli assetti adeguati ai sensi dell'art. 2086 c.c., lasciando inalterate le regole di gestione (rectius di governance) degli affari sociali». Sono favorevoli a un'esegesi riduttiva della dicitura “gestione dell'impresa” anche L. STANGHELLINI, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 450. A. BAUDINO, *La disciplina della società a responsabilità limitata dopo il Codice della crisi d'impresa: criticità, scadenze imminenti e problematiche operative*, in *Nuovo dir. soc.*, 2019, n. 6, p. 767 ss.; D. DAMASCELLI, F. TASSINARI, *Crisi d'impresa: la riforma non stravolge la governance*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 marzo 2019; M. COSSU, *La società a responsabilità limitata nella riforma del diritto concorsuale*, in *Nuovo dir. soc.*, 2019, n. 7, p. 963; D. PIRRO, *L'assemblea della s.r.l.: i margini delle competenze decisorie dei soci*, *ivi*, p. 986 ss.; S. LEUZZI, *Indicizzazione della crisi d'impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema*, in *Ilcaso.it*, 28 ottobre 2019, p. 30; C. IBBA, *Codice della crisi e codice civile*, *cit.*, p. 257. A favore di un'esegesi ancora più restrittiva si è espresso V. CALANDRA BONAURA, *Amministrazione e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm. Fascicolo 1*, 1° febbraio 2020 p. 20, relazione tenuta al XXXIII Convegno di studio su “Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo Codice e nuova cultura”, *cit.*, ad avviso dell'autore, stante il tenore dell'art. 14, lett. b), legge delega, la riserva esclusiva della gestione dell'impresa agli amministratori potrebbe essere circoscritta all'adozione dei soli assetti funzionalmente deputati a rilevare la crisi. Per un'esegesi più ampia v. invece G. FERRI JR., M. ROSSI, *Prime osservazioni in tema di gestione dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 1099, per i quali la riserva di esclusività non si esaurisce nel duplice dovere di cui all'art. 2086 c.c., ma «*implica, più in generale, l'assunzione delle decisioni di vertice relative alla configurazione e al funzionamento dell'organismo produttivo, complessivamente e unitariamente considerato*».

⁽⁴⁰⁾ Cfr. R. SANTAGATA, *I diritti particolari dei soci*, in A.A. DOLMETTA, G. PRESTI (a cura di), *S.r.l. Commentario dedicato a G.B. Portale*, Milano, 2011, p. 292; v. anche, A. SANTUS, G. DE MARCHI, *Sui «particolari diritti» del socio nella nuova s.r.l.*, in *Riv. not.*, 2004, p. 86, nonché Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 150. Sull'argomento, tra gli altri, anche, N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e codice civile: prime letture*, *cit.*, p. 4; e M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, *cit.*, p. 271, ad avviso dell'Autore, la norma effettivamente incompatibile con il principio di esclusività della gestione degli amministratori sarebbe il solo art. 2479, là dove prevede l'intervento dell'assemblea in materia gestionale, non anche – per quanto interessa ai nostri fini – l'art. 2468, 3° comma, il quale consentirebbe anche diritti particolari che consentano al socio l'assunzione di decisioni d'impresa a condizione che entri a far parte dell'organo amministrativo; del pari propenso a negare un impatto della modifica introdotta dal Codice della Crisi e dell'Insolvenza sulla portata e sul contenuto dei diritti particolari riguardanti l'amministrazione è E. BARCELLONA, «*Control enhancing mechanisms*» e «*governance*» della società

tipicamente gestorie, così, ad esempio, l'art. 2479 c.c. per la s.r.l., o particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società, così l'art. 2468, comma 3, del codice civile, sempre per la s.r.l.⁽⁴¹⁾.

A ciò si è posto rimedio con l'art. 40 del c.d. Decreto correttivo⁽⁴²⁾, che ha nuovamente mutato la formulazione delle norme sopra citate, superando le incertezze interpretative che si sono formate in relazione alla stesura originaria prevista dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza⁽⁴³⁾.

Nella precedente versione, il testo prevedeva un coordinamento tra gestione dell'impresa, demandata esclusivamente agli amministratori, ed il rispetto dell'art. 2086, 2° comma, c.c., senza però individuare il soggetto tenuto ai singoli adempimenti.

La nuova versione dell'art. 377 Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, già in vigore perché si tratta di una delle poche norme del codice

a responsabilità limitata: quali limiti all'autonomia privata?, in *Riv. dir. dir. comm.*, 2019, p. 77 s., secondo il quale «la circostanza che il legislatore abbia voluto esplicitare la “esclusività” dei poteri di gestione in capo agli amministratori può, a tutto voler concedere, avere effetti sui criteri generali di riparto di competenze interne fra “soci” in quanto tali (o assemblea) e “amministratori” in quanto tali (organo di amministrazione)».

⁽⁴¹⁾ In argomento cfr. G. GUIZZI, *L'assemblea: ovvero delle competenze dei soci e del modo di esercitarle nella società a responsabilità limitata riformata (Due esperienze a confronto)*, in *Riv. dir. soc.*, 2017, n. 3, p. 27 ss.

⁽⁴²⁾ D.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, Disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, in *G.U.*, Serie Generale n. 276 del 5 novembre 2020.

⁽⁴³⁾ Cfr. V. CALANDRA BUONAURO, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, cit., p. 6 ss., secondo cui un siffatto avvicinamento delle società di persone al modello capitalistico «non appare proponibile né giustificabile, in considerazione del regime di responsabilità dei soci che colloca in una diversa prospettiva il tema della tutela della correttezza dell'amministrazione e degli interessi dei creditori»; e v. anche S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, cit., 2019, p. 972. Particolarmente significativa sul punto la voce del “padre” della riforma della disciplina della crisi d'impresa: R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 2019, p. 937, testo e nt. 16, ove ricorda che, nel corso di un'Audizione svoltasi il 4 dicembre 2018 innanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati chiamata ad esprimere il proprio parere sulla bozza di decreto delegato, egli stesso ebbe a segnalare le criticità connesse all'attribuzione esclusiva delle competenze gestorie agli amministratori di s.r.l.

che entravano immediatamente in vigore senza la *vacatio legis*, recita ora: «La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. L'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori».

L'intervento correttivo, dunque, mantiene ferme le prerogative dei soci nella gestione della società a responsabilità limitata e nelle società di persone, avallando e definitivamente conferendo rilevanza alla tesi che sosteneva una scissione tra “gestione operativa” e “gestione organizzativa”, affidando solamente quest'ultima alla competenza esclusiva, in ogni tipo societario, degli amministratori.

Invero, recuperando in parte il testo vigente prima della riforma entrata in vigore dal 16 marzo 2019, si precisa ora che l'istituzione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili funzionali alla tempestiva emersione della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale spetta esclusivamente agli amministratori⁽⁴⁴⁾. Si opera così una chiara distinzione tra profili attinenti alla gestione dell'impresa, che nelle società di persone e nelle s.r.l. può essere attribuita in parte ai soci, da un lato, e profili organizzativi dell'attività d'impresa, che sono di esclusiva spettanza all'organo gestorio⁽⁴⁵⁾, dall'altro.

Il problema ha quindi trovato soluzione.

⁽⁴⁴⁾ Si è sottolineato che l'art. 2381 c.c. ha reso «“giuridicamente rilevanti”, le modalità di strutturazione dell'impresa societaria»: M.C.M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e proceduralizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 734.

⁽⁴⁵⁾ In merito agli assetti si è affermato che rappresentano «il principale mezzo di adempimento del dovere principale che incombe sugli amministratori» quello cioè di amministrare correttamente, così, M. IRRERA, *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio*, Milano, 2009, p. 24; G. MERUZZI, *L'informativa endo-societaria nella società per azioni*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 741; V.I. KUTUFA, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, cit., (nt. 3), p. 712: «il perseguimento dei principi di corretta amministrazione [...] dipende anche dall'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e dal loro concreto ed effettivo funzionamento».

5. — *Gli adeguati assetti organizzativi d'impresa.*

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è stato varato con l'obiettivo espresso di spingere le imprese ad affrontare la crisi prima che questa giunga a stadi patologici estremi. Il raggiungimento di questo risultato, che verte principalmente sul novellato articolo 2086 c.c., si consegue solo se imprenditori e società si forniranno di quegli assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura ed alla dimensione d'impresa. Viene richiesto espressamente che l'adeguatezza sia misurata pure in funzione della rilevazione della crisi e della possibilità di attivazione di una procedura d'allerta volta a far affiorare con tempestività le situazioni di crisi e ad evitare l'insolvenza, ponendo in atto, su iniziativa degli organi amministrativi, le più adeguate misure di risanamento già ai primi segnali di squilibrio economico-finanziario⁽⁴⁶⁾.

La novità normativa impone, pertanto, l'adozione di sistemi organizzativi, amministrativi e contabili orientati a fornire dati attuali e prospettici in grado di anticipare lo stato di crisi dell'impresa.

Nel rispetto dell'articolo 2086 c.c. al fine di conservare la continuità aziendale, occorrerà valutare particolarmente le scelte strategiche future che verranno attuate dall'impresa per evitare la dichiarazione della crisi e avviare le più adeguate misure di risanamento già ai primi cenni di squilibrio economico-finanziario⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ Una corretta visione dell'allerta e dei relativi doveri potrebbe essere un valido antidoto alle inclinazioni verso l'insolvenza prospettica, mantenendola piuttosto nell'alveo della prospettiva di insolvenza, con il vaglio e la verifica della responsabilità gestoria degli amministratori, e non invece di una troppo precoce dichiarazione di fallimento. Sulla insolvenza prospettica: B. INZITARI, *Crisi, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 355 ss.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. E. GINEVRA, C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, cit., p. 1226; M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, cit., p. 261, l'Autore sostiene che la norma tuteli «i diritti e gli interessi di molti altri soggetti operanti sul mercato»; S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, cit., p. 961, richiama la protezione dei «creditori, finanziatori e investitori».

Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili per l'impresa rappresentano un dato oramai consolidato secondo cui, «*la struttura organizzativa della società per azioni rappresenta una componente dei principi di corretta amministrazione*»⁽⁴⁸⁾. Sin dalla riforma del diritto societario del 2003, come già accennato, il principio e gli obblighi che ne derivano era stato sancito dall'art. 2381 c.c. per le S.p.a la cui disciplina, a sua volta, era tratta dalla normativa delle società di diritto “speciale”⁽⁴⁹⁾. Se è indubbiamente vero che «*a stretto rigore, anche prima della riforma i delegati probabilmente erano tenuti a creare un'efficiente organizzazione imprenditoriale, poiché questo significa amministrare diligentemente*»⁽⁵⁰⁾ o che, «*quanto meno, non avevano la libertà di organizzare l'azienda sociale dotandola di soluzioni organizzative inadeguate*»⁽⁵¹⁾, è fuor di dubbio che solo con l'intervento normativo di cui all'art. 2381 c.c.⁽⁵²⁾, il legislatore sia andato oltre il “primo livello”⁽⁵³⁾ e, sia pure con la fissazione di un principio generale

⁽⁴⁸⁾ G. CAVALLI, *Sub art. 149*, in *Testo Unico della Finanza. Commentario*, diretto da Campo-basso, I, Torino, 2002, p. 1242.

⁽⁴⁹⁾ Già nel TUF, con riguardo agli obblighi del collegio sindacale, si riteneva che l'adeguatezza delle procedure e delle metodologie aziendali fosse finalizzata «*a prevenire il rischio di possibili abusi e a consentire la pronta emersione di eventuali criticità*», cfr. G. CAVALLI, *Sub art. 149*, in *Testo Unico della Finanza. Commentario*, cit., p. 1240.

⁽⁵⁰⁾ M. FRANZONI, *Società per azioni. Dell'amministrazione e del controllo*, in *Comm. Scialoja-Branca*, vol. 1, t. III, Bologna Roma, 2008, p. 94 s.

⁽⁵¹⁾ G. DONGIACOMO, *Insindacabilità delle scelte di gestione, adeguatezza degli assetti ed onere della prova*, in *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della Business Judgment Rule*, a cura di Amatucci, Milano, 2014, p. 40, che ricorda come prima della riforma la giurisprudenza sanzionava gli amministratori al risarcimento dei danni conseguenti alle nuove operazioni dagli stessi compiute a seguito della perdita del capitale sociale quando quest'ultima fosse stata «*colpevolmente ignorata in conseguenza del disordine amministrativo e contabile, vale a dire in conseguenza dell'adozione di assetti inadeguati*».

⁽⁵²⁾ A seguito dell'introduzione, con l'art. 2381 c.c., di una disciplina sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, si è subito rilevata la definitiva ed opportuna ingerenza del legislatore nelle «*concrete modalità di organizzazione interna dell'attività d'impresa, campo tradizionalmente lasciato all'autonomia decisionale dell'imprenditore*» cfr. V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 5.

⁽⁵³⁾ Cfr. M. DE MARI, *Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali*, in *Nuovo diritto delle società*, 3/2009, pp. 54-55, l'autore, a proposito di tale articolazione

come l'adeguatezza, si sia calato all'interno dell'articolazione dell'impresa societaria⁽⁵⁴⁾. Un dato di estrema novità e di rilievo per il diritto.

Valutazioni che, prima di settore, poi man mano generali in materia d'impresa, coglievano il peso crescente e decisivo che andava assumendo il momento della "procedimentalizzazione"⁽⁵⁵⁾ dell'attività d'impresa e la predisposizione di «un'adeguata organizzazione aziendale per il corretto svolgimento dell'attività d'impresa»⁽⁵⁶⁾. Momenti di disciplina rivolti, da un lato, al contenimento della discrezionalità decisionale degli organi sociali e, dall'altro, alla riduzione dei rischi e degli errori.

Comunque tale ingerenza nella struttura organizzativa della s.p.a. se è restata penetrante nei menzionati settori di attività, per le società di diritto comune non è andata oltre il livello del parametro dell'adeguatezza, lasciando all'autonomia degli amministratori «l'individuazione degli assetti più idonei al raggiungimento degli obiettivi»⁽⁵⁷⁾.

Facendo una breve carrellata sugli sviluppi dottrinali, dai dibattiti degli anni che hanno preceduto la riforma del 2019, d.lgs. 14/2019, in relazione agli assetti adeguati nelle s.p.a.⁽⁵⁸⁾, emergono interpretazioni che già eviden-

interna, parla di livello operativo che identifica «le funzioni aziendali, le procedure e i processi che consentono alle decisioni [prese dagli organi di vertice] di essere operative e costantemente monitorate».

⁽⁵⁴⁾ Per un'analisi dei principi fondamentali della struttura organizzativa nella dottrina aziendalistica, cfr., R.L. DAFT, *Organizzazione aziendale*, 4^a ed., Apogeo, *Meccanismi di relazione*, Torino, 2007.

⁽⁵⁵⁾ M.C.M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, cit., p. 733. Per una disamina del fenomeno, non recente, di "valorizzazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi" da parte degli intermediari finanziari e bancari, v. G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 137; più di recente, A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 1165.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004, p. 38.

⁽⁵⁷⁾ M. DE MARI, *Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali*, cit., p. 7, secondo l'autore scelta normativa che «non consente alle imprese di individuare senz'altro un "porto sicuro"».

⁽⁵⁸⁾ Per approfondire l'argomento si vedano i contributi di M. IRRERA, *Assetti adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005; G. RIOLFO, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi ammini-*

ziavano un'«interazione tra principi di organizzazione aziendale e regole di corretta gestione societaria»⁽⁵⁹⁾; che segnalavano il carattere «strumentale assegnato alle procedure rispetto all'obiettivo finale di corretta gestione imprenditoriale»⁽⁶⁰⁾. È necessario indicare gli «adeguati assetti» o l'«adeguatezza degli assetti» come una clausola generale, «ovvero una norma di rango primario, dotata di autonoma precettività»⁽⁶¹⁾, che impone agli amministratori, oltre il rispetto dei loro doveri specifici, anche il dovere di realizzare, pur in assenza di prescrizioni normative proprie, ulteriori attività dirette a far sì che l'impresa collettiva sia dotata di adeguati assetti⁽⁶²⁾, «ovvero di regole di organizzazione e di presidi operativi in ambito amministrativo e contabile funzionali a far sì che l'attività di impresa sia esercitata, nel rispetto

strativi e contabili nelle S.p.A.: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e controllo, in G. MERUZZI, G. TANTINI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario*, Padova, 2011, p. 139 ss., V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 5 ss., l'Autore fa riferimento agli assetti adeguati come ad un vero e proprio criterio di condotta cui gli organi societari si devono attenere per le attività di loro spettanza. Per una panoramica dell'argomento v., inoltre, G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di M. Irrera, Bologna, 2016, pp. 41-80, P. MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta*, in AA.VV., *La Nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, cit., p. 483 ss., M. ARATO, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi: ruoli e prerogative di amministratori, sindaci e revisori*, in AA.VV., *La Nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, cit., p. 77.

⁽⁵⁹⁾ M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 57.

⁽⁶⁰⁾ M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 67, osserva che tiene conto della complessità e dell'estrema articolazione di talune imprese.

⁽⁶¹⁾ V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, cit., p. 5 ss.; in tema delle clausole generali e la loro applicazione in materia societaria si veda C. FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur. comm.*, 2001, 4, p. 421 ss., G. MERUZZI, *Rilievi parasistematici sul fondamento e sui limiti di costituzionalità delle clausole generali nel diritto societario*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero, I, I diritti fondamentali fra concetti e tutele*, (Editoriale Scientifica) Napoli, 2014, p. 473 ss.

⁽⁶²⁾ Cfr. V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, cit., p. 36, secondo il quale, è profilo di responsabilità davvero nuovo per il diritto societario italiano, in grado di incidere sul compimento delle scelte d'impresa e, in particolare, sulla conoscibilità e valutazione dei rischi cui «è esposta l'impresa anche con riferimento alla naturale complessità e alla naturale incertezza delle questioni scientifiche e tecnologiche».

delle norme di legge e statuto, anche secondo criteri di efficienza ed efficacia dell'azione gestoria»⁽⁶³⁾. D'altra parte, «l'impresa è per essenza attività organizzata»⁽⁶⁴⁾ secondo la nozione di imprenditore, che ci dà l'art. 2082 c.c.⁽⁶⁵⁾, rappresentato come quello che svolge attività «organizzata al fine della produzione o dello scambio»⁽⁶⁶⁾. Superando l'interpretazione giuridico-normativa, per dare una visione di più pronta percezione, potremmo richiamare il concetto delineato da gran parte della dottrina aziendalistica che rappresenta «l'assetto organizzativo come il complesso di direttive e procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed esercitato ad un appropriato livello di competenza»⁽⁶⁷⁾. Un assetto organizzativo si definisce “adeguato” quando presenta le seguenti peculiarità: a) separazione e contrapposizione di responsabilità nei compiti e nelle funzioni; b) chiara definizione delle deleghe e dei poteri di ciascuna funzione; c) capacità di garantire lo svolgimento delle funzioni aziendali⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶³⁾ Così G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti. Gli assetti e i modelli organizzativi delle società di capitali*, cit., pp. 41-80; V. anche F. MAIMERI, *Controlli interni delle banche tra regolamentazione di vigilanza e modelli di organizzazione aziendale*, cit., p. 611.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti. Gli assetti e i modelli organizzativi delle società di capitali*, cit., pp. 41-80.

⁽⁶⁵⁾ L'imprenditore si adopera per la predisposizione di un'organizzazione dotata di un accentuato grado di sofisticatezza, dando vita ad «un'organizzazione dell'organizzazione, con evidente crescita esponenziale delle tecniche e dei modelli per ordinare l'attività imprenditoriale», così, G. CABRAS, *La forma d'impresa. Organizzazione della gestione nelle società di capitali*, cit., p. 45.

⁽⁶⁶⁾ Critici sulla centralità dell'organizzazione come requisito stesso dell'impresa cfr. F. GALGANO, *Diritto Commerciale, L'imprenditore*, Bologna, 2013, p. 28 ss., A. CETRA, *La nozione di impresa*, in M. CIAN (a cura di), *Diritto Commerciale*, I, Torino, 2014, p. 33 ss., G. BONFANTE, G. COTTINO, *Trattato di diritto commerciale. Vol. 1: L'imprenditore*, Padova, 2001, p. 424 ss.

⁽⁶⁷⁾ Si veda per un'analisi della bibliografia aziendalistica e di tecnica bancaria M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 61. Si veda, inoltre, F. MAIMERI, *Controlli interni delle banche tra regolamentazione di vigilanza e modelli di organizzazione aziendale*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 609 ss., in particolare per spunti sul rapporto tra il sistema dei controlli interni, «costituito da una serie di regole, procedure e strutture amministrative funzionali a raggiungere, tra gli altri scopi, quello della conformità delle operazioni con la legge» (p. 611), e le diverse tipologie di rischi cui sono esposte le banche, come il rischio di credito, di tasso di interesse, di mercato, di liquidità, di frode ed infedeltà dei dipendenti, di reputazione.

⁽⁶⁸⁾ Per un'approfondita trattazione, G. BALESTRI, *Manuale di economia e gestione aziendale*, Milano, 2005.

Dunque, un insieme di regole, direttive e metodi che non riguardano solamente le figure ai vertici dell'impresa e gli organi amministrativi e di controllo, che parimenti hanno il dovere generale di prevederle e realizzarle, ma, con diversi profili di responsabilità, attraversano l'intero sistema di conduzione e di direzione e rappresenteranno una regola di condotta anche per i responsabili di uffici interni e preposti alle funzioni di controllo⁽⁶⁹⁾.

Il d.lgs. 14/2019, con l'introduzione del secondo comma dell'art. 2086 c.c. ha esteso il principio degli "adeguati assetti" a tutte le imprese esercitate in forma collettiva⁽⁷⁰⁾, come accennato, non solo a quelle esercitate per mezzo di una società, di persone o di capitali, con un ragguardevole effetto sul piano giuridico per chi le amministra.

Lontano dal riprodurre solo una delle possibili espressioni del generale obbligo di diligenza e corretta amministrazione, con il novellato art. 2086 c.c., l'adozione di "assetti adeguati" diviene un obbligo specifico, al pari di quelli tipici degli organi amministrativi previsti per legge o per statuto, e, non solo allo scopo di rilevare lo stato di crisi, piuttosto quale elemento strutturale dell'impresa stessa che, in relazione alle proprie dimensioni ed alla propria natura, dovrà dotarsene⁽⁷¹⁾. L'inosservanza di tale obbligo, in

⁽⁶⁹⁾ Cfr. G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti. Gli assetti e i modelli organizzativi delle società di capitali*, cit., p. 9; P. MANES, *Prime considerazioni sulla responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in F. ROVERSI-MONACO, F. GALGANO (a cura di), *Le nuove regole del mercato finanziario*, Padova, p. 267 ss.; su delega di funzioni, concetti, interpretazioni e distinguo con figure similari dell'istituto in materia di modelli di organizzazione gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001, anche, cfr. G. MULÈ, *La rilevanza della delega di funzioni nell'ambito dei Modelli Organizzativi. Approfondimenti sull'istituto e spunti operativi, La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 3/2020, p. 309 ss.

⁽⁷⁰⁾ G. CABRAS, *La forma d'impresa. Organizzazione della gestione nelle società di capitali*, Torino, 1995, p. 45, l'Autore, osservando come «la forma d'impresa si realizzasse completamente solo nelle società di capitali», prendeva atto della necessità che la maggiore complessità della struttura societaria – circostanza, scriveva, «affatto trascurata negli studi giuridici» – richiedesse la formazione «di un adeguato sistema di controllo e programmazione».

⁽⁷¹⁾ Altri hanno affermato che «la verifica dell'adeguatezza del sistema organizzativo, amministrativo e contabile della società, e del sistema di controllo interno, si pone, nel quadro generale dell'obbligo di osservare i principi di corretta amministrazione, come asse portante dell'architettura dei poteri-doveri degli amministratori», si veda pure M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*,

presenza di danni da ciò derivanti, sarà fonte di responsabilità per l'organo amministrativo⁽⁷²⁾.

Tra gli obblighi primari degli amministratori⁽⁷³⁾, quindi, non vi è più solamente quello di agire diligentemente per il conseguimento dell'oggetto sociale, con delimitazione delle responsabilità alle azioni o inattività strettamente legate all'"attività gestoria" dell'impresa e rivolte al raggiungimento dello scopo sociale, ma, anche gli aspetti interni dello svolgimento dell'impresa, «*ed in particolare l'adeguatezza degli assetti organizzativi di cui deve farsi carico chi è chiamato ad amministrarla*»⁽⁷⁴⁾, non solo con lo scopo di «*consentire la pronta percezione di quegli indicatori che, come previsto dagli artt. 12 e segg. dello stesso codice della crisi, comportano l'obbligo di segnalazione all'Organismo di composizione della crisi d'impresa, dando così vita alla procedura di allerta ed eventualmente di composizione assistita della crisi*»⁽⁷⁵⁾, ma, anche e principalmente, per soddisfare il bisogno di carattere più generale, connaturato nell'universo stesso dell'attività imprenditoriale in qualunque forma realizzata: dare vita ad un'attività economica

cit., p. 102, «*come espressione di sintesi che racchiude le molteplici e puntuali attività organizzative cui gli amministratori individualmente e in composizione collegiale sono tenuti, modifica parzialmente l'oggetto del giudizio di responsabilità e si lega a regole nuove*».

⁽⁷²⁾ A proposito della responsabilità delle persone giuridiche e dei modelli organizzativi richiesti, veniva descritto nei termini dell'«*organizzazione [la società] che cura se stessa mediante ulteriore organizzazione*», avviando un processo più generale secondo cui le società «*si vanno trasformando in apparati procedurali*», cfr. N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» – codici di autodisciplina)*, in *Giur comm.*, 2003, I, p. 694, che osservava come la responsabilità amministrativa esprima un rischio dell'organizzazione e come l'adozione del modello organizzativo non ponga la società «*al riparo da responsabilità*», spettando «*al giudice di accertare l'idoneità del modello e la sua efficace attuazione*».

⁽⁷³⁾ Cfr. P. MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in *Atti del Convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 1°-2 ottobre 2004, "Mercati finanziari e sistema dei controlli"*, Milano, 2005, p. 131.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 929 ss.; in argomento e con spunti particolarmente interessanti si segnalano i lavori di M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione di impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo ed i soci)*, cit., p. 253 ss.; e S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, cit., 2019, 5, p. 952 ss.

⁽⁷⁵⁾ Così R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 929 ss.

organizzata, ove, infatti, l'aspetto organizzativo riproduce un elemento essenziale.

Quindi, la struttura organizzativa può essere ritenuta adeguata quando: l'attività decisionale e di direttiva sia esercitata dai soggetti cui siano stati attribuiti i relativi poteri, sia stato redatto un organigramma aziendale, sussistano direttive e tecniche aziendali aggiornate e diffuse, esistano procedure che assicurino la presenza di personale competente. Il parametro dell'adeguatezza dipende anche dalla sussistenza di metodologie che assicurano l'efficacia e l'efficienza del sistema di controllo interno, della gestione dei rischi; nonché tempestività, attendibilità e completezza dei flussi informativi.

Invece, per quanto attiene all'aspetto amministrativo-contabile, elementi indispensabili sono: la regolare tenuta della contabilità, la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili l'interazione tra i processi di pianificazione e gestione ed i sistemi integrati dei rischi di impresa.

Da quest'ultimo punto di vista è richiesto un intenso legame tra il conseguimento degli obiettivi di lungo periodo e il mantenimento del profilo di rischio complessivamente accettato dall'impresa⁽⁷⁶⁾.

La gestione integrata dei rischi d'impresa può offrire un valido supporto a tutela dei processi aziendali, in prospettiva tanto operativa quanto strategica. Infatti, il presidio e monitoraggio della pericolosità dei processi aziendali consente di intercettare rapidamente i fattori che ostacolano la riuscita delle attività in corso, permettendo, così, di realizzare un controllo di tipo strategico. Queste valutazioni devono dunque essere estese ad elementi di tipo prospettico che misurino la capacità dell'impresa di far fronte sia alle obbligazioni assunte che a quelle derivanti dalla prevedibile evoluzione della gestione; ciò presuppone un assetto organizzativo che vada oltre la visione meramente storica, basata cioè sui valori statici del bilancio d'esercizio o di periodo⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁶⁾ P. VERNERO, R. FRASCINELLI, *Il ruolo degli adeguati assetti organizzativi per l'emersione precoce della crisi aziendale, Relazione al convegno su «Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza»*, Torino, 2 aprile 2019, p. 69 s.

⁽⁷⁷⁾ C. ZAGARIA, *L'Enterprise Risk Management. Gestione integrata del rischio, profili di comunicazione ed evidenze empiriche*, Torino, 2017, p. 15 ss.

6. — *La responsabilità degli Organi amministrativi per la mancanza degli adeguati assetti organizzativi.*

L'effetto della “novità” introdotta dall'art. 2086 c.c. è fin troppo evidente. Oltre agli atti esteriori di esercizio dell'impresa potrebbero essere sottoposti al vaglio del Giudice anche i comportamenti e/o le inadempienze dell'amministratore in rapporto alle scelte adottate, o tralasciate, riguardo la struttura organizzativa dell'impresa sia nel caso di crisi ma, come abbiamo visto, anche nel corso della ordinaria vita della medesima.

Pertanto, ipoteticamente, e tenendo conto che la natura e le dimensioni di ogni impresa sono peculiarità così singolari da non consentire una generalizzazione delle fattispecie, si potrebbero immaginare almeno due scenari di responsabilità collegate all'obbligo di adozione di assetti adeguati: «una responsabilità per difetto di istituzione di adeguati assetti organizzativi, quando ciò abbia impedito di avvertire il manifestarsi e l'aggravarsi della crisi, e responsabilità per mancata tempestiva reazione, che potrebbe sussistere anche in presenza di assetti organizzativi adeguati se l'amministratore abbia poi trascurato di avvalersi degli strumenti di monitoraggio a sua disposizione o ne abbia colpevolmente ignorato o sottovalutato i segnali»⁽⁷⁸⁾.

Dunque, se nel primo caso, la violazione, *rectius*, l'omissione dell'adozione di adeguati assetti, potrebbe essere piuttosto evidente, la valutazione dei giudici sul grado di adeguatezza degli assetti si profila più complessa e non sempre in linea con gli orientamenti della migliore dottrina e della giurisprudenza che, in applicazione della nota regola del “*business judgement rule*”, tendono ad escludere, sia pure con argomenti diversi ed in senso più o meno radicale, la sindacabilità giudiziaria riguardo le decisioni di organizzazione interna⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 929 ss.

⁽⁷⁹⁾ Così R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, loc. cit. L'autore evidenzia la necessità di tenere distinti la responsabilità per difetto di istituzione di adeguati assetti organizzativi e la responsabilità per mancata tempestiva reazione a fronte del manifestarsi della crisi.

L'analisi appena svolta porta ad un risultato abbastanza scontato: l'assenza di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili adottati in relazione alla natura ed alle dimensioni dell'ente esporrà gli stessi amministratori a responsabilità: sia nei confronti dell'ente medesimo, sia nei confronti dei terzi quando ciò abbia danneggiato l'integrità del patrimonio dell'ente che ha naturalmente funzione di garanzia generica per tutti costoro.

Ad andare sotto la lente dell'eventuale giudizio non saranno, pertanto, più solo le scelte fatte o non fatte in ordine all'esercizio dell'attività, bensì, anche l'adeguatezza organizzativa interna e gestionale predisposta dagli amministratori.

Non solo, le responsabilità⁽⁸⁰⁾ per l'omessa istituzione di assetti organizzativi o per l'adozione di assetti inadeguati che, è bene rammentare, sono preordinate anche alla rilevazione di eventuali crisi, andranno di pari passo con la responsabilità che deriverà in capo a quegli amministratori che, pur rilevato lo stato di crisi, non si siano tempestivamente attivati per porvi rimedio⁽⁸¹⁾.

7. — *Adeguatezza degli assetti organizzativi e business judgement rule.*

Nelle pagine che precedono abbiamo visto che, nella prospettiva della prevenzione, gli assetti adeguati assumono ed andranno ad assumere ancor di più quando la riforma introdotta con d.lgs.14 del 2019 entrerà in vigore, una valenza funzionale rilevante. Tale da poter sostenere che la disciplina della crisi tende a influenzare l'amministrazione delle società in termini fino ad alcuni anni fa impensabili nel nostro Ordinamento. Questo dato rappresenta un collegamento fondamentale per la riflessione che ci

⁽⁸⁰⁾ V. C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, I, Milano, 2003, p. 3 ss.

⁽⁸¹⁾ Cfr. M. TOLA, *La governance degli enti del terzo settore e i sistemi multistakeholders*, in *Riv. soc.*, 2019, 2, p. 393 ss.

accingiamo a fare per tratteggiare i contorni della questione della *business judgment rule*⁽⁸²⁾ per le scelte organizzative⁽⁸³⁾.

Si tratta di un argomento che è stato sviluppato partendo dalla disciplina della responsabilità amministrativa delle società e degli enti⁽⁸⁴⁾, di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231⁽⁸⁵⁾, e che è stata poi estesa a considerare le scelte organizzative degli amministratori secondo la previsione di cui all'art. 2381 c.c.⁽⁸⁶⁾. Esaminando la crisi ed il sistema di allerta, emerge ora un ulteriore profilo che riguarda l'atteggiarsi della *business judgment rule* rispetto agli assetti aventi il compito di rilevare tempestivamente la crisi e la perdita di continuità aziendale.

Pertanto possiamo ritenere, come già accennato, che le riflessioni sulla bu-

⁽⁸²⁾ La *business judgment rule* è un istituto di derivazione statunitense che assolve alla funzione di circoscrivere il rischio per gli amministratori di società di essere giudicati responsabili per aver assunto decisioni imprenditoriali che si rivelino successivamente errate e comporta l'insindacabilità giudiziale nel merito di questo tipo di scelte. L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 413. Per una definizione di *business judgment rule* con riferimento alla dottrina americana, v. *ex multis*, D.M. BRASON, *the rule that isn't a rule – the Business Judgment rule*, in *Valparaiso University Law Review*, V. 36, Valparaiso, IN(USA), p. 631.

⁽⁸³⁾ Cfr. L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit., p. 414, il quale afferma che la ratio di tale regola consiste sia «nell'incertezza e nella complessità della funzione amministrativa e nel connesso rischio di insuccesso, del quale non devono farsi carico i gestori bensì i soci» che «nell'esigenza di circoscrivere la revisione giudiziaria sulle decisioni gestorie».

⁽⁸⁴⁾ Questo è sottolineato da: I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, cit., p. 719; e anche da R. VIGO, *Diligenza e colpa organizzativa in una fonte privata: i modelli di organizzazione e di gestione (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, in V. DI CATALDO, P.M. SANFILIPPO (a cura di), *Le fonti private del diritto commerciale*, Milano, 2008, p. 83; A. ZOPPINI, *Imputazione dell'illecito penale e responsabilità amministrativa nella teoria della persona giuridica*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1328.

⁽⁸⁵⁾ Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, in *G.U.*, Serie Generale n. 140 del 19 giugno 2001.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 38, la cui indagine muove da discipline, come quella sulla sicurezza nei luoghi di lavoro, d.lgs. n. 26/1994, sulla privacy, d.lgs. n. 196/2003, sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, d.lgs. n. 231/2001.

business judgment rule⁽⁸⁷⁾ sono state sufficientemente analizzate e si può dire che il suddetto istituto abbia ormai trovato applicazione nel nostro Ordinamento. La regola è tradotta nel nostro Ordinamento come segue: «in tema di responsabilità dell'amministratore di una società di capitali per i danni cagionati alla società amministrata, l'insindacabilità nel merito delle sue scelte di gestione trova un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse, da compiersi sia *ex ante*, secondo i parametri della diligenza del mandatario, alla luce dell'art. 2392 c.c. (nel testo applicabile *ratione temporis*), sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprenderne»⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁷⁾ Ravvisa un riconoscimento implicito della *business judgment rule* nel nostro Ordinamento, a seguito della previsione del dovere degli amministratori di agire informato: I. KUTUFA, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, cit., p. 727, secondo la quale: «Del resto, l'espressa introduzione del dovere di agire in modo informato sembra avere codificato nell'ordinamento italiano quel profilo della *business judgment rule*, che sottrae all'indagine giudiziale il contenuto della decisione e che pone piuttosto l'accento sul processo decisionale mediante il quale ad essa si perviene». Per una disamina della dottrina italiana: C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 643 ss.; R. FORMISANI, *Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 479 ss.

⁽⁸⁸⁾ In argomento v. Cass., 22 giugno 2017, n. 15470, in *Società*, 2017, p. 1040; Cass., 31 agosto 2016, n. 17441, in *Giur. it.*, 2017, p. 386, con nota di O. CAGNASSO, F. RIGANTI, *L'obbligo di agire in modo informato a carico degli amministratori deleganti*; in *Notariato*, 2016, p. 602; in *Società*, 2017, p. 218, con nota di S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme*; Cass., 2 febbraio 2015, n. 1783, *ivi*, 2015, p. 1317, con nota di L. LOPEZ, *Discrezionalità degli amministratori di S.p.a., diligenza e dovere di agire in modo informato*; Cass., 1° giugno 2016, n. 11395, reperibile su *Pluris*; Cass., 19 marzo 2015, n. 5522, *ivi*; Cass., 27 dicembre 2013, n. 28669, in *Giur. it.*, 2014, p. 2208, con nota di C. DIONISIO, *Business Judgment rule tra vecchio e nuovo diritto*; e in *Fallimento*, 2014, p. 1235; Cass., 12 febbraio 2013, n. 3409, in *Società*, 2013, 461. Quanto alle sentenze di merito, v., *ex multis*, reperibili su *Dejure*, Trib. Prato, 15 febbraio 2017, n. 152, in *Giur. comm.*, 2017, con nota di A. JORIO; Trib. Milano, 14 dicembre 2016, n. 13636; Trib. Prato, 8 novembre 2016, n. 1136; Trib. Milano, 5 maggio 2016, n. 11897; Trib. Ascoli Piceno, 22 giugno 2015; Trib. Ascoli Piceno, 2 giugno 2015; Trib. Parma, 28 marzo 2013; Trib. Lucca, 1° giugno 2012 n. 668; Trib. Lecce, 11 novembre 2011; Trib. Lecce, 14 giugno 2011; Trib. Napoli, 12 aprile 2011. Ma anche, Trib. Milano, 11 ottobre 2016, n. 2825, reperibile su *dirittobancario.it*, con commento di A. PACCOI, *Ricorso ex art. 2409 c.c. ed insindacabilità delle scelte*

La *business judgment rule* implica l'impossibilità di un sindacato giudiziale di responsabilità sulle scelte imprenditoriali degli amministratori in quanto rischiose e non predefinibili *ex ante*. Il principio pertanto si basa principalmente nella natura della funzione amministrativa e quindi nell'adozione di scelte gestionali che sono appunto discrezionali.

Gli approfondimenti svolti dalla dottrina sulla *business judgment rule* hanno nel tempo consentito di circoscriverne la portata e di inquadrarne i relativi contorni.

Questa opera di demarcazione si è caratterizzata per due elementi di fondo: da un lato la distinzione tra obblighi generali ed obblighi a contenuto specifico incombenti sugli amministratori; dall'altro la distinzione tra *dovere di lealtà e dovere di diligenza*⁽⁸⁹⁾.

In relazione al dovere di lealtà, è emerso che in effetti un ambito di discrezionalità può sussistere soltanto in relazione a scelte imprenditoriali ed in relazione a quegli obblighi gestori che non hanno un contenuto specifico e predefinito ma che appunto lasciano spazi di discrezionalità agli amministratori.

Sotto questo aspetto tuttavia si è ravvisata l'esigenza di precisare meglio la portata della *business judgment rule* in quanto se da un lato è vero che gli obblighi a contenuto generale lasciano spazio alla discrezionalità gestoria,

gestorie degli amministratori (c.d. business judgment rule); Trib. Genova, 23 febbraio 2016, reperibile su *giurisprudenzadelleimprese.it*; e Trib. Roma, 28 settembre 2015, n. 19198, reperibile su *dirittobancario.it*, con commento di M. COLOMBO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la c.d. business judgement rule*; nonché Trib. Milano, 24 agosto 2011, n. 10697, in *Società*, 2012, p. 493, con nota di S. CASSANI, *Responsabilità degli amministratori ex art. 2392 c.c. e onere della prova*; e *ivi*, 2011, p. 1343, con nota di A. STABILINI, *La business judgment rule e l'onere della prova in relazione alla responsabilità dell'amministratore di società*.

⁽⁸⁹⁾ Sul punto v. C. ANGELICI, *Attività e organizzazione*, Torino, 2007, p. 291, dove si sofferma a considerare la sussistenza di diversi criteri valutativi a seconda che la verifica si ponga rispetto al *duty of care* o al *duty of loyalty*: «Nel secondo caso, infatti, il problema non si esaurisce in quello dei limiti di un sindacato avente per oggetto scelte imprenditoriali [...] ma riguarda pure la diversa valutazione se il secondo obbligo è stato correttamente adempiuto; ed in tal caso non è più questione d'autonomia in quelle scelte, bensì di verificare la loro correttezza. Perciò, volendo limitarsi ad un solo esempio, i *Principles of Corporate Governance dell'American Law Association* pongono come presupposto per la *business judgment rule* che l'amministratore "is not interested in the subject of the business judgment"».

ciò nonostante tuttavia tale discrezionalità deve comunque essere informata a due criteri di fondo: quello della legittimità della scelta e quello della sua ragionevolezza.

In altri termini, in dottrina, si è ritenuto che la scelta discrezionale di natura imprenditoriale possa comunque essere sindacata in relazione al processo decisionale⁽⁹⁰⁾ che è stato seguito per la sua adozione, nonché alla sua ragionevolezza intesa quale coerenza della scelta riguardo alle relative premesse assunte in fase istruttoria⁽⁹¹⁾.

Il giudice quindi potrà valutare la correttezza o meno delle scelte imprenditoriali sottoponendole al vaglio di questi due criteri di fondo.

Con riguardo poi alla differenza tra *dovere di lealtà* e *dovere di diligenza*, si è rilevato che affinché questa scelta imprenditoriale sia corretta, debba comunque rispondere al dovere di lealtà e quindi deve mostrarsi senza il coinvolgimento di un interesse di chi ha preso la relativa decisione. Sotto questo aspetto potremmo dire che la *business judgement rule* debba presentarsi come priva da contaminazioni dipendenti da conflitti di interesse in capo agli amministratori.

Ci si è interrogati se, il giudice chiamato ad indagare la relativa responsabilità per atti od omissioni degli amministratori esecutivi, non esecutivi e dei dirigenti, oltre ad individuare con i limiti imposti dalla *business judgement rule*, le condotte lesive contrarie alle regole della corretta amministrazione e della diligenza, possa allargare il suo sindacato sino ad accertare la violazione dell'obbligo di predisporre assetti adeguati ai sensi dell'articolo 2381 c.c.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. B. LIBONATI, *La società e l'impresa*, Milano, 2004, p. 264: l'Autore assume gli assetti interni come un modello di organizzazione aziendale «*procedimentalizzato nel suo svolgimento, trasparente per un sistema gerarchico di rapporti, formalizzata così da consentirne controlli di regolarità (anche) a priori e di efficienza a posteriori.*»; M.C.M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo*, cit., p. 733. Per una disamina del fenomeno, non recente, di «valorizzazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi» da parte degli intermediari finanziari e bancari, v. G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 137; più di recente, A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 1165.

⁽⁹¹⁾ Si segnala in giurisprudenza: Cass., 12 agosto 2009, n. 1823, in *Società*, 2009, p. 1247; Cass., 27 dicembre 2013, n. 28669, in *Giur. it.*, 2014, p. 2208; Cass., 22 giugno 2017, n. 15470, in *Società*, 2017, p. 1040. Sull'argomento v. M. BILLI, *Gli amministratori non esecutivi nella società capitalistica*, cit., p. 399 ss.

A tal riguardo la dottrina è concorde «nel non ammettere l'esenzione della *business judgment rule* alla fattispecie degli assetti mancanti»⁽⁹²⁾, cioè quando gli assetti non sono stati istituiti.

Tesi del tutto differenti si sono sviluppate invece nell'esclusione della regola dell'insindacabilità delle scelte gestorie nella fattispecie in cui gli assetti risultino esistenti ma inadeguati.

Passando al tema della estensione della *business judgment rule* alle scelte di tipo organizzativo, si riscontra una posizione dottrinale contraria⁽⁹³⁾. Si tratta di un approccio che circoscrive questa regola alle sole scelte strettamente gestionali e, quindi, non estensibile al rispetto o meno dei doveri incombenti sugli amministratori. In effetti, l'adozione degli assetti integra un obbligo da parte degli amministratori, e per di più funzionale all'allerta interna introdotta dal Codice della crisi e dell'insolvenza.

Sul tema vi è chi ha sostenuto che si escludono dalla categoria delle decisioni imprenditoriali quelle relative alla cura e alla valutazione degli assetti, dovuti rispettivamente ai delegati e ai deleganti, in quanto esse non hanno i requisiti individuati in «comportamenti e scelte che non sono imposte da norme giuridicamente impegnative»⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹²⁾ Cfr. C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule*, in *Giur. comm.*, 2016, p. 665, dove afferma che «la scelta deliberata di non strutturare affatto gli assetti ex art. 2381 c.c., perché non ritenuti indispensabili in ragione della natura e delle dimensioni dell'impresa, si esporrà ad un'inevitabile censura non al riparo dalla BJR, trattandosi per gli amministratori di uno specifico obbligo di condotta».

⁽⁹³⁾ Così C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 688: «[...] può porsi l'esigenza di (una sorta di) *business judgement rule* e che, se con essa si persegue l'obiettivo di fornire agli amministratori una forma di *safe harbour*, ciò può avvenire esclusivamente nei limiti in cui di scelte imprenditoriali si tratta e non in via generale per il complesso dei loro doveri. Il tema in definitiva è circoscritto alle ipotesi nelle quali gli amministratori hanno esercitato la propria competenza decisionale nella gestione dell'impresa e non riguarda in via generale i criteri per la loro responsabilità in ogni caso in cui abbiano violato specifici obblighi». In senso negativo anche M.C.M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo*, cit., p. 740: «[...] una volta che chi agisce in responsabilità abbia dimostrato la non conformità tra modelli adottati e assetti adottabili non sembra ammissibile che il convenuto, per evitare la responsabilità, eccepisca a propria difesa l'insindacabilità della scelta di gestione».

⁽⁹⁴⁾ Così, C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, Milano, 2012, p. 407; C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule*, cit., p. 672.

A favore di questa tesi si schiera⁽⁹⁵⁾ anche chi, valorizzando la differenza fra la violazione di obblighi a contenuto specifico ed obblighi a contenuto generico, ritiene che l'organizzazione di assetti inadeguati rappresenta per gli amministratori una violazione di un obbligo specifico «*sanzionabile per sé e non soltanto in quanto riconnessa al verificarsi di altri diversi inadempimenti*»⁽⁹⁶⁾ e che, trattandosi di un obbligo specifico, la cui attuazione può essere comparata alla luce dei principi ricavabili dalla scienza aziendalistica, non può trovare applicazione la *business judgement rule*⁽⁹⁷⁾. Nella medesima prospettiva, si pone anche il convincimento di chi ha sostenuto che, poiché la vigilanza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili spetta all'organo di controllo, questo prova la volontà del legislatore di sottrarre le tecniche organizzative alla mera discrezionalità dell'imprenditore⁽⁹⁸⁾.

Alle stesse conclusioni è giunta anche quella dottrina che, sulla base della diversità ontologica tra atti di gestione e scelte organizzative, ha ri-

⁽⁹⁵⁾ Sulla distinzione degli obblighi degli amministratori in base alle due categorie si veda F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Tratt. delle società per azioni Colombo-Portale*, IV, Torino, 1991, p. 323 ss. In giurisprudenza, l'applicazione della regola appare molto meno certa di come è prospettata in dottrina. Più volte la *business judgement rule* è stata richiamata anche in relazione a obblighi a contenuto specifico quali, a titolo esemplificativo, la redazione del bilancio, la decisione di convocare l'assemblea *ex art.* 2447 c.c. Si veda in tal senso Cass., 23 giugno 2009, n. 17033, in *Fallimento*, 2009, p. 56.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule*, cit., p. 668, il quale richiama, in nt. 111, P. MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, cit., p. 134.

⁽⁹⁷⁾ Si veda in merito, M.C.M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e proceduralizzazione dell'attività imprenditoriale*, cit., p. 740, il quale afferma che «*non sembrerebbe possibile per l'amministratore eccepire la Business Judgment Rule con riferimento alla predisposizione degli assetti e probabilmente nemmeno alla loro adeguatezza. Avendo il legislatore avocato a sé la decisione del livello al quale si colloca l'adempimento dell'obbligo relativo agli assetti interni, non sembra possibile limitare il sindacato sulla condotta dell'amministratore alla soglia della non palese irragionevolezza*».

⁽⁹⁸⁾ Sul punto cfr. P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 828; V. CALANDRA BUONAURA, *Impresa, società, governance: problemi e prospettive: presentazione del volume Impresa, società di capitali, mercati finanziari di Paolo Montalenti*, in *Giur. comm.*, 2020, II, p. 442, che afferma: «*questa è anche l'opinione di Paolo Montalenti secondo il quale la vigilanza sull'adeguatezza da parte dell'organo di controllo testimonierebbe la volontà del legislatore di sottrarre le tecniche organizzative alla mera discrezionalità dell'imprenditore*».

tenuto che si identifichi discrezionalità imprenditoriale pura solo per gli atti gestori, mentre un'analisi giudiziale più ampia è possibile per le scelte organizzative⁽⁹⁹⁾. Tutte le dissertazioni illustrate, sebbene con trattazioni diverse⁽¹⁰⁰⁾, arrivano alla medesima conclusione circa la inapplicabilità della *business judgement rule*.

Tuttavia una consistente fetta di dottrina ha ritenuto che l'adempimento del dovere di dotare la società di assetti adeguati, dovrebbe beneficiare della stessa disciplina cui è assoggettata ogni altra decisione imprenditoriale degli amministratori.

A deporre in tal senso l'opinione di chi, valutando il dovere in argomento, art. 2381 c.c., 5° comma, espressione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, art. 2497, 1° comma, c.c., ritiene le scelte relative al

⁽⁹⁹⁾ Si veda sul punto, L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit., p. 426, il quale sostiene che tale distinzione non è sufficiente per risolvere la questione in esame, in quanto esso semplifica eccessivamente il sistema delle competenze sociali, trascurando il fatto che «i due livelli dell'impresa (a cui pertiene la "gestione") e della società (che si compendia in attività estranee alla gestione economica di impresa, che si è soliti ricondurre alla "organizzazione") sono sì distinti, ma naturalmente compenetrati».

⁽¹⁰⁰⁾ Si è precisato questo aspetto in uno scritto di C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, cit., p. 583, il quale, nel riflettere sul rapporto tra interesse sociale e *business judgment rule*, giunge a ravvisarne una sostanziale coincidenza atteso che risulta implicato il potere gestorio degli amministratori e quindi l'obiettivo dell'efficienza della impresa che può essere perseguito attraverso una pluralità di scelte. Ed al riguardo afferma: «Perciò penso possa dirsi che i due temi dell'interesse sociale e della business judgment rule tendono per il giurista in concreto ad identificarsi: a seguito in definitiva della circostanza che il compito degli amministratori, quello della gestione (ed evidentemente efficiente) imprenditoriale della società, non consente la predefinitività di un comportamento dovuto, ma può soltanto essere per così dire delimitato dall'esterno, circoscrivendone lo spazio di discrezionalità; e che la definizione di tale spazio soprattutto da quella rule giuridicamente risulta. Una prospettiva la quale pone l'accento, in ultima analisi, non tanto sul profilo del dovere e dell'obbligo, quanto su quello del potere e dei limiti entro cui può essere esercitato». Sulla distinzione tra doveri, poteri e tecniche: I. KUTUFA, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, cit., p. 709, la quale osserva che: «A ben vedere, tuttavia la (vera) novità dell'esplicitazione del principio di adeguatezza degli assetti interni nell'ordinamento azionario sembra consistere piuttosto nella precisa puntualizzazione e nella conseguente intestazione di specifici obblighi in capo agli amministratori, idonei ad offrire una rinnovata regolamentazione all'ufficio gestorio, che appare adesso articolato nel contenuto e procedimentalizzato nelle tecniche».

suo adempimento di natura imprenditoriale e quindi sottoposte al sindacato da parte del giudice⁽¹⁰¹⁾.

A questo punto si tratta di verificare la portata del dovere organizzativo, si può affermare che, se è vero che la riforma societaria ha introdotto attraverso l'articolo 2381 c.c. l'obbligo di creare assetti adeguati, facendo in modo che esso non sia più implicitamente desumibile dall'obbligo di amministrazione diligente⁽¹⁰²⁾, è altrettanto vero che il solo fatto che tale dovere sia contenuto in una norma *ad hoc*, non sia sufficiente per poter sostenere che si tratti di un dovere specifico in senso proprio⁽¹⁰³⁾, ma, al contrario, il dovere in esame rimane contraddistinto da un contenuto generico⁽¹⁰⁴⁾.

Del resto, la considerazione qui sviluppata trova conferma nel dato letterale degli artt. 2086 e 2381 c.c. che lascia intravedere una modulazione aperta del dovere organizzativo. In dottrina è stato rimarcato l'uso dell'aggettivo

⁽¹⁰¹⁾ Si veda L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit., pp. 432-433: l'Autore evidenzia come quanto sostenuto trova conferma anche nel dato comparatistico. Egli, infatti sostiene che la dottrina spagnola secondo un'interpretazione estensiva dell'art. 226 L.S.C. ha ritenuto di dover ricomprendere tra le scelte imprenditoriali anche il dovere di «*configurar una adecuada estructura interna*» e non soltanto le «*decisiones de negocio en sentido estricto*». Lo stesso Autore afferma che un orientamento analogo in materia di decisioni organizzative è presente anche nella giurisprudenza teorica e pratica statunitense.

⁽¹⁰²⁾ In merito P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, 2, Torino, 2006, p. 493.

⁽¹⁰³⁾ La precisazione è fatta da G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, cit., p. 44, nt. 9, secondo cui: «*Tale impostazione sistematica è peraltro del tutto coerente con la concezione secondo cui le clausole generali non costituiscono norme giuridiche subprimarie, sintesi di altri precetti connotati dalla caratteristica della diretta precettività presenti nell'ordinamento giuridico, bensì norme primarie che incorporano precetti autonomi da cui scaturiscono specifici doveri, sia pure a contenuto generico, in capo ai destinatari del precetto giuridico*». Sulle clausole generali in diritto societario: M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 113 ss.; anche L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit., p. 413 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit., p. 435; sulla stessa linea G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, cit., p. 44; V. CALANDRA BUONAUORA, *Impresa, società, governance: problemi e prospettive*, cit., p. 441.

“adeguata” a sottolineare che la scelta organizzativa richiede una modulazione che non può essere individuata *a priori*, ma che deve adattarsi alla natura ed alla dimensione della impresa⁽¹⁰⁵⁾ con continue sistemazioni ed assestamenti attraverso quei compiti diversificati di cura, valutazione e vigilanza articolati tra organo delegato e collegio sindacale⁽¹⁰⁶⁾.

Nonostante sia collocato nell’ambito dei doveri specifici, la dottrina dominante ha visto tale obbligo come l’applicazione concreta della regola della diligenza gravante sull’organo gestorio. Ed infatti ad una più attenta osservazione si nota che si tratta di un dovere a contenuto generico, applicabile a qualsiasi imprenditore, ponendosi quindi come un principio transtipico⁽¹⁰⁷⁾.

Non esistono assetti che possono considerarsi “universalmente validi”, perché non esistono assetti ottimali e predeterminati individuati dal legislatore⁽¹⁰⁸⁾.

Il legislatore si preoccupa di definire lo scopo, un principio di coerenza, adeguatezza e proporzionalità⁽¹⁰⁹⁾, ed ha concesso all’autonomia statutaria ed

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di M. Irrera, Bologna, 2016, p. 37.

⁽¹⁰⁶⁾ Interessanti le riflessioni di G. FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, III, Torino, 2007, p. 5 ss. Sulla portata sistematica dell’adeguatezza degli assetti si veda anche: M. RESCIGNO, *La responsabilità per la gestione: profili generali*, in AA.VV., *L’amministrazione. La responsabilità gestoria*, in C. IBBA, G. MARASÀ (diretto da), *Trattato delle società a responsabilità limitata*, V, Padova, 2012, p. 183 ss., secondo cui l’adeguatezza degli assetti e l’agire informato costituiscono requisiti minimali per una gestione diligente.

⁽¹⁰⁷⁾ Termine utilizzato da S. FORTUNATO *Codice della crisi e codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, cit., p. 952.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. S. FORTUNATO, *Codice della crisi e codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, cit., p. 986.

⁽¹⁰⁹⁾ Sulla rilevanza delle informazioni: G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, cit., p. 204. Da condividere quanto sostiene G. MERUZZI, *L’adeguatezza degli assetti*, cit., p. 55 e precisamente che: «Infatti se la proporzionalità costituisce il principio guida che ispira l’attività del legislatore secondario nella definizione dei criteri di organizzazione interna delle società che operano nei settori regolati, ovvero di quei soggetti che più di tutti, nello svolgimento dell’attività di impresa, pongono problemi di tutela di interessi in potenziale conflitto con la libertà di iniziativa economica e costituzionalmente protetti, non può che essere il medesimo principio di

organizzativa delle imprese la libertà di determinare i propri modelli, in base alle specifiche esigenze di ciascuna realtà economica⁽¹¹⁰⁾. Lo stesso criterio di adeguatezza previsto dalla legge fornisce alle decisioni relative agli assetti un margine di discrezionalità che permette di qualificare tali decisioni come decisioni imprenditoriali⁽¹¹¹⁾.

Si potrebbe concludere, pertanto, che la discrezionalità delle scelte amministrative non è identificabile solo nell'individuazione degli obiettivi da raggiungere e nelle strategie da mettere in pratica per riuscire a conseguirli, ma anche nell'articolazione di una struttura organizzativa che consente lo svolgimento dell'attività economica⁽¹¹²⁾. Chiaro appare, invece, come la ca-

proporzionalità, inteso come bilanciamento tra sacrificio dell'interesse di chi esercita l'attività di impresa e raggiungimento dello scopo per il quale il vincolo è posto, il criterio che deve guidare, nella disciplina generale d'impresa, l'attività del giudice nell'attribuire concreto contenuto alla clausola generale dell'adeguatezza degli assetti».

⁽¹¹⁰⁾ V. CALANDRA BUONAURA, *Impresa, società, governance: problemi e prospettive*, cit., p. 438.

⁽¹¹¹⁾ Si veda in proposito: L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit., p. 448, il quale sostiene che «in base alla lettera della legge può distinguersi fra il "se" della predisposizione degli assetti, che è un comportamento imposto in modo preciso dal diritto positivo e rispetto al quale, quindi, non sussiste alcun margine di discrezionalità per gli amministratori; dal "come" predisporre, nell'adempimento del dovere di cura, quegli assetti. Rispetto a quest'ultimo profilo, il rinvio alla clausola generale dell'adeguatezza implica la sussistenza – come sostenuto nel corso delle superiori considerazioni – di una pluralità di possibili opzioni e, pertanto, di un margine di discrezionalità per gli amministratori»; e V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381 commi terzo e quinto del codice civile*, in *Giur. Comm.* 2006, I, pp. 11-12, il quale ha evidenziato come l'adeguatezza non può riguardare solo l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, ma ai tre aggettivi dovevano aggiungersene almeno altri due. L'Autore, fa in particolare riferimento tanto alla "adeguatezza patrimoniale" quanto alla "adeguatezza tecnica" dell'impresa. Mentre l'adeguatezza patrimoniale, non letteralmente prevista dall'art. 2381 c.c., consente di verificare e stabilire, se il capitale fissato nell'atto costitutivo è idoneo o meno al perseguimento dell'oggetto sociale, l'adeguatezza tecnica dell'impresa poteva invece essere ricompresa nell'assetto organizzativo di cui all'art. 2381 c.c., attesa l'individuazione dello stesso «non solo nel complesso dei luoghi in cui si svolge la produzione industriale o si somministra il servizio o si svolge l'attività commerciale propriamente detta», quanto riferita al complesso dei beni, dei macchinari e delle attrezzature, nonché «degli uffici più direttamente collegati all'attività di impresa».

⁽¹¹²⁾ A proposito si veda: V. CALANDRA BUONAURA, *Impresa, società, governance: problemi e prospettive*, cit., p. 443; la stessa dottrina che sostiene questa posizione afferma che, giungere

pacità innovativa e la propensione al rischio dell'imprenditore, si manifesti anche con riguardo alle decisioni organizzative.

Dopo questa puntualizzazione, si può sicuramente andare a verificare l'esistenza o meno di limiti al potere gestorio e la loro estensione ed intensità che, chiaramente, saranno disciplinati in modo diverso a seconda che il potere gestorio è esercitato per adempiere ad un dovere a contenuto generale o a contenuto specifico, in ragione della variazione o della limitazione o esclusione della discrezionalità che ne consegue.

Si profila, quindi, un giudizio di congruità in relazione agli assetti che potrà essere riscontrato facendo riferimento alle buone prassi gestionali definite dalla scienza aziendalistica proprio per dare consistenza concreta al criterio generale di adeguatezza che, peraltro, va anche visto e declinato in una estensione dinamica conseguente appunto alla natura dell'attività di impresa⁽¹¹³⁾.

Per altro verso, sul piano sistematico, il dovere organizzativo va coordinato con la summenzionata distribuzione di competenze nell'ambito degli organi societari e con il dovere di agire informato degli amministratori.

Andando quindi ad analizzare l'esercizio del potere gestorio, non vi è dubbio che in relazione agli assetti adeguati, gli amministratori esercitino un potere discrezionale che si mostra funzionale, con diverse modalità e diversi ruoli, al rispetto di quei doveri di cura e di valutazione degli assetti previ-

alla conclusione che la clausola generale di adeguatezza escluda la discrezionalità delle scelte amministrative per il solo fatto che è prevista dalla legge e soggetta alla vigilanza dell'organo di controllo sarebbe come dichiarare che anche la clausola generale di "correttezza dell'amministrazione" elimini tale discrezionalità; S. FORTUNATO, *Codice della crisi e codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, cit., p. 987, per il quale le decisioni organizzative rappresentano decisioni gestorie strumentali all'attività produttiva per le quali sarà sempre possibile differenziare il merito del contenuto della decisione dal processo che accompagna il formarsi della decisione.

⁽¹¹³⁾ Sulla precisazione circa la dimensione statica e dinamica degli assetti con riguardo agli obblighi di vigilanza: P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, II, Torino, 2007, p. 840.

sti appunto in capo agli amministratori⁽¹¹⁴⁾. Del resto si sa che nei contesti organizzati ad ogni dovere non può che corrispondere anche un potere necessario per adempiere; potere che ha una sua portata ed una sua estensione commisurata al dovere che deve essere adempiuto.

Sotto questo profilo di proporzionalità possiamo dunque a ben vedere profili di discrezionalità che possono essere coperti dalla *business judgment rule* in esame.

La giurisprudenza di merito ha di recente risposto positivamente in merito all'applicazione della *business judgment rule* alle scelte organizzative riportandole, in definitiva, nell'ambito delle scelte strategiche che in effetti implicano l'esercizio del potere gestorio⁽¹¹⁵⁾.

Più precisamente, la giurisprudenza richiamata argomenta le proprie decisioni soffermandosi a ritenere che l'obbligo organizzativo non è a contenuto specifico e che quindi il suo adempimento può avvenire in concreto secondo diverse modalità e diverse scelte, che vanno appunto valutate in riferimento al contesto cui si riferiscono. Da qui l'applicazione della *business judgment rule* in esame.

⁽¹¹⁴⁾ È importante rilevare che l'organizzazione rientra nella gestione. Così G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, cit., p. 42, che nel sottolineare il *quid novi* del criterio di adeguatezza coglie gli assetti come «componente centrale e non rinunciabile dell'attività gestoria».

⁽¹¹⁵⁾ In questo senso Trib. Roma, 8 aprile 2020, in *rivista.camminodiritto.it*, estratto dal n. 11, 2020. Il Tribunale afferma che «la scelta organizzativa rimane pur sempre una scelta afferente al merito gestorio» per la quale vale il criterio della insindacabilità nella vigenza dei limiti sopra esposti e, cioè, che la scelta effettuata sia razionale (o ragionevole) e non sia *ab origine* connotata da imprudenza, ma venga assunta sulla base delle verifiche imposte dalla diligenza professionale richiesta. Questo perché la predisposizione di un assetto organizzativo non costituisce, come sostiene il Tribunale romano, «l'oggetto di un obbligo a contenuto specifico, ma al contrario, di un obbligo non predeterminato nel suo contenuto, che acquisisce concretezza solo avuto riguardo alla specificità dell'impresa esercitata e dal momento in cui quella scelta organizzativa viene posta in essere». Nella prospettiva del Codice della crisi e dell'insolvenza: V. CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, cit., p. 5 ss. Con particolare riguardo alla gestione del rischio anche prima del Codice della crisi e dell'insolvenza: M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Orizz. dir. comm.*, 2014, p. 3.

In altri termini, il giudice può sindacare l'esercizio del potere gestorio, e quindi anche organizzativo, per verificare il criterio attraverso il quale la scelta è stata compiuta e se essa si mostra ragionevole e coerente rispetto alle valutazioni ed agli approfondimenti preliminari posti in essere nel corso del processo decisionale.

Ora se da un lato è condivisibile l'assunto in base al quale anche le scelte organizzative, nella loro dimensione di potere gestorio, sono coperte dalla *business judgment rule*, perché rientranti nella visione strategica della gestione di impresa, nondimeno però necessita oggi tenere conto della nuova formulazione dell'art. 2086 c.c., di portata generale per la gestione societaria e collettiva, in punto di previsione di assetti che devono essere non solo adeguati ma «anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi»⁽¹¹⁶⁾.

L'istituzione di un adeguato assetto organizzativo diventa, quindi, anche uno strumento prodromico e basilare per intercettare e percepire i primi segnali di crisi e di adottare i relativi rimedi.

É da ritenere dunque che accanto ai limiti della legittimità e della ragionevolezza della scelta organizzativa, si debba anche tenere conto, nell'esame valutativo della relativa scelta, del criterio fondamentale della funzionalità per la rilevazione della crisi.

8. — Conclusioni.

La disciplina della crisi, nell'impianto introdotto dal d.lgs.14 del 2019, con l'inserimento del sistema di allerta finirà per influenzare ancora di più le scelte organizzative degli amministratori, che nei prossimi anni non potranno prescindere dalla operatività dell'allerta di quella interna in particolare.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. sul tema: L.A. BOTTAI, *Le modifiche al codice civile dettate dalla L. n. 155/2017 e l'affermazione del diritto concorsuale societario*, in *Il fallimentarista*, 23 aprile 2018, che rileva come: «le scelte imprenditoriali degli amministratori non siano più insindacabili (secondo la business judgement rule) ogni qualvolta le conseguenze negative siano riconducibili, almeno in parte, al difetto di organizzazione dell'impresa stessa; pregiudizio per la società e i creditori in termini di aggravamento del dissesto o di peggioramento delle condizioni patrimoniali, si configurerà piena responsabilità di entrambi gli organi».

Difatti, l'art. 12, 1° comma, d.lgs. n. 14/2019, precisa che: «*Costituiscono strumenti di allerta gli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli artt. 14 e 15, finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione*».

Il dovere di segnalazione insieme agli obblighi organizzativi realizzano così l'articolato sistema degli strumenti di allerta⁽¹¹⁷⁾.

Si può, pertanto, ritenere che l'obbligo organizzativo, funzionale alla rilevazione della crisi, andrà ad assumere una denotazione a contenuto speciale, cui potrebbe derivare un obbligo di osservanza in sede di rilevazione tempestiva degli indicatori di crisi, con un vincolo maggiore per la scelta organizzativa degli amministratori secondo questa specifica prospettiva funzionale.

Del resto tra i doveri previsti dal nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza si distingue quello di cui all'art. 3, 2° comma, secondo il quale l'imprenditore collettivo «*deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'art. 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative*». Laddove appunto l'adeguatezza non è riferita solo al tipo ed alla dimensione della impresa, ma in termini più circoscritti e specifici alla rilevazione tempestiva della crisi. E ciò per l'evidente considerazione che la gestione del rischio connota in modo pregnante la gestione di impresa e, in termini più complessi, quella societaria.

Pertanto, al riguardo, ci potrà essere un margine di discrezionalità nella definizione dell'assetto; ma il summenzionato margine risulterà tanto più diminuito, per l'indicazione appunto di una specifica funzione, in considerazione a quanto non sia il criterio organizzativo, riferito genericamente alle scelte strategiche di impresa.

Da questa valutazione ne esce un consolidamento della dimensione strumentale e funzionale dell'organizzazione, per cui il principio della *business*

⁽¹¹⁷⁾ Per un'ampia riflessione sulla organizzazione dell'allerta: A. MIRONE, *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *Orizz. dir. comm.*, 2020, p. 23 ss.

judgment rule⁽¹¹⁸⁾ implicherà l'esame delle scelte organizzative non solo secondo i criteri della legittimità e della ragionevolezza, ma anche e soprattutto secondo quello più rigoroso, e più specifico, della necessaria funzionalità al sistema di allerta⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁸⁾ Sul tema si segnala la ricostruzione sistematica che si legge in S. ALVARO, E. CAP-
PARIELLO, V. GENTILE, E.R. IANACCONI, G. MOLLO, S. NOCELLA, M. VENTORUZZO, *Business
judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, in *Quaderni giuridici
CONSOB*, novembre 2016, p. 72, i quali affermano che «sarebbe utile e necessario introdurre una
disciplina armonizzata e di rango primario della business judgment rule. Laddove ciò non fosse possibile
sarebbe comunque auspicabile una analoga (ossia di livello primario) disciplina nazionale che si allineasse
alle analoghe scelte già compiute da diversi Paesi (Stati Uniti, Regno Unito, Germania, Spagna, Portogallo,
Grecia, Austria, ecc.)».

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. M. FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso
i creditori sociali nella crisi dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 272 ss., e su fallimentiesocieta.it, il quale
coglie l'operatività della *business judgment rule* solo in rapporto alla scelta del rimedio per ge-
stire la crisi, rilevata tempestivamente.

SERGIO MESSINA^(*)

L'INCERTA RELAZIONE TRA DIRITTO ALLA FELICITÀ
E SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE.
DALLA ECO-PSICOLOGIA ALLA “ECO-DEMOCRAZIA”

Abstract: This essay is based on a basic question: can be there a relationship between environmental sustainability declined in terms of an individual, public and collective duty to the conservation of the common natural habitat and a human right to happiness? If an univocal answer cannot to be given on an individual level, it is possible to identify some criteria that can define the conditions for a “shared” happiness on the basis of some orientations that, starting from a conception of the “territory” as an all-encompassing system of nature and culture, seek (through an interdisciplinary method) to change the content and direction of environmental policies (both national and international) towards a broader and less restrictive framework than an governance of “places of life” functional only to increase productivity and economic competition.

L'armonia di un individuo con il proprio “sé profondo” non richiede soltanto un viaggio nell'interiorità, ma un'armonizzazione con il mondo ambientale

(James Hillman)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il sentimento della felicità e la tutela ambientale. – 3. Felicità e contesto territoriale locale. – 4. Lo Stato costituzionale come garante di un diritto a una sostenibilità “felice”. – 5. Felicità e partecipazione. – 6. Conclusioni.

1. — *Introduzione.*

Lo sviluppo sostenibile quale strumento di integrazione tra diverse esigenze e dimensioni (ecologiche, sociali ed economiche) si atteggia a fondamento di altri principi giuridici che compongono l'archittrave di una disciplina sfaccettata e sempre in evoluzione quale è il diritto ambientale, il

^(*) Università degli Studi di Salerno.

cui oggetto composito richiama orientamenti e valori talvolta difficilmente conciliabili⁽¹⁾.

Una delle prospettive avanzate in dottrina è quella di ricondurre la protezione dell'ambiente nell'ambito dei doveri di solidarietà richiamati all'interno dell'art. 2 della Costituzione italiana⁽²⁾.

Ciò è bastato fino ad ora a lasciare la definizione del principio dello sviluppo sostenibile all'ancoraggio del legislatore⁽³⁾ riservando, invece, all'interpretazione sistematica della Costituzione e delle fonti sovranazionali e internazionali il compito di circoscrivere criteri direttivi per le politiche da porre in essere a tutela dell'equilibrio socio-ecologico del Paese.

A fronte dei doveri di solidarietà contemplati a livello costituzionale emerge sempre più l'esigenza da parte di studiosi di diverse discipline (dalla psicologia all'urbanistica, dall'economia all'antropologia fino al diritto) di interrogarsi in ordine alla possibilità che vincoli intra e inter generazionali possano realmente garantire non solo il "benessere" del pianeta ma anche quello dei popoli che lo abitano; in altri termini ci si è domandati se la salvaguardia del nostro *habitat* naturale, quale preconditione di sopravvivenza⁽⁴⁾ possa essere altresì compatibile con la felicità umana.

⁽¹⁾ Basti pensare all'annosa questione della definizione del termine ambiente il cui termine rimanda o a concezioni unitarie del "bene" o a visioni settoriali dello stesso. Per una ricognizione del dibattito sulla definizione di "ambiente" cfr. D. AMIRANTE, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente. Principi generali*, I, Padova-Milano, 2012, p. 234 ss.

⁽²⁾ Cfr. F. FRACCHIA, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di) *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova-Milano, 2012, p. 571 ss.

⁽³⁾ Si ricordi che l'"ambiente" e lo "sviluppo sostenibile" sono stati oggetto di diverse proposte di riforma costituzionale al fine di inserirli tra i principi fondamentali dell'ordinamento italiano, in ossequio agli obblighi e per il perseguimento degli obiettivi stabiliti sia a livello internazionale, sia comunitario e in rapporto anche ai doveri di solidarietà nei confronti delle generazioni future. Proposte che fino ad ora non hanno trovato ancora alcuno sbocco normativo se non nelle intenzioni anche dell'attuale Governo di voler continuare nella direzione in precedenza auspicata.

⁽⁴⁾ Emblematica in tal senso l'espressione utilizzata da Michele Carducci: "solidarietà di specie", in riferimento alla natura quale dispositivo metodologico avulso dalle tradizionali partizioni settoriali tipiche del diritto ambientale. Cfr. M. CARDUCCI, *Natura (diritti della)*, in *Dig. pubbl.*, Agg. VII, Torino, 2017, p. 516 ss.

Interrogativo nato a partire da un'amara ma importante constatazione in base alla quale risultano insufficienti le mere esortazioni morali a superare l'egoismo individuale e l'interesse privato al fine di poter agire in favore della salvaguardia ecologica; dovrebbe invece essere capovolto il rapporto. In altri termini è ormai consapevolezza acquisita del fatto che occorrerebbero «*mecanismi politici* che obbligano a raggiungere l'interesse individuale solo *dopo* un percorso sociale»⁽⁵⁾, fatto di azioni collettive che mirino appunto a uno scopo di natura collettiva. La domanda che qui ci si pone è se ciò possa essere raggiunto non solo con una pedagogia della paura⁽⁶⁾, ma con una cura di ciò che potrebbe essere descritto in termini di “patologie dell'affettività”⁽⁷⁾, l'unica che potrebbe spingere ad una motivazione (anche razionale) all'agire che non si riduca soltanto a un “dovere”.

Una di queste è il ricorso al *sensu* del “sacro naturale”, da intendersi come riscoperta di una spiritualità e religiosità “immanente” collegata a un “valore in sé” della natura, ma pur sempre attribuito dall'essere umano. Tale riscoperta potrebbe contribuire a riattivare, quantomeno a livello simbolico, degli “enzimi sociali” traducibili in un progetto politico favorevole a un'effettiva trasformazione collettiva⁽⁸⁾; ciò a condizione che non si traduca in una chiusura comunitaria autodifensiva e autoreferenziale.

Un secondo contributo fondamentale per un'“emotività ecologico-politica” proviene dalla ecopsicologia, disciplina che cercando di connettere

⁽⁵⁾ Cfr. U. GALIMBERTI, *Idee: il catalogo è questo*, (Feltrinelli) Milano, 2009, p. 65 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. H. JONAS *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, ed. it a cura di P.P. Portinaro, (Biblioteca Einaudi) Torino, 2002 (1979). Ormai considerato un classico della “filosofia ambientale”. Sul valore pedagogico della paura cfr. M. MANFREDI, *Imparare a temere. Emergenze ambientali ed educazione alla paura*, in O. MARZOCCA (a cura di), *Governare l'ambiente? La crisi ecologica tra poteri, saperi e conflitti*, (Mimesis) Milano 2010, pp. 227-231.

⁽⁷⁾ Sul tema cfr. E. PULCINI, *La cura del mondo. Paura e responsabilità nell'età globale*, (Bollati Boringhieri) Torino, 2009.

⁽⁸⁾ Sulla riattivazione del mito come stimolo a un'emotività sia individuale, sia collettiva collegata alla crisi ecologica e climatica cfr. S. MAGNASON, *Il Tempo e l'acqua*, (Iperborea) Milano, 2019. In generale sul rapporto tra letteratura ed ecologia cfr. N. SCAFFAI, *Letteratura ed ecologia. Forme e temi di una relazione narrativa*, (Carocci) Roma, 2017.

i problemi del malessere esistenziale con quelli del degrado ambientale si pone il compito di lavorare «affinché il desiderio di prendere in considerazione la salute e l'equilibrio naturale non venga dal principio del dovere ma da quello del piacere»⁽⁹⁾.

Sulla scorta di ciò, di seguito ci si propone di compiere un'indagine filosofico-giuridica su una complessa e incerta relazione tra due figure di diritti fondamentali non esplicitati nella nostra Carta costituzionale ma comunque desumibili dall'insieme di diritti e doveri ivi riconosciuti⁽¹⁰⁾ purché considerati entro una concezione solidaristica e pubblicistica: il diritto alla felicità e il diritto allo sviluppo sostenibile⁽¹¹⁾.

La pista riflessiva, e allo stesso tempo critica, sul rapporto che sussiste (o che può sussistere) tra felicità e sostenibilità ambientale dovrebbe delineare un possibile collegamento tra funzioni simboliche della dimensione interiore dell'individuo e “sistema socio-ambientale”⁽¹²⁾, e di come le prime possano rappresentare, in ultima analisi, un importante motore per la costruzione di una “eco-democrazia”, concetto che riassume in sé un coagulo di possibili visioni e procedure dirette a veicolare e al contempo “testare” differenti concezioni sulla “sostenibilità ambientale”⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ Cfr. M. DANON, *Ecopsicologia. L'incontro tra ecologia e psicologia*, in A. POLI (a cura di), *La persona nelle filosofie dell'ambiente*, (Limina Mentis) Villasanta (MB), 2012, p. 199. Fondamentale è anche l'apporto della pedagogia ambientale improntata su un approccio sistemico in cui gioca un ruolo rilevante il punto di vista dell'osservatore quale soggetto immerso in un mondo complesso, costituito da relazioni non riducibili alla mera analisi lineare (causa/effetto) dei fenomeni naturali. Cfr. C. DEZZA, *Un mondo tutto attaccato. Guida all'educazione ambientale*, (Franco Angeli) Milano, 1993.

⁽¹⁰⁾ Cfr. R. TIBERI, *Il diritto alla felicità*, (Feltrinelli) Milano, 2019, p. 72.

⁽¹¹⁾ In relazione al primo, R. TIBERI, *Il diritto alla felicità*, loc. cit. Sul secondo cfr. F. FRACCHIA, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., p. 571 ss.

⁽¹²⁾ J. DRYZEK, *La razionalità ecologica*, (Otium) Ancona 1989.

⁽¹³⁾ Per un approfondimento mi permetto di rinviare a S. MESSINA, *Eco-democrazia. Per una fondazione ecologica del diritto e della politica*, (Orthotes) Napoli-Salerno, 2019.

2. — *Il sentimento della felicità e la tutela ambientale.*

Come è stato osservato⁽¹⁴⁾ il sentimento della felicità investe fin dai tempi dell'illuminismo un ambito anche "istituzionale"⁽¹⁵⁾ nel momento in cui diventa scopo sociale da garantire mediante l'arte del buon governo⁽¹⁶⁾ e pertanto l'inevitabile interrelazione della ricerca delle singole felicità individuali obbliga il "diritto alla felicità" ad interfacciarsi continuamente con un'etica della solidarietà⁽¹⁷⁾. L'intreccio che sussiste tra felicità e tutela ambientale è mediato, infatti, dalla sua stessa radice etimologica cui sono collegati termini come abbondanza, ricchezza, prosperità – da doversi leggere in base a contesti storici e culturali diversi – a cui oggi si affiancano in modo ricorrente quelli di "benessere" e "sviluppo – appunto – sostenibile"⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁴⁾ Cfr. R. TIBERI, *Il diritto alla felicità*, cit.; S. LATOUCHE, *Degrowth and the paradoxes of happiness*, *Annals of the Fondazione Luigi Einaudi*, LIV (2020), pp. 133-152.

⁽¹⁵⁾ Alcune ricerche filosofico-politiche evidenziano una peculiarità tutta moderna e biopolitica del concetto di felicità che con l'emergere dell'idea di comunità nazionale di impronta rousseauiana si caratterizza in modo diverso dalla classica *eudaimonia* aristotelica proprio per il suo carattere non solo individuale ma collettivo e strettamente collegato all'arte del governare. Cfr. M. ESPOSITO, *Il governo della felicità. Un percorso genealogico e critico sul concetto di benessere*, in *Filosofia politica* (2013), p. 27 ss.

⁽¹⁶⁾ L'art. 1 della Costituzione della Repubblica di Francia del 1793 stabiliva che «lo scopo della società è la felicità comune. Il Governo è istituito per garantire all'uomo il godimento dei suoi diritti naturali ed imprescrittibili». Citata in R. TIBERI, *Il diritto alla felicità*, cit., p. 53.

⁽¹⁷⁾ R. TIBERI, *Il diritto alla felicità*, cit., p. 69.

⁽¹⁸⁾ «L'Assemblea generale [...] consapevole che la ricerca della felicità è uno scopo fondamentale dell'umanità, [...] riconoscendo inoltre di un approccio più inclusivo, equo ed equilibrato alla crescita economica che promuova lo sviluppo sostenibile, l'eradicazione della povertà, la felicità e il benessere di tutte le persone, decide di proclamare il 20 marzo la Giornata Internazionale della Felicità, invita tutti gli stati membri, le organizzazioni del sistema delle Nazioni Unite, e altri organismi internazionali e regionali, così come la società civile, incluse le organizzazioni non governative e i singoli individui, a celebrare la ricorrenza della Giornata Internazionale della Felicità in maniera appropriata, anche attraverso attività educative di crescita della consapevolezza pubblica [...]». Risoluzione ONU A/RES/66/281 del 2012.

A più riprese menzionato in numerosi documenti internazionali che sono seguiti al celebre Rapporto Brundtland del 1986 tra cui i SDGs (*Sustainable Development Goals*) del 2015, lo sviluppo sostenibile pone il problema non solo di una effettiva misurabilità del “benessere” non riducibile soltanto alla produttività o al reddito⁽¹⁹⁾, ma anche in che termini esso possa configurarsi secondo una percezione e/o percepibilità da parte dell’essere umano che vive in contesti geografici, culturali, sociali, nonché in ordinamenti giuridici diversificati.

Se è impossibile dare una definizione universale di benessere⁽²⁰⁾ certamente si potrebbe costruire un discorso quanto più condiviso possibile facendo riferimento ad una valutazione comparata di differenti linee di intervento di politica del diritto ambientale che possono ben dirigersi in direzioni diametralmente opposte⁽²¹⁾.

Da qui l’ipotesi che efficaci stimoli emotivi possano condurre a una maggiore consapevolezza e sensibilizzazione in ordine alla crisi ecologica e climatica fino ad arrivare alla creazione e predisposizione di quei meccanismi politici e istituzionali sopra menzionati che siano innovativi e al contempo trasformativi.

Occorre, quindi, preliminarmente considerare il collegamento che sussiste tra felicità e contesto territoriale, basato su un connubio tra fattori psicologici, economici e sociali, e che contribuiscono a determinare notevolmente tanto la percezione individuale, quanto collettiva della “vita buona”⁽²²⁾. Lo

⁽¹⁹⁾ Sono innumerevoli i tentativi di misurazione alternativa del benessere economico e dello sviluppo riconducibili come è noto a tanti altri indicatori di natura anche non strettamente contabile quali l’istruzione, la salute, i costi dell’inquinamento ecc.

⁽²⁰⁾ Cfr. Z. BAUMAN, *Vite di corsa. Come salvarsi dalla tirannia dell’effimero*, (Il Mulino) Bologna, 2008.

⁽²¹⁾ Per una panoramica generale sugli strumenti e sugli scopi dell’azione amministrativa in materia ambientale, in particolare in riferimento ai diversi orientamenti sul rapporto tra economia e ambiente cfr. M. CAFAGNO, F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell’ambiente*, in P. DELL’ANNO, E. PICOZZA (a cura di) *Trattato di diritto ambientale, I. Principi generali*, Padova, 2012.

⁽²²⁾ Cfr. G. PABA, *Felicità e territorio. Benessere e qualità della vita nella città e nell’ambiente*, in A. MAGNAGHI (a cura di), *Il territorio bene comune*, (Firenze University Press) Firenze, 2012.

stesso “territorio” diventa, infatti, sempre più occasione per favorire quelle condizioni di benessere tanto materiale in senso stretto, quanto “personale” in senso lato⁽²³⁾ che a loro volta costituiscono i presupposti per la rigenerazione di una comunità politica rivitalizzata entro *spazi comuni*⁽²⁴⁾.

Da ciò deriva comprendere il ruolo che può avere uno Stato “verde”⁽²⁵⁾, rappresentativo di una sintesi delle responsabilità ambientali dello Stato moderno⁽²⁶⁾, nell’assicurare un benessere individuale e collettivo. In particolare, a seguito dell’esplosione dell’emergenza sanitaria il ruolo dello Stato assume nuovamente un’importanza cruciale al fine di assicurare investimenti e prestazioni che possano garantire al contempo una ripresa economica e una transizione ecologica e tecnologica di ampia portata. A tal fine, come verrà in seguito esaminato, si auspica che l’amministrazione e la gestione del *Recovery Fund* possano costituire una preziosa occasione per interventi che consentirebbero col tempo di ricostruire nuove basi sociali improntate a un’inedita “prosperità” condivisa e “comune” non basata soltanto sul consumo e sulla produttività⁽²⁷⁾ e su un rinnovato/ritrovato rapporto con l’ambiente naturale.

Sulla scorta di quanto sin qui evidenziato rileva, quindi, l’importanza della “ecodemocrazia” quale strumento per influenzare quanto più possibile rapporti di potere che impongono modelli di “benessere” e quindi di felicità non compatibili né con i limiti fisici del pianeta, né con una serena “fioritura personale”.

⁽²³⁾ Cfr. M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, (Il Mulino) Bologna, 2002.

⁽²⁴⁾ Cfr. O. MARZOCCA, *Il mondo comune. Dalla virtualità alla cura*, (Manifestolibri) Roma, 2015.

⁽²⁵⁾ Cfr. R. ECKERSLEY, *The Green State. Rethinking Democracy and Sovereignty*, (The MIT Press) Toronto, 2004.

⁽²⁶⁾ Cfr. R. ECKERSLEY, *National Identities, International Roles, and the Legitimation of Climate Leadership: Germany and Norway Compared*, in *Environmental politics*, I (2016), p. 1.

⁽²⁷⁾ T. JACKSON, *Prosperità senza crescita. Economia per il pianeta reale* (2009), ed. it. a cura di G. Bologna, (Edizioni Ambiente) Milano, 2017.

3. — *Felicità e contesto territoriale locale.*

Se è necessario restare prudenti sull' inquadramento delle condizioni di felicità personale e di benessere individuale⁽²⁸⁾ a causa della loro apertura a tante possibili definizioni è ampiamente noto ormai che è possibile costruire sulla base di indici statistici e scientificamente radicati a loro volta in ambiti disciplinari come la econometria, le neuroscienze, la clinica medica o la psicologia sociale un discorso più o meno attendibile sul piano della definizione di una possibile "felicità oggettiva"⁽²⁹⁾, cui sono riconducibili quelle condizioni di "benessere" dipendenti da contesti geografici, sociali e culturali (politiche del territorio, relazioni di prossimità, livello di partecipazione degli abitanti alla vita pubblica ecc.) che di riflesso quanto meno influenzano o possono influenzare quella soggettiva⁽³⁰⁾.

Il "contesto" cui si fa riferimento nell'ambito della riflessione filosofica e giuspolitica è il *territorio* inteso come «prodotto storico dei processi di coevoluzione di lunga durata fra insediamento umano e ambiente, natura e cultura, e quindi, come esito della trasformazione dell'ambiente ad opera di successivi e stratificati cicli di civilizzazione»⁽³¹⁾ da considerare avulso sia da una "epistemologia del dominio" di matrice antropocentrica, sia da un "naturalismo" di ispirazione ecologista.

Attività entropiche come consumo di suolo, energia e in generale di risorse, avendo provocato a parere dei 'territorialisti' una perdita di identità (al tempo stesso culturale ed ecologica) dei luoghi hanno non solo prodotto omologazione storica e morfologica ma hanno inciso profondamente sugli spazi di prossimità in cui si dispiegano le relazioni umane (materiali e immateriali). Per tale ragione gli stessi studiosi hanno seguito, e avallano ancora oggi, un metodo d'indagine e di azione interdisciplinare che ricorre a paradigmi politico-economici alternativi al modello di sviluppo dominante di

⁽²⁸⁾ Cfr. G. PABA, *Felicità e territorio*, cit., p. 35.

⁽²⁹⁾ Cfr. A. TRAMPUS, *Il diritto alla felicità. Storia di un'idea*, (Laterza) Roma-Bari, 2008.

⁽³⁰⁾ A. TRAMPUS, *Il diritto alla felicità*, cit.

⁽³¹⁾ A. MAGNAGHI, *Il progetto locale*, (Bollati Boringhieri) Torino 2000, p. 24.

impronta neolibera che o riduce il territorio ad agglomerato decontestualizzato in cui vengono di fatto svuotati proprio quegli spazi di relazione e di prossimità o lo promuove come *eccellenza* per cui competere con altri territori secondo gli imperativi della globalizzazione economica⁽³²⁾.

In tale contesto è centrale l'idea di sviluppo locale ecosostenibile⁽³³⁾ in cui assume rilevanza la valorizzazione del patrimonio dei *luoghi* il cui fine è la rigenerazione di una qualità della vita urbana non riducibile a una governance di attività centralizzate e gerarchiche fondate sull'innovazione tecnologica fine a sé stessa in cui certamente si pongono alcuni limiti ma senza cambiare le attuali regole del gioco economico fondate su interventi tecnocratici e settoriali⁽³⁴⁾.

Appare in tale direzione dirimente, anche se non esclusivo, il richiamo da un lato ai “valori di esistenza” cui fa capo una concezione non strumentale della natura – in cui le “risorse” vengono preservate indipendentemente da un'utilità che se ne può trarre (una sorta di diritto al “non uso” delle stesse) – e dall'altro alla decrescita quale paradigma alternativo allo sviluppo sostenibile in cui, come è noto, si ripone comunque fiducia nel mercato quale criterio regolatore o ispiratore delle politiche ambientali.

Sovrapponibile alla prospettiva territorialista risulta, infatti, la linea programmatica della “rilocalizzazione” economica, culturale e politica auspicata da Serge Latouche⁽³⁵⁾ in quanto ciò potrebbe condurre a parere dello stesso non soltanto a perseguire una sostenibilità ambientale “forte” (riduzione complessiva dell'output produttivo ed energetico) attraverso una rimodulazione dei bisogni (anche non materiali) ma costituirebbe anche l'occasione fondamentale per favorire un “welfare urbano” in cui attraverso la

⁽³²⁾ Cfr. O. MARZOCCA, *Democrazia locale, federalismo solidale, cittadinanza attiva*, in A. MAGNAGHI (a cura di) *Il territorio bene comune*, cit., p. 92. Sul tema cfr. anche D. HARVEY, *Città ribelli. I movimenti urbani dalla Comune di Parigi a Occupy Wall Street*, (Il Saggiatore) Milano, 2013.

⁽³³⁾ A. MAGNAGHI, *Il progetto locale*, cit., p. 80.

⁽³⁴⁾ A. MAGNAGHI, *Crisi ecologica globale e progetto locale*, in O. MARZOCCA (a cura di), *Governare l'ambiente?*, cit., p. 55.

⁽³⁵⁾ Cfr. S. LATOUCHE, *Breve Trattato sulla Decrescita serena*, (Bollati Boringhieri) Torino, 2008 (2007), p. 49 ss.

partecipazione attiva e creativa dei cittadini-abitanti si potrebbero adottare anche nuove forme di governance locali finalizzate alla cura di spazi e beni “comuni”. E grazie a ciò favorire «anche una maggiore accessibilità al benessere che lo ‘spazio’ materiale, sociale, culturale di cui è fatta la città può procurare»⁽³⁶⁾.

Uno scenario quest’ultimo cui non è restato indifferente neanche il diritto internazionale allorché nella *World Charter for the Right to the City* del 2005 adottata in occasione del quinto Forum Sociale Mondiale a Porto Alegre è stata delineata una definizione di “diritto alla città”⁽³⁷⁾ quale figura *interdipendente* (art. 1.2) e “contestualizzata” di posizioni soggettive fondamentali già riconosciute nelle varie Dichiarazioni.

Al contrario, in altri contesti geografici, culturali e politici, come in alcuni Stati del Sudamerica non è seguito un approccio “territorialista” bensì bio-centrico. In altri termini il benessere “context-based” si riferisce all’intera comunità degli esseri viventi fino a ricomprendere la biosfera nella sua totalità; un riconoscimento che ha trovato la sua identità giuridica grazie alla consacrazione dei “diritti della natura” in alcune Costituzioni come quelle di Ecuador e Bolivia e con essi la cosmovisione dei popoli autoctoni del *buen vivir*, il cui motto esplicita un’«esistenza armoniosa, intesa come vivere in equilibrio con la comunità e con la natura, e non come vivere sempre al meglio secondo la logica di sviluppo occidentale. Il postulato di fondo [quindi] è che tutti gli esseri viventi sono parte della Pachamama e in essa si completano»⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Cfr. P. POLETTI, *Benessere urbano. Approcci, metodi e pratiche per sostenere la capacità di ‘stare bene’ nello spazio urbano*, in *Territorio* (2008), p. 9 ss.

⁽³⁷⁾ «The Right to the City is defined as the equitable enjoyment of the cities while respecting the principles of sustainability, democracy and social justice, and is a collective right of all city inhabitants especially the vulnerable and disfavoured on whom is further conferred legality for such actions and organisation as their culture and custom suggests as a means of achieving the complete enjoyment of the right to an adequate standard of living».

⁽³⁸⁾ Cfr. S. BALDIN, M. ZAGO, *Le declinazioni della sostenibilità. Esperienze latinoamericane ed europee a confronto*, in IDD. (a cura di), *Le sfide della sostenibilità*, (Filodiritto) Bologna 2014, p. 19.

Così come la decrescita concezioni come il *buen vivir*⁽³⁹⁾ o anche l'*Ubuntu* in Africa⁽⁴⁰⁾ esprimono in ultima analisi una visione del “benessere” non fondata solo su aspetti economici ma anche culturali, relazionali e sociali rispondenti ai bisogni della comunità; e si manifestano differenti rispetto non solo allo “sviluppo sostenibile” ma anche da altre elaborazioni occidentali pur simili come l’“approccio delle capacità”⁽⁴¹⁾ in quanto quest’ultima è pur sempre una concezione liberal-borghese, per quanto improntata su un individualismo etico.

Ma pur essendo culturalmente specifico a differenza della decrescita il *buen vivir* aspira ad un ruolo ancora più ampio: la rivendicazione di un cosmopolitismo “contro-egemonico” come paradigma che implica un cambiamento radicale anche nel modo di concepire le relazioni tra Stato, società civile e mercato.

In tale frangente non è soltanto la dimensione locale a garantire la validità e l’effettività di un modello comunque lontano dal riduzionismo di una concezione del benessere di impronta occidentale fondata sulla crescita economica, quanto uno Stato inteso come *Caring State*; uno Stato “interculturale” della “cura” che si discosta però anche dalle tipologie assistenzialistiche proprie del *Welfare State* occidentale per far assumere centralità ai bisogni degli esseri umani in modo *olistico*⁽⁴²⁾, ovvero includendo anche aspetti emozionali e culturali derivanti dalle tradizioni autoctone e

⁽³⁹⁾ Si tratta della traduzione spagnola (lingua coloniale) di *sumak kawsay* (in lingua quechua), e *suma qamaña* (in quella aymara).

⁽⁴⁰⁾ Concetto che affonda le radici nella cosmovisione ctonia degli zulu. Esso pur nella sua specificità culturale e antropologica esprime valori simili a quelli del *buen vivir*. Per una panoramica del tema cfr. M.B. RAMOSE, *Ubuntu*, in G. D’ALISA, F. DE MARIA, G. KALLIS (eds.), *Degrowth*, Routledge, New York, 2015; e S. BAGNI, *Dal Welfare State al Caring State*, in ID. (a cura di) *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, (Filodiritto) Bologna, 2013, p. 42 ss.

⁽⁴¹⁾ Cfr. M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, cit., la quale pone il problema della “centralità della persona” dal punto di vista della sua piena autorealizzazione, umana e non soltanto economica.

⁽⁴²⁾ Cfr. S. BALDIN, *Diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, in *Visioni LatinoAmericane. Rivista del Centro di Studi per l’America Latina*, X (2014), p. 30.

valorizzando altresì a pieno il pluralismo delle economie, incluse quelle di tipo comunitario e “solidaristiche”, basate sull’autosussistenza e la “sovranità alimentare”⁽⁴³⁾.

Un’impostazione inedita sia dal punto di vista della dogmatica giuridica, sia di quello delle rivendicazioni politiche facente capo a soggetti precedentemente esclusi come movimenti contadini e comunità indigene, ma che pone numerosi interrogativi⁽⁴⁴⁾ che richiederebbero una trattazione a parte. Ai fini dell’indagine qui affrontata ciò che rileva soprattutto notare è la scelta da parte della dottrina giuridica sudamericana sulla contaminazione teorica e pratica attraverso concetti “coloniali” (moderni e occidentali) come Stato e Costituzione e quindi della loro *persistenza* come limite al potere sia dall’alto (dell’apparato) che dal basso (delle comunità locali). Ciò ha portato a riflettere sul ruolo che gli Stati possono ancora avere nel far fronte a problemi urgenti come quelli ambientali che richiedono tanto un grado elevato di competenza tecnica quanto una certa capacità politica al fine di controbilanciare efficacemente lo squilibrio dei poteri nell’arena mondiale, e in generale come via “mediana” idonea ancora a collegare in modo coerente e non caotico il contesto locale con quello internazionale⁽⁴⁵⁾, scongiurando in questo modo anche l’indebolimento della capacità precettiva delle Costituzioni nei confronti della stessa politica⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴³⁾ Essa esprime «il diritto dei popoli, delle comunità e dei Paesi di definire le proprie politiche agricole, del lavoro, della pesca, del cibo e della terra che siano appropriate sul piano ecologico, sociale, economico e culturale alla loro realtà unica». Dichiarazione di Nyèleni Villaggio di Nyeleni, Sèlinguè, Mali 27 febbraio 2007, in *worldsocialagenda.org*.

⁽⁴⁴⁾ Non ultimo l’opportunità di considerare il rischio che la parola “cosmopolitismo” in qualunque modo declinata porti con sé in termini di compromissione con i poteri indiretti (ma altrettanto forti) dei mercati e dei flussi finanziari del capitalismo globale.

⁽⁴⁵⁾ Su questi temi cfr. R. ECKERSLEY, *The Green State. Rethinking Democracy and Sovereignty*, (The MIT Press) Toronto, 2004.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. G. AZZARITI, *Democrazia e Costituzione nei grandi spazi della contemporaneità*, in F. BRANCACCIO, C. GIORGI (a cura di), *Ai confini del diritto, Ai confini del diritto, Poteri, istituzioni e soggettività*, (DeriveApprodi) Roma, 2017, p. 135.

4. — *Lo Stato costituzionale come garante di un diritto a una sostenibilità “felice”.*

Per le ragioni su esposte è ancora nel costituzionalismo contemporaneo⁽⁴⁷⁾ che può trovarsi (per chi ritiene possa essere configurabile) il fondamento non solo di un diritto alla felicità, ma anche a una sostenibilità ecologica “forte”, ovvero fondata su una profonda revisione dell’economia e del diritto (e in generale della società) in cui risultano degne di preoccupazione non già le distorsioni del mercato (da riequilibrare attraverso meri aggiustamenti tecnologici o alleggerimenti produttivi) quanto i limiti fisici e in generale ecologici del pianeta⁽⁴⁸⁾. Ciò al fine di salvaguardare ecosistemi e risorse secondo il loro naturale e durevole ciclo rigenerativo, così da poter valutare il grado di interferenza antropica secondo tali criteri e non in base a un puro calcolo di costi-benefici individuali.

Considerazioni che indipendentemente dal relativismo culturale sopra descritto colgono anche l’essenza del problema posto in questa sede: la conciliabilità di rinunce – preferibilmente condivise anziché imposte – ai “difetti” della convivenza umana moderna con la “felicità” intesa – per semplificare un tema eterno e complesso – nei termini di “benessere” individuale e sociale.

Un primo passo da considerare è un’attenta valutazione della dimensione *collettiva* (e non solo “pubblica” in senso stretto) cui tale sentimento è collegato. Il diritto alla felicità come è stato evidenziato da alcuni giuristi⁽⁴⁹⁾ può

⁽⁴⁷⁾ Cfr. G. GEMMA, *Esiste un diritto costituzionale alla felicità?*, in *Anuario da facultade de dereito da universidade da coruña*, 2008, p. 519 ss.

⁽⁴⁸⁾ Individuati grazie a un autorevole e affermato studio condotto undici anni fa sulla rivista *Nature* da un gruppo di scienziati di fama internazionale. Essi sono individuati come segue: (I) cambiamento climatico; (II) perdita di biodiversità (terrestre e marina); (III) interferenza con il ciclo biogeochimico dell’azoto e del fosforo; (IV) riduzione della fascia di ozono nella stratosfera; (V) acidificazione degli oceani; (VI) uso delle acque; (VII) uso del suolo; (VIII) inquinamento chimico; (IX) diffusione di aerosol nell’atmosfera. Cfr. J. ROCKSTRÖM et al., *A Safe Operating Space for Humanity*, in *Nature*, CDLXI (2009), p. 472 ss. Nove “confini”, quattro dei quali di quattro (livelli di diossido di carbonio in atmosfera, di azoto e fosforo negli oceani, deforestazione e perdita di biodiversità) sono già stati superati.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. R. TIBERI, *Il diritto alla felicità*, cit.; e G. GEMMA, *Esiste un diritto costituzionale alla felicità*, cit.

ricavarsi infatti da una interpretazione sia sistematica, sia teleologica dell'impianto costituzionale sui diritti fondamentali; ed è proprio sulla base di tale interpretazione "olistica" della Costituzione che lo stesso diritto alla felicità non solo non può ridursi a una dimensione economico-utilitaristica (si pensi ai collegamenti con la salute – soprattutto nella sua ampia accezione propugnata dall'OMS –, con la sicurezza o con il lavoro) ma è necessariamente configurabile anche in termini di solidarietà collettiva⁽⁵⁰⁾. Motivo per il quale sono state avanzate proposte di riforma costituzionale che hanno riguardato sia il diritto alla felicità⁽⁵¹⁾ sia lo "sviluppo sostenibile" quale preconditione del benessere delle generazioni future.

Una tendenza che rivela tra l'altro una propensione da parte della politica a voler rendere sempre più concretizzabile dal punto di vista giuridico l'idea di uno Stato "verde".

Ma è in tale qualificazione che si annida allo stesso tempo tutta l'ambiguità che un tale termine porta con sé allorché non venga problematizzato e chiarito il tipo di visione di sostenibilità da perseguire e di conseguenza i possibili risvolti anche sul piano del benessere collettivo.

Per tale ragione secondo un'ottica di "sostenibilità forte" uno Stato "green" – almeno in base a come è stato teorizzato dalla scienza politica anglosassone sensibile alla costruzione dottrinale di un "Green State"⁽⁵²⁾ – non dovrebbe limitarsi a interventi settoriali e incoerenti ma sviluppare un'efficace pianificazione compatibile non solo con una mera "crescita verde", ma con una strategia fondata su una transizione economica, sociale e soprattutto ecologica di ampio respiro.

Il grande evento negativo del Covid-19 costituisce in tal senso un'occasione per ridefinire in modo inedito il ruolo dello Stato nell'economia e il suo disegno complessivo sulla gestione dell'emergenza, sul sostegno alla ripartenza e a una strategia per un nuovo sviluppo⁽⁵³⁾.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. R. TIBERI, *Il diritto alla felicità*, cit., p. 72; G. GEMMA, *Esiste un diritto costituzionale alla felicità*, cit.

⁽⁵¹⁾ Precisamente durante la XV e più recentemente la XVIII Legislatura.

⁽⁵²⁾ Cfr. R. ECKERSLEY, *The Green State*, cit., p. 139 ss.

⁽⁵³⁾ Cfr. P. BOCCARDELLI, D. IACOVONE (a cura di), *Lo scenario economico dopo il Covid-19. Un piano strategico per ripartire*, (Il Mulino) Bologna, 2020.

In tale direzione l'asse inerente alla transizione ecologica del Piano nazionale di ripresa e resilienza – a cui dotazione finanziaria ammonta a 69, 80 miliardi di euro – pur prevedendo una serie di importanti obiettivi – ispirati in generale dal Green deal europeo – da realizzare attraverso interventi di potenziamento e riqualificazione di settori come l'energia, i trasporti pubblici, l'acqua fino alla implementazione dell'economia circolare, pone quantomeno dubbi su un'effettiva svolta verso una sostenibilità ambientale forte.

Al di là delle pur nobili intenzioni, a parere soprattutto degli studiosi che portano avanti un discorso su un progetto di “istituzioni per la decrescita”⁽⁵⁴⁾ sembrerebbe ancora una volta di voler conciliare priorità che presentano contraddizioni stridenti (ad esempio raddoppiare il tasso di crescita con un aumento significativo dell'occupazione riducendo al contempo l'impatto ambientale) sul piano del metodo prima ancora degli scopi.

Investimenti mirati alla realizzazione di grandi infrastrutture (autostrade, linee ad alta velocità, aeroporti ecc.), alla rete 5g, a percorsi turistici all'interno dei parchi, così come a una filiera agroalimentare sostenibile e al contempo competitiva su un mercato globale che dà continuamente prova del suo fallimento ecologico tradiscono gli auspici di una visione sistemica⁽⁵⁵⁾ per rimanere –attraverso l'ingannevole richiamo alla “resilienza”⁽⁵⁶⁾ – ancora intrappolati entro l'attuale paradigma dello sviluppo sostenibile e della “crescita verde”, ovvero in linea con un approccio “win-win” tra economia ed

⁽⁵⁴⁾ Cfr. P. CACCIARI, *La loro resilienza*, su *comune-info.net*. Per un rilievo critico sul concetto di resilienza cfr. L. PELLIZZONI, *I rischi della resilienza*, in A. MELA, S. MUGNANO, D. OLORI (a cura di), *Territori vulnerabili. Verso una nuova sociologia dei disastri italiana*, (Franco Angeli editore) Milano, 2017, pp. 1-14. In generale sugli aspetti politici e non solo economici della decrescita cfr. M. DERIU, *La fine della crescita e le sfide ecologiche della democrazia*, in *Jura gentium*, XVI, 1 (2019) pp. 14-53; G. D'ALISA, F. DE MARIA, G. KALLIS (eds.), *Degrowth. A Vocabulary for a New Era*, (Routledge) New York, 2015; E. LEONARDI, *Lavoro Natura Valore. André Gorz tra marxismo e decrescita*, (Orthotes) Napoli-Salerno, 2017.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. *asvis.it*.

⁽⁵⁶⁾ L. PELLIZZONI, *I rischi della resilienza*, cit., pp. 1-14; M. MONTINI, *L'interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l'attuazione del diritto internazionale dell'ambiente*, in *federalismi.it*, p. 1 ss.

ecologia piuttosto che affrontare il problema della convivenza umana alla luce dell'impronta ecologica globale⁽⁵⁷⁾.

Quest'ultima, diversamente da un generico richiamo al "progresso" richiama infatti una visione d'insieme sulle relazioni complessive tra gli esseri viventi utile anche a un benessere individuale e collettivo più stabile e duraturo⁽⁵⁸⁾.

L'insufficienza e anche il rischio del primo approccio è evidenziato altresì dai fautori della *Earth jurisprudence*, movimento culturale che ha posto il problema di gettare nuove basi per il diritto ambientale seguendo una prospettiva "ecocentrica"⁽⁵⁹⁾ il cui auspicio – di abbandonare una visione settoriale e avulsa dal contesto "ecosistemico" – è dettato anche dalla necessità di ovviare alla esacerbazione di innumerevoli conflitti ambientali nel mondo che sono causati – al di là del singolo caso – da diverse visioni e linguaggi sulla sostenibilità. In altri termini di differenti modi di concepire il rapporto tra economia e ambiente⁽⁶⁰⁾.

In tale direzione si pone l'interrogativo su quali tipi di interventi debba basarsi allora uno Stato costituzionale "verde" nell'adottare nuovamente

⁽⁵⁷⁾ L'impronta ecologica indica in base a un calcolo matematico la superficie planetaria necessaria alla produzione delle risorse e all'assorbimento dell'anidride carbonica immessa nell'atmosfera e dai rifiuti prodotti dalle attività antropiche. Si rileva un preoccupante trend di crescita costante: dagli anni Sessanta l'impronta ecologica è raddoppiata, e oggi supera la biocapacità della Terra del 50%. Sulla base di questi calcoli, allo stato, stiamo fruttando le risorse e le capacità planetarie come se avessimo a disposizione un pianeta Terra e mezzo. Inoltre, se il trend non dovesse invertirsi, entro il 2030 il genere umano avrà bisogno della capacità di due pianeti Terra per assorbire l'anidride carbonica immessa per fare fronte al consumo delle risorse mondiali. Cfr. W. REES, *L'impronta ecologica*, (Ed. Ambiente) Milano, 2000.

⁽⁵⁸⁾ La prima e più importante funzione vitale per l'essere umano in particolare è rappresentata dai "servizi" (acqua, aria e luce ecc.) che producono gli ecosistemi a supporto del mantenimento dell'equilibrio di materia ed energia presente sul pianeta.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. C. CULLICAN, *I diritti della natura*, (Zeitgeist) Prato, 2012 (Devon 2011); C. VOIGT (ed.), *Rule of Law for Nature. New Dimensions and Ideas in Environmental Law*, (Cambridge University Press) Cambridge, 2013; e A. ZELLE, G. WILSON, R. ADAM, H. GREENE (eds.), *Earth Law: Emerging ecocentric law-a guide for practitioners*, Wolters Kluwer, 2020.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. J.M. ALIER, *Ecologia dei poveri, La lotta per la giustizia ambientale*, ed. it. cura di M. Armiero, (Jaca Book) Milano 2009, p. 301.

politiche keynesiane in grado di risollevare gli investimenti e di conseguenza la domanda aggregata e l'occupazione⁽⁶¹⁾. Basti pensare alla differenza tra i due progetti di *Green Deal* americano ed europeo, l'uno protrato (almeno in linea teorica) a reindirizzare effettivamente l'intero sistema socio-economico verso una riconversione ecologica – ad esempio puntando al più che ambizioso tentativo di ridurre a zero le emissioni di carbonio entro il 2030 – e a sostegno anche di una sostenibilità sociale ed equa; l'altro ad avallare un'“economia verde” richiedendo partenariati pubblico-privati⁽⁶²⁾ finalizzati – sempre in un'ottica di crescita – a “disaccoppiare” attività produttive e impatto ambientale, senza però una complessiva valutazione né sul consumo aggregato, né sui noti vincoli di natura fiscale sui bilanci degli Stati membri.

Un tale confronto – che comunque per la varietà e complessità dei temi richiederebbe un approfondimento a sé stante – ha delle ricadute anche sull'èthos individuale poiché le condotte *ecologically correct* rimesse soprattutto alla responsabilità del singolo individuo finiscono (per certi aspetti) di riflesso anch'esse per rispecchiare le peculiarità storiche del neoliberalismo, fondato sull'efficienza del capitale umano⁽⁶³⁾ e sul benessere concepito come *fitness*: «quel benessere che si iscrive nel registro dell'utile e del piacere [...] come se fosse ovvio che è tutto lì [salvo poi quando si pone la domanda “cos'altro?”] rivela che ci sono fantasmi che la contraddicono»⁽⁶⁴⁾. E tale compito finalizzato allo smascheramento e al contempo alla ricostruzione di una sfera pubblica (che concerne anche l'abitare un *mondo comune*)⁽⁶⁵⁾ è proprio della politica e del diritto; in particolare di una lotta per l'integrazione

⁽⁶¹⁾ L'idea di un Green new deal è riconducibile sul piano teorico al giurista americano Robert Hockett docente presso la Cornell University nello Stato di New York.

⁽⁶²⁾ Strumento bocciato peraltro dalla stessa Corte dei conti europea.

⁽⁶³⁾ In cui l'allocatione ottimale di risorse personali e familiari necessariamente limitate (tempo, abilità, competenze, denaro ecc.) non può che accrescerne la “qualità” in termini di *performance*. Cfr. O. MARZOCCA, *Il mondo comune*, cit.

⁽⁶⁴⁾ «[...] Siamo certi che desideriamo la *fitness* oppure lavoriamo segretamente contro noi stessi, contro il nostro utile e piacere, sconfessandoli e sconfessando in definitiva la vita?». Cfr. L. BAZZICALUPO, *Dispositivi e soggettivazioni*, (Mimesis) Milano 2013, p. 32.

⁽⁶⁵⁾ O. MARZOCCA, *Il mondo comune*, cit., p. 221 ss.

della diversità dei linguaggi di valutazione sui rischi⁽⁶⁶⁾, dei diversi punti di vista sulla sostenibilità ambientale che non si limitino ad accettare il diffuso consenso su procedure già prestabilite, ma ad entrare nel merito delle relazioni di potere che tale consenso creano e diffondono.

Una categoria ancora in fase di sviluppo (benché non giovanissima) che tenta di non ridurre lo spazio dell'agire pubblico nell'epoca della globalizzazione economica e giuridica – ora anche pandemica – alla solitudine delle proprie autobiografie⁽⁶⁷⁾ emotive e intellettuali è la “democrazia ecologica” o “ecodemocrazia” definita come «quel *tipo di democrazia deliberativa* che comprende tutte le *vittime potenziali* di un'attività antropica rischiosa, ancorché evitabile, ovvero di tutti coloro che umani e “non umani” potrebbero essere *presumibilmente* “toccati” dalle conseguenze di detta azione (imprenditoriale, tecnica, politica ecc.) ed evitabili dall'attore pubblico o privato che la pone in essere»⁽⁶⁸⁾. Forme di condizionamento che non possono che coinvolgere anche la felicità nella sua incerta eppur sussistente relazione con la sostenibilità ambientale.

5. — *Felicità e partecipazione.*

Ancor più profondo e complesso appare infine il legame che intercorre tra felicità e democrazia e in particolare con un aspetto particolare della seconda: la partecipazione.

Il collegamento tra benessere e democrazia – al di là delle forme e delle concezioni che si possono avere su ciò che resta comunque un ideale politico – rende ancora più evidente l'interferenza tra la sfera privata con quella pubblica fin dai tempi dell'antichità e ancor di più – come sopra descritto – in tutte le fasi evolutive della modernità a partire dal governo del “popolo”

⁽⁶⁶⁾ Cfr. J.M. ALIER, *Ecologia dei poveri*, cit., p. 286.

⁽⁶⁷⁾ U. BECK, *The Reinvention of Politics: Rethinking Modernity in the Global Society Order*, Cambridge, England: Polity, 1997, p. 95.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. S. MESSINA, *Eco-democrazia*, cit., p. 152.

di matrice illuminista, fino al riconoscimento dei diritti sociali e “ambientali” nel *Welfare-Green State* contemporaneo.

Date queste premesse essa si può senz'altro considerare un «incubatore istituzionale e sociale di miglioramento qualitativo della vita umana»⁽⁶⁹⁾ attesi anche gli studi comparativi che sono stati compiuti in riferimento a indici di soddisfazione personale⁽⁷⁰⁾, compreso anche il piacere che si può provare grazie a quel particolare tipo di interazione che è la partecipazione, ad esempio declinata in termini di lavoro collettivo per la produzione e la cura di “beni comuni”.

Onde evitare il rischio paventato in precedenza di un localismo eccessivamente autoregolante e anarchico ci si è interrogati su una possibile *spinta verso l'alto* della partecipazione – concetto che assume diverse sfumature di significato in base alla forma di democrazia che si considera (se elettiva, deliberativa o partecipativa in senso stretto) al fine di poter riuscire a configurare possibili “sistemi deliberativi”⁽⁷¹⁾ che rendano conto della dimensione globale della crisi ecologica.

Mentre a livello internazionale si diffondono gradualmente “reti di città” per risolvere problemi comuni o che presentano un certo grado di interconnessione territoriale⁽⁷²⁾ a livello sovranazionale ci si interroga su una

⁽⁶⁹⁾ M. CARDUCCI, «Demodiversità» e futuro ecologico, in S. BAGNI (cura di), *How to govern the Ecosystem? A Multidisciplinary Approach*, (Dipartimento di Scienze giuridiche – Università di Bologna) Bologna, 2018, p. 62 ss.

⁽⁷⁰⁾ *Worldhappiness.report*.

⁽⁷¹⁾ Il metodo dei “sistemi deliberativi” offre una nitida prospettiva sui processi partecipativi, (democratici o meno, ma costituenti un comune *public space*) che intervengono a partire da qualsiasi livello territoriale (non solo quindi all'interno dello Stato) e indipendentemente da istituzioni dotate di potere legittimo (*empowered space*). Sul tema cfr. J. MANSBRIDGE et al., *A Systemic Approach to Deliberative Democracy*, in *Deliberative Systems*, J. Parkinson, J. Mansbridge (eds.), Cambridge University Press, Cambridge 2012, p. 1 ss. e *Democracy and Earth System Governance*, www.researchgate.net/publication/253389957 (2009).

⁽⁷²⁾ Un esempio è dato dal coordinamento Uclg (United Cities of Global Network), che si è ultimamente occupato di sviluppo urbano, di contestualizzazione dei diritti umani nel sistema locale e di possibili forme maggiormente inclusive di partecipazione democratica dei cittadini, delineando in questo modo uno spazio di manovra che ha avuto come interfaccia i destinatari di istanze provenienti dalla società civile e il loro “diritto alla città”.

possibile politica per le autonomie locali nel contesto dell'Unione europea. Un'analisi quest'ultima che ha trovato sbocco nei numerosi programmi e strumenti che la UE predispone (es. Agenda urbana europea, fondi strutturali di coesione, Direttive che rafforzano il potere delle autonomie locali ecc.), nonché in una "integrazione per valori"⁽⁷³⁾ che se conduce da un lato a una maggiore armonizzazione a livello di principi (la quale sta anche a parere di alcuni studiosi gradualmente delineando un nuovo diritto *pubblico* europeo dell'economia)⁽⁷⁴⁾ è ben lontana dal rappresentare ancora una sorta di un nuovo potere costituente.

In ogni caso per poter però parlare di diritto a una sostenibilità felice – che secondo la prospettiva qui avanzata identifichiamo con la sua connotazione "forte" – non appare sufficiente la partecipazione fine a sé stessa⁽⁷⁵⁾.

Se è vero che è stata compiuta un'analisi che comprova alti livelli di soddisfazione con un'"utilità procedurale"⁽⁷⁶⁾ ciò nondimeno la dimensione che lega partecipazione e cura dei contesti locali rimane non solo circoscritta a singoli ambiti determinati⁽⁷⁷⁾, ma risulta spesso non essere in accordo con l'approccio prudenziale richiesto dall'ecologia, ovvero la valutazione non soltanto sui benefici sociali sul piano della tutela, dell'accesso e del coinvolgimento della comunità dei cittadini/abitanti ma anche sulle conseguenze imprevedibili a livello "sistemico" le quali rimangono circoscritte a una o più singole gestioni collettive poco lungimiranti dal punto di vista dell'azione ecologica alle interrelazioni del mondo naturale.

⁽⁷³⁾ Cfr. F. GIGLIONI, *Beni comuni e autonomie nella prospettiva europea: città e cittadinanze*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, (Università degli Studi di Trento – Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza) Trento, 2016, p. 151 ss.

⁽⁷⁴⁾ Sul tema cfr. A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016.

⁽⁷⁵⁾ Per un'analisi più approfondita cfr. M. CARDUCCI, *Come governare l'ecosistema? Un approccio multidisciplinare*, (Università di Bologna – Dipartimento di Scienze Giuridiche) 2018, pp. 62-91.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. B.S. FREY, A. STUTZER, *Economia e felicità. Come l'economia e le istituzioni influenzano il benessere*, (Il Sole 24 Ore) Milano, 2006, p. 206.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. M. CARDUCCI, *È (im)possibile la repubblica dei beni comuni? Da Kouroukanfouga alle autogestioni locali e ritorno*, in *H-ermes*, 2018, pp. 1-21.

Lo dimostra la stessa carenza nel nostro ordinamento di istituti partecipativi mirati a una riorganizzazione complessiva sui rapporti tra sistemi sociali e ambiente naturale. Pur prevedendo infatti una divisione delle competenze e un coinvolgimento di soggetti provenienti dalla società civile lo scopo è raggiungere un risultato finale sulla base di un giusto procedimento e di valutazioni tecniche parziali che non considerano fino in fondo il singolo caso in termini di “contesto di vita” (e non soltanto di vita sociale o di salvaguardia della comunità umana) e di ciò che potrebbe essere adeguatamente raccolto e valutato sulla base di un maggiore potenziamento dell’informazione (prima ancora della partecipazione) riguardo le determinazioni “vincolanti” della scienza.

La stessa condivisione per valori inoltre non è insufficiente se non si considera la possibilità di avvicinare le norme europee a una logica giuridica maggiormente “prescrittiva” e meno “ottativa” (ossia su meri principi orientativi e sulla completa equivalenza tra economia ed ecologia)⁽⁷⁸⁾ come ad esempio una reinterpretazione dell’art. 37 della Carta di Nizza secondo termini più precisi e in direzione di una “sostenibilità forte”.

6. — *Conclusioni.*

In attesa che possa realizzarsi tale paradigma attraverso uno sforzo congiunto tra dottrina e attivismo politico ci si chiede quanto una visione basata sulla scienza ecologica possa effettivamente garantire una “fioritura” (per mutuare un termine proprio dell’approccio delle capacità) di comunità umane ed ecologiche garantendone al contempo la conservazione dal punto di vista sia della biodiversità naturale, sia culturale.

Senza esserci voluti addentrare nel dibattito sui rapporti tra scienza – in particolare ecologica – e diritto (cui rimandiamo alle sedi opportune) il compito di tale intervento è stato quello di dimostrare come una visione

⁽⁷⁸⁾ Cfr A.S. BRUNO, L. CASSETTI, *La tutela dell’ambiente tra incertezze globali e valore prescrittivo delle Costituzioni nazionali*, in *Federalismi* (editoriale del 21 dicembre 2018), *federalismi.it*.

improntata a una “sostenibilità debole” non muti l’assetto attuale in ordine alla gestione precauzionale delle risorse naturali e di conseguenza lasci anche impregiudicata una concezione strumentale del benessere finalizzata esclusivamente alla responsabilità e all’utile individuale. Al contrario un orientamento sulla sostenibilità improntata sui confini planetari potrebbe – a discapito dell’apparente scenario di rinuncia che prospetta – promettere differenti modi di relazionarsi e di “abitare il mondo” favorendo al contempo inediti assetti sociali e istituzionali. In tale frangente è la prospettiva della “democrazia ecologica” o “ecodemocrazia” a offrire l’occasione per rivendicare, costruire e conseguire un simile risultato. Essa si fonda su un metodo finalizzato a rappresentare anche gli esseri viventi non umani e quindi nel tener conto di una nozione di “interesse” che oltrepassi la mera dimensione antropocentrica dei rapporti politici e giuridici, ma che includa in sé anche istanze di giustizia economica e sociale. Un’ambiziosa categoria giuspolitica che sta ora affrontando le contraddizioni che si pongono da un lato tra deliberazione e antagonismo e dall’altro tra pedagogia della paura e passioni empatiche per *l’alterità*. Contraddizioni che potrebbero sul piano pratico essere forse risolte con una spinta verso l’alto o una “risalita in generalità” di soggetti politici rinvigoriti da scopi ecologico-sociali e da una organizzazione maggiormente strutturata. Organizzazione che potrebbe far crescere quelle che al momento sono considerate soltanto “pratiche sperimentali” fino a un processo costituente destinato a un’apertura verso una possibilità di una vera e propria rilegittimazione del potere politico, in direzione di un nuovo patto sociale, un “patto con la natura” che cancelli le illusioni di un benessere immediato, per ristabilire una prosperità duratura.

SIMONA FANNI^(*)

THEORIZING A HUMAN RIGHT-BASED APPROACH TO SUSTAINABLE URBAN DEVELOPMENT IN EUROPE

Abstract: This study explores the approach to sustainable urban development adopted by the European Court of Human Rights (ECtHR) and the European Court of Justice (ECJ) in their respective case law. Both Courts have developed interesting views and have provided judicial protection in relation to environmental quality in the city, consistently with their specific competences. From this perspective, this paper aims to analyse how the ECtHR and the ECJ are concurring to define an interesting regional judicial approach to sustainable urban development, and also suggests some viable paths that may help to enhance the results achieved, especially through a human rights-based approach and, to some extent, through judicial dialogue.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The conceptualization of the right to the city and a human rights-based approach to sustainable urban development. – 3. Issues of sustainable urban development in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. – 4. Sustainable urban development in the case law of the European Court of Justice. – 5. Conclusions.

1. — *Introduction.*

Sustainable urban development is at the top of the legal and scientific agenda of the international community. This is not surprising when one thinks of the proportions of urbanization: in fact, despite cities occupy approximately the 2% of the Earth's land, they are responsible for the 70% of greenhouse gas emissions and of the global waste, as well as for over the 60% of global energy consumption. However, at the same time, they generate up to the 70% of gross domestic product⁽¹⁾.

^(*) University of Cagliari.

⁽¹⁾ See: *The New Urban Agenda*, available at habitat3.org.

Currently, at the global level, around 55% of all people live in urban areas⁽²⁾ and 5 billion people are projected to live in cities by 2030; according to the UN, 70% of world population is expected to live in cities by 2050. All these factors are capable of having a huge impact on the environment and on the human beings, from many viewpoints, including human health: in this sense, it is significant to recall that, as of 2016, 90% of urban dwellers were breathing unsafe air, which resulted in 4.2 million premature deaths due to ambient air pollution, and that «more than a half of the global urban population were exposed to air pollution levels at least 2.5 times higher than the safety standard»⁽³⁾.

Focusing on Europe, figures are not less eloquent: over two-thirds of the EU's population live in urban areas, and they are responsible for about 80 % of energy use and for up to 85 % of European gross domestic product (GDP)⁽⁴⁾.

It goes without saying that this scenario affects urban living conditions from many viewpoints. As recalled above, air quality is a clear example, as well as noise pollution⁽⁵⁾; they pose major threats to the quality of urban dwellers' living conditions and may affect human health⁽⁶⁾.

⁽²⁾ United Nations, Department of Economic and Social Affairs, *68% of the world population projected to live in urban areas by 2050*, says UN, 16 May 2018, New York, available at un.org.

⁽³⁾ See United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Statistics Division, *Sustainable Development Goal 11, Make cities and human settlements inclusive, safe, resilient and sustainable*, available at unstats.un.org.

⁽⁴⁾ European Commission, EU Regional and Urban Development, Urban Development, available at ec.europa.eu.

⁽⁵⁾ K.M. DE PAIVA VIANNA, M.R. ALVES CARDOSO, R.M. CALEJO RODRIGUES, *Noise pollution and annoyance: An urban soundscapes study*, in *Noise & Health*, 2015, pp. 125-133, available at ncbi.nlm.nih.gov. Also see: J.M. BARRIGÓN MORILLAS, G. REY GOZALO, D. MONTES GONZÁLEZ, P. ATANASIO MORAGA, R. VÍLCHEZ-GÓMEZ, *Noise Pollution and Urban Planning*, in *Current Pollution Report*, 2018, pp. 208-219.

⁽⁶⁾ Moreover, under those circumstances, inequalities and discrimination may preclude or hamper the access to some basic services and resources, like housing and clean water. X. BAL, I. NATH, A. CAPON, N. HASAN, D. JARON, *Health and wellbeing in the changing urban environment: complex challenges, scientific responses, and the way forward*, in *Current Opinion in Environmental*

What is more, since urban areas represent the productive and economic core of our modern society, they often result to be overpopulated. Their uncontrolled and unplanned growth may lead to undesirable consequences, as the rapid, unregulated peri-urban growth and urban sprawl⁽⁷⁾, which may cause the reduction or the loss of rural areas as well as of wildlife and biodiversity⁽⁸⁾, and, under some circumstances, wildlife-livestock-human interfaces⁽⁹⁾.

Sustainability, 2012, pp. 465-472, available at sciencedirect.com. The quality of life in urban area might be negatively affected by various other factors too, as the shortcomings related to convenient public transport (which, as of 2019, is available for only half of the world population) as well as the difficulties in accessing open public spaces (only 47% of the urban population live within easy walking distance, approximately 400 metres, from them). In this respect, see: United Nations, Department of Economic and Social Affairs Sustainable Development, Sustainable Development, *Sustainable Development Goal 11, Make cities and human settlements inclusive, safe, resilient and sustainable, Overview*, available at sdgs.un.org. It goes without saying that living conditions are particularly poor in slums, where up to 24% of urban population lived, as of 2018. J.A. MCGEE, C. ERGAS, P.T. GREINER, M.T. CLEMENT, *How do slums change the relationship between urbanization and the carbon intensity of well-being?*, in *Plos One*, 8 December 2017, journals.plos.org.

⁽⁷⁾ “Urban sprawl” happens when cities and towns rapidly extend to the surrounding areas, often due to the expansion of the suburbs, with a dispersion of the urban population. This phenomenon determines an increase in the reliance on private vehicles for transportation and has been linked to increased energy use, pollution and traffic congestion. J.P. RAFFERTY, *Urban Sprawl*, in *Britannica*, available at britannica.com.

⁽⁸⁾ World Economic Forum, K. RANDALL, *How urban expansion threatens wildlife and assists climate change*, 28 November 2018, available at weforum.org; J. RAFFERTY, *The problem of urban sprawl*, in *Encyclopaedia Britannica, Saving Earth*, available at www.britannica.com. A. CAETANO ROMERO, T. MARTINS ISSII, E.F. LOPES PEREIRA-SILVA, E. HARDT, *Effects of urban sprawl on forest conservation in a metropolitan water source area*, in *Revista Árvore*, 2018, available at www.scielo.br. F. MUTUGA, *The effect of urbanization on protected areas. The impact of urban growth on a wildlife protected area: a case study of Nairobi National Park*, IIIIEE Theses 2009:15, Supervisor M. BACKMANN, Thesis for the fulfilment of the Master of Science in Environmental Sciences, Policy & Management Lund, Sweden, June 2009 MESPOM Programme: Lund University – University of Manchester – University of the Aegean – Central European, available at core.ac.uk. R. EWING, J. KOSTYACK, with D. CHEN, B. STEIN, M. ERNST, *Endangered by Sprawl. How runaway development threatens America's wildlife*, National Wildlife Federation, Smart Growth America, and NatureServe, Washington, D.C., January 2005, available at www.nwf.org.

⁽⁹⁾ J.M. HASSELL, M. BEGON, M.J. WARD, E.M. FÈVRE, *Urbanization and Disease Emergence: Dynamics at the Wildlife-Livestock-Human Interface*, in *Trends in Ecology and Evolution*, 2017, pp. 55-67, available at www.sciencedirect.com. It seems interesting to recall that some studies have dealt

Importantly, scholarship has stressed that tackling urbanization is going to be a major challenge in the post-COVID-19 era⁽¹⁰⁾; in this sense, it cannot be overlooked how urban areas are severely affected by the current pandemic, more intensely than rural areas. In fact, over 90% of COVID-19 cases are in urban areas.⁽¹¹⁾

In light of this complex scenario, this paper argues that the language of sustainability and a human rights-based approach may represent viable ways to tackle the challenges posed by urbanization.

For this purpose, an overview of the conceptualization of the right to the city and of the theorization of sustainable urban development from the perspective of international law is provided in paragraph 2. The efforts made to conceptualize “the right to the city” and the responses provided in the framework of the United Nations are explored in this paragraph, for the purpose of assessing the definition of a globally concerted human rights-based approach to sustainable urban development.

with the connection between rapid urbanization in the global South and some epidemiological risks that it is posing as, for example, in relation to zoonosis. A. SOHEL, J.D. DÁVILA, A. ALLEN, M.M. HAKLAY, C. TACOLI, E.M. FÈVRE, *Does urbanization make emergence of zoonosis more likely? Evidence, myths and gaps*, in *Environment and Urbanization*, 2019, available at journals.sagepub.com. Also see: L. WALDMAN, *Urbanisation, the Peri-urban Growth and Zoonotic Disease*, Institute of Development Studies, IDS Practice Paper in Brief 22, Brighton, 2015, available at www.ids.ac.uk.

⁽¹⁰⁾ A. RASTANDEH, M. JARCHOW, *Urbanization and biodiversity loss in the post-COVID-19 era: complex challenges and possible solutions*, in *Cities Health*, 2020, available at www.tandfonline.com. M. VAN STADEN, *What now for cities?*, UNA-UK, SDGs: building back better, 23 October 2020, available at www.sustainablegoals.org.uk. UN News, *Sustainable urbanization critical to COVID-19 recovery, better quality of life*, 31 October 2020, available at news.un.org.

⁽¹¹⁾ See: United Nations, Department of Economic and Social Affairs Sustainable Development, Sustainable Development, *Sustainable Development Goal 11, Make cities and human settlements inclusive, safe, resilient and sustainable, Overview*, cit.; United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Sustainable Development Goal 11, Statistics Division, *Make cities and human settlements inclusive, safe, resilient and sustainable*, cit. It was also suggested that the adverse conditions related to urbanization might have created the “perfect storm” for the current pandemic. In this respect, R. KEIL, M. KAIKA, T. MANDLER, Y. TZANINIS, *Global urbanization created the conditions for the current coronavirus pandemic*, *The Conversation*, 18 June 2020, available at <https://theconversation.com/global-urbanization-created-the-conditions-for-the-current-coronavirus-pandemic-137738>, last accessed 24 February 2021.

Subsequently, in paragraph 3, the focus is put on the European system of human rights protection, namely, the system of the European Convention on Human Rights (ECHR) and the European Court of Human Rights (ECtHR), in the framework of the Council of Europe (COE).

This system, in fact, stands out for the interesting and proactive approach developed by the ECtHR in its case-law with regard to the human rights dimension of urbanization, including some aspects concerning sustainable development. Indeed, so far, the Court has adopted several interesting decisions in relation to the urban context, by relying on the environmental potential of the European Convention on Human Rights (ECHR) and the “greening” of the catalogue of human rights it embodies, especially the right to private and family life, the right to an effective remedy and the right to property, respectively protected under Article 8 and Article 13 of the ECHR and under Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention.

In paragraph 4, the focus is put on the results achieved by the other European major Court, that is the European Court of Justice (ECJ). The reflection is contextualized by analysing the relevant primary and secondary EU law sources.

From this perspective, the paper explores viable ways of judicial dialogue between the ECtHR and the CJEU, especially consistently with the provisions enshrined in Article 6(3) of the Treaty on the European Union and Article 52(3) of the CFR.

Finally, some conclusions are drawn.

2. — *The conceptualization of the right to the city and a human rights-based approach to sustainable urban development.*

It was 1968 when Henri Lefebvre first elaborated the conception of the right to the city in his major work “Le droit à la ville”⁽¹²⁾. Back then, in that context, the “right to the city” built upon the interconnection of economic

⁽¹²⁾ H. LEFEBVRE, *Le droit à la ville*, Paris, 1968.

and productive forces and factors within the city, and had primarily a philosophical core. Nevertheless, this conception already encompassed some of the components of sustainable urban development, insofar as it captured the tension between economic factors and living conditions in the city. In fact, Henri Lefebvre – who addressed this conflict from a Marxist viewpoint – drew the line between inhabiting the urban society and the urban habitat, as the latter is defined according to «the rational conceits of planners” and the “commercial ambitions of developers»⁽¹³⁾.

Only few years later, in the early 1970s, also the international community began to move its first steps towards the dimension of sustainability from a legal, globally concerted perspective⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ The starting point of Lefebvre’s view was influenced by his Marxist background, insofar as he argued that «rights appear and become customs and prescriptions, usually followed by enactments», which reflected the idea of “rights” as «an historical moment, a contradiction of the late capitalism». L.A. KING, *Henri Lefebvre and the Right to the City*, in S. MEAGHER, S. NOLL, J. BIEHL, *Philosophy of the City Handbook*, London, 2020, p. 81. However, the right to the city was not quickly dismissed by Lefebvre as a “pseudo-right”, as the right to nature, but it was seen as something more valuable than a mere bourgeoisie instrument or a bourgeoisie negative right, which was capable of providing appropriate recognition and a suitable reference paradigm to the needs of the inhabitants of the city. To Lefebvre, in this sense, the right to the city was a moral right, as scholarship interestingly stressed. See the same reference at p. 90.

⁽¹⁴⁾ In order to contextualize the reflection in its wider landscape, it is significant to recall the concept of environmental justice, due to its interconnection with the urban context. Environmental justice is closely linked to the issues of socioeconomic vulnerability, environmental health and exposure to environmental hazards related to industrial development, especially in the urban framework. This concept is focused on the idea that all people deserve to live in a clean and safe environment, free from industrial waste and pollution, and addresses and explores the inequitable distribution of environmental hazards and burdens, that often affect disproportionately minorities and vulnerable groups. Since the early days, the movement of environmental justice has been characterized by the connection with racial discrimination, the environmental movement and the Civil Rights movement of the 1960s, where the roots of environmental justice are to be sought and where the language of socio-environmental justice began to appear. In this regard, this early stage, in the United States of America, was marked by the passing of the Civil Rights Act of 1964 and of some environmental legislation of crucial relevance. Subsequently, in the 1980s, environmental justice started as a grassroots movement. In particular, the movement was galvanized by the protest of 1982, in Warren County, in

In fact, the most recent achievements of the United Nations (UN) in the elaboration of a human rights-based approach to sustainable urban development are the outcome of a long process that began in 1972, at the Stockholm Conference. On that occasion, the important concept of “human environment” was affirmed, and the Stockholm Declaration on the UN Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration) recognized the interaction between human rights and the environment⁽¹⁵⁾. Therefore, in this sense, the Stockholm Declaration can be seen as «the starting point of a rights-based approach to environmental protection»⁽¹⁶⁾, as it affirms the principle that «Man [should] have the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations»⁽¹⁷⁾, a conception that ech-

North Carolina, where the predominantly Afro-American community was selected to host a hazardous waste landfill. In light of these considerations, the protection of human rights in the city may be an effective way for promoting both distributive and procedural environmental justice, which respectively concern equitable environmental protection and the participation in the decision-making process related to the environment. In this respect, see S. HAWKINS, *Plural Understandings of Social-Environmental Justice*, in D. IGLESIAS MÁRQUEZ, B. FELIPE PÉREZ, L. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, *Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice: Issues of Theory, Law and Governance*, cit., pp. 26 ff. For an in-depth analysis of the concept of environmental justice, see: I. BERETTA, *Some Highlights on the Concept of Environmental Justice and its Use*, in *e-cadernos CES*, 2012, available at <http://journals.openedition.org/eces/1135>, last accessed 1 April 2021. Also see: J. ARNEY, *Environmental Justice – social movement*, in *Encyclopaedia Britannica*, available at <https://www.britannica.com/topic/environmental-justice>, last accessed 1 April 2021. The reader might also find interesting to see: G. HAUGHTON, *Environmental Justice and the Sustainable City*, in *Journal of Planning Education and Research*, 1999, pp. 233-243.

⁽¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 81.

⁽¹⁶⁾ See: Council of Europe, *Compass: Manual for human rights education with young people, Environment, Human Rights and the Environment*, available at coe.int.

⁽¹⁷⁾ See Council of Europe, *Compass: Manual for human rights education with young people, Environment, Human Rights and the Environment*, cit. Importantly, the Stockholm Declaration also stated that «Governments and peoples to exert common efforts for the preservation and improvement of the human environment, for the benefit of all the people and for their posterity».

oes the core of sustainable development with respect to intergenerational equity⁽¹⁸⁾.

Three years later, in 1975, the General Assembly of the United Nations created the Habitat and Human Settlements Foundation (UNHHSF)⁽¹⁹⁾, the first official UN body dedicated to urbanization⁽²⁰⁾, and, in 1976, at the Habitat I Conference, the first United Nations Conference on Human Settlements, expressly shone the spotlight on urban settlements, while also addressing accessibility, equality, participation and accountability. In particular, the Vancouver Declaration, adopted at the Habitat I Conference, provided a

⁽¹⁸⁾ For an in-depth analysis of the concept of intergenerational equity, see E. BROWN WEISS, *Intergenerational Equity*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, last updated February 2013. It seems interesting to recall that, in the 1970s, the concept of sustainable development had not yet been explicitly elaborated. Nevertheless, the core of this idea was not overlooked at the Stockholm Conference, where the participants had taken into account «development as the main strategy for developing nations to combat environmental degradation». D. IGLESIAS MÁRQUEZ, B. FELIPE PÉREZ, L. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, *Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice: Issues of Theory, Law and Governance*, Cambridge, 2018, Preface. However, it was not until 1987, when the Brundtland Commission published *Our Common Future*, also known as the Brundtland Report, that the conceptualization of sustainable development was provided for the first time. In particular, sustainable development is described as the «development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs». The elaboration of this concept was achieved by mediating a compromise between «the contradictions present in the interactions of the rapidly deteriorating environmental health of the planet and the continued desired for sustained economic growth». That resulted in the incorporation of three components, namely «economic development, social development and environmental protection». See, again, D. IGLESIAS MÁRQUEZ, B. FELIPE PÉREZ, L. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, *Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice: Issues of Theory, Law and Governance*, cit., p. 74. Interestingly enough, in scholarship it was argued that «Speaking of sustainable development is an exercise in ambiguity». D. IGLESIAS MÁRQUEZ, B. FELIPE PÉREZ, L. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, *Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice: Issues of Theory, Law and Governance*, cit., Preface.

⁽¹⁹⁾ See: UN Habitat – For a better urban future, *History mandate role in the UN system*, available at unhabitat.org. The web page recalls that «Then under the umbrella of the United Nations Environment Programme (UNEP), its task was to assist national programmes relating to human settlements through the provision of capital and technical assistance, particularly in developing countries». The UNHHSF was only given an initial budget of 4 million US dollars for a total period of four years.

⁽²⁰⁾ See UN Habitat – For a better urban future, *History mandate role in the UN system*, cit.

definition of “adequate shelter” and, importantly, the Guidelines for Action of the Declaration of Principles of the Vancouver Declaration affirmed that «adequate shelter and services are a basic human right which places an obligation on Governments to ensure their attainment by all people», framing the discourse on urbanization in human rights terms⁽²¹⁾. Furthermore, under the impulse of Habitat I Conference, the United Nations Commission on Human Settlements, an intergovernmental body, and its executive secretariat, the United Nations Centre for Human Settlements were created in 1977, setting the stage for the future creation of UN-Habitat⁽²²⁾.

It is remarkable that, despite in those times urban growth was not as prominent in the international agenda as it is today, since two-thirds of world population was still rural, the UN captured the need to address the «rapid and often uncontrolled growth of cities»⁽²³⁾.

In 1996, Habitat II Conference on Human Settlements was convened in Istanbul, for the purpose of assessing the progress made after Habitat I Conference, and for setting new goals for the new Millennium⁽²⁴⁾. The spotlight was shone on accessible urban services, infrastructure and the right to housing, and special emphasis was put on equality⁽²⁵⁾. The Habitat II Conference stressed the centrality of human rights, especially the progres-

⁽²¹⁾ For an overview, see: United Nations, Conferences, Habitat, *United Nations Conference on Human Settlements - Habitat I Vancouver, Canada, 31 May-11 June 1976, Background – Adequate shelter as a basic human right*, available at un.org.

⁽²²⁾ UN Habitat – For a better urban future, *History mandate role in the UN system*, cit. The process culminated in the adoption of UN AG Res. A/56/206, in 2002, which strengthened Habitat’s mandate and elevated its status to a fully-fledged UN Programme.

⁽²³⁾ See, again, UN Habitat – For a better urban future, *History mandate role in the UN system*, cit. The UN had captured the need to “think global but act local”. For an analysis of this interesting concept, see R.C. GROOM, *From the Editor. Think Global and Act Local*, in *The Journal of Extra Corporeal Technology*, 2012, available at ncbi.nlm.nih.gov.

⁽²⁴⁾ See, again, UN Habitat – For a better urban future, *History mandate role in the UN system*, cit.

⁽²⁵⁾ In particular, special emphasis was put on the obstacles that women and vulnerable groups encounter, that affect the quality of their lives and prevent them from participating in development, without overlooking that, generally, exclusion goes hand in hand with poverty.

sive realization of the right to housing in human settlements⁽²⁶⁾, and adopted the Habitat Agenda⁽²⁷⁾, which «provid[ed] a practical roadmap to an urbanising world»⁽²⁸⁾, while defining approaches and strategies for the achievement of sustainable development in urban areas all over the world⁽²⁹⁾.

In 2016, consistently with the tradition launched at the Habitat I Conference, Habitat III Conference on Housing and Sustainable Urban Development⁽³⁰⁾ was convened by the UN General Assembly, for the purpose of «reinvigorat[ing] the global commitment to sustainable urbanization that should focus on the implementation of a New Urban Agenda»⁽³¹⁾. Besides «incorporat[ing] a new recognition of the correlation between good urbanization and development»⁽³²⁾, the New Urban Agenda⁽³³⁾ is a basic instrument for the «implemen-

⁽²⁶⁾ It should also be stressed that the Habitat II Conference recognized the principles of good governance in balanced rural and urban development. The achievements of the Conference were incorporated into the Istanbul Declaration on Human Settlements and the adoption of the Habitat Agenda was another important achievement during the Conference. Housing and Land Rights Network, Habitat International Coalition, *A Tool for Evaluative Habitat III Reporting: Responding to the Need for Implementation Reports*, available at www.blrn.org.

⁽²⁷⁾ The Habitat Agenda is a political document that contains over 100 commitments and 600 recommendations.

⁽²⁸⁾ European Environment Agency, Glossary, *Habitat Agenda*, available at eea.europa.eu.

⁽²⁹⁾ European Environment Agency, Glossary, *Habitat Agenda*, cit. Also see this page for further information on the achievements of Habitat II: United Nations, *Outcomes on Human Settlements*, available at un.org.

⁽³⁰⁾ The Habitat III Conference – which followed the adoption of the 2030 Agenda for Sustainable Development and the Sustainable Development Goals - was a unique forum for hosting the reflection and the debate on appropriate urban planning and management, that are crucial so that cities, towns and villages can play their role as «drivers of sustainable development and, hence, shape the implementation of new global development and climate change goals». For further information, see the *Habitat III* web page, available at habitat3.org.

⁽³¹⁾ UNAG Resolution 66/207, adopted by the General Assembly on 22 December 2011, at the Sixty-sixth Session, A/RES/66/207, 14 March 2012, para. 2. available at undocs.org. The New Urban Agenda had to draw inspiration from several relevant instruments, especially the Habitat Agenda.

⁽³²⁾ European Commission, *Urban Policy*, available at knowledge4policy.ec.europa.eu.

⁽³³⁾ The New Urban Agenda lays out standards and principles for the planning, construction, development, management, and improvement of urban areas along its five main pillars

tation and localization [...] in an integrated manner»⁽³⁴⁾ of the 2030 Agenda for Sustainable Development and for the implementation of the Sustainable Development Goals and targets, which is particularly significant since Sustainable Development Goal 11 specifically enshrines the aim of «mak[ing] cities and human settlements inclusive, safe, resilient and sustainable».

Interestingly enough, the Habitat Programme has offered a conceptualization of the right to the city, which is defined as «the right of all inhabitants present and future, to occupy, use and produce just, inclusive and sustainable cities, defined as a common good essential to the quality of life»⁽³⁵⁾.

This conception represents an interesting reference for the promotion of a human rights-based approach to sustainable urban development. This is all the more true because, so far, no human rights instrument of hard law has enshrined the right to the city or the right to sustainable urban development.

Some soft law tools as, for example, the Global Charter – Agenda for Human Rights in the City and the European Charter for the Safeguarding of the Human Rights in the City, contemplate right to the city or the right to sustainable urban development, but these instruments were not adopted in the framework of an intergovernmental *forum*.

However, despite a specific binding provision on sustainable urban development is still lacking, the experience of the UN has recognized its interconnection with human rights.

of implementation, namely, national urban policies, urban legislation and regulations, urban planning and design, local economy and municipal finance, and local implementation. See: United Nations, *New Urban Agenda*, adopted at the United Nations Conference on Housing and Sustainable Urban Development (Habitat III) in Quito, Ecuador, on 20 October 2016, endorsed by the United Nations General Assembly at its sixty-eighth plenary meeting of the seventy-first session on 23 December 2016, A/RES/71/25, available at unhabitat.org.

⁽³⁴⁾ UN Habitat – For a better urban future, *Guidelines for Reporting on the Implementation of the New Urban Agenda*, available at unhabitat.org.

⁽³⁵⁾ It seems interesting to recall that the concept of “common good” as a component of the right to the city has also been explored in scholarship by Margaret Kohn, who has put emphasis on the «solidaristic conception of social property that takes rights claims to be internal to, rather than constraining, the politics of the urban commonwealth». L.A. KING, *Henri Lefebvre and the Right to the City*, cit., pp. 80 ff. M. KOHN, *The Death and Life of the Urban Commonwealth*, Oxford, 2016.

What is more, human rights can offer a suitable paradigm for addressing sustainable urban development and for identifying specific States' obligations; the experience of the European Court of Human Rights, which is explored in the next paragraph, is evidence for that.

3. — *Issues of sustainable urban development in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.*

When the European Convention on Human Rights (hereinafter, ECHR or “the Convention”)⁽³⁶⁾ was adopted in 1950, environmental issues were not as prominent on the human rights agenda as they are now⁽³⁷⁾. The Convention is a catalogue of civil and political rights, which was progressively extended during the decades through the adoption of its Additional Protocols, that encompassed also economic, social and cultural rights. Nevertheless, specific environmental rights have never been included, at least so far, in the ECHR, even if the possibility of including a provision on the right to a healthy environment was considered several times⁽³⁸⁾, similarly to other regional human rights instruments⁽³⁹⁾.

⁽³⁶⁾ Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5, available at *echr.coe.int*.

⁽³⁷⁾ On this issue, see Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, Strasbourg, 2012.

⁽³⁸⁾ Council of Europe, *Compass: Manual for human rights education with young people, Environment, Human Rights and the Environment*, cit. With respect to the recent evolution of the debate on the right to a healthy environment, see Council of Europe, Presidency of the Committee of Ministers, Newsroom, *Environment and human rights: towards a right to a healthy environment?*, Strasbourg, 20 February 2020, available at *coe.int*.

⁽³⁹⁾ In this respect, we can mention some important examples of provisions of this kind in human rights treaties, as Article 11 of the Protocol of San Salvador, which is the Additional Protocol to The American Convention on Human Rights in the area of Economic, Social and Cultural Rights, that has expressly introduced the right to a healthy environment into the Inter-American system for the protection of human rights. In a similar fashion, the African Charter on Human and Peoples' Rights protects the “right to a

Despite the ECHR does not explicitly contemplate environmental rights, the ECtHR and, in the past, the European Commission of Human Rights (ECommHR⁽⁴⁰⁾) have progressively promoted the “greening” of the Convention, relying on its nature of “living instrument”⁽⁴¹⁾, capable of proactively incorporating into its scope issues⁽⁴²⁾ and rights that were not

general satisfactory environment” under Article 24. It seems interesting to recall that the African Charter on Human and Peoples’ Rights also contains another significant right at Article 21, namely “Right to Free Disposal of Wealth and Natural Resources”, while Article 22 protects “Right to Economic, Social and Cultural Development”, which appears particularly interesting where it addresses «the equal enjoyment of the common heritage of mankind», that may related to the intergenerational equity inherent to sustainable development, including in the urban framework. For a deeper analysis of the African system, it may be interesting to explore also the view expressed by the African Commission on Human and Peoples’ Rights in the *Ogoni* case. In this regard, see *Social and Economic Rights Action Center & the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria* (Communication No. 155/96), available at: escr-net.org.

⁽⁴⁰⁾ The European Commission of Human Rights played an important role in assisting the European Court of Human Rights from 1953 to 1998. In particular, it used to assess whether petitions were admissible to the Court and would launch well-founded cases in the Court on individuals’ behalf. For an in-depth analysis, see: L. MIKAEISEN, *European Protection of Human Rights: The Practice and Procedure of the European Commission of Human Rights on the Admissibility of Applications from Individuals and States*, Alphen aan Olen Rijn, 1980; T. ZWART, *The Admissibility of Human Rights Petitions: The Case Law of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee*, Dordrecht, 1994.

⁽⁴¹⁾ European Court of Human Rights, *Tyrer v. United Kingdom*, (Appl. No. 5856/72) Judgment of 25 April 1978, para. 31; European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Goodwin v United Kingdom* (Appl. No. 17488/90) Judgment of 27 March 1996, Reports 1996-II, para. 74; European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Demir and Baykara v Turkey* (Appl. No. 34503/97) Judgment of 12 November 2008, Reports of Judgments and Decisions 2008, paras. 68 and 146. In the sensitive field of bioethics, a remarkable example is European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Vo v. France*, (Appl. No. 53924/00) Judgment of 8 July 2004, Reports of Judgments and Decisions 2004-VIII, para. 82 and the Dissenting Opinion of Judge Mularoni, Joined by Judge Stráňnická. G. LETSAS, *The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy*, in A. FØLLESDAL, B. PETERS, G. ULFSTEIN, *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, 2010, pp. 106-141.

⁽⁴²⁾ Interestingly enough, a similar approach was adopted by the ECtHR in the field of biolaw. Such rulings as *Vo v. France*, cit., European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Evans v. the United Kingdom*, (Appl. No. 6339/05) Judgment of 10 April 2007,

originally encompassed⁽⁴³⁾. This is true also with respect to sustainable urban development, that has been addressed in various ways by the Council of Europe⁽⁴⁴⁾, for example through its contribution and its financial support to the 2030 Agenda for Sustainable Development – one could recall the Cooperation Programmes and the Council of Europe’s new Project Management Methodology (PMM)⁽⁴⁵⁾.

The earliest environmental cases concerning the urban dimension were tackled by the ECommHR in the late 1960s. Unsurprisingly, the ECommHR rejected the first applications as inadmissible, because they were incompatible *ratione materiae* with the Convention. The reason was clear: the ECHR does not explicitly contemplate environmental rights. Such cases as *Dr S. v. the Federal Republic of Germany* and *X and Y v. the Federal Republic of Germany*⁽⁴⁶⁾ are paradigmatic examples of this approach.

Reports of Judgments and Decisions 2007-I and European Court of Human Rights, *Costa and Pavan v. Italy*, (Appl. No. 54279/10) Judgment of 28 August 2012, just to mention few of them, are paradigmatic examples of the Court’s proactive approach also in the field of science. For an overview and an in-depth analysis, see European Court of Human Rights, *Research Report – Bioethics and the case-law of the Court*, Strasbourg, 2016, available at echr.coe.int.

⁽⁴³⁾ In this sense, the recent communication in the Duarte Agostinho case, the first climate change case in Strasbourg, is clear evidence for the Court’s capacity - and willingness - to address environmental issues in a proactive manner. See C. HERI, *The ECtHR’s Pending Climate Change Case: What’s Ill-Treatment Got To Do With It?*, in *EJIL:Talk! - Blog of the European Journal of International Law*, 22 December 2020, available at ejiltalk.org.

⁽⁴⁴⁾ The early experience of the Council of Europe (COE) in the field of environmental protection dates back to the 1960s, when the COE Environment Programme was launched. Since then, environment, sustainable development and climate change have been at the top of the COE’s agenda.

⁽⁴⁵⁾ For more information about the Cooperation Programmes and the Council of Europe’s new Project Management Methodology (PMM), see: Council of Europe, *Project Management Methodology*, available at coe.int, and Council of Europe, *Project Management Methodology, News, Cooperation programmes supporting the UN 2030 Agenda for sustainable development*, Strasbourg, 20 March 2018, available at coe.int.

⁽⁴⁶⁾ *Dr S. v. the Federal Republic of Germany*, (Appl. No. 715/60, Decision of inadmissibility of 5 August 1969 (unpublished); *X and Y v. the Federal Republic of Germany*, (Appl. No. 7407/76), Decision of inadmissibility of 13 May 1976, Decisions and Reports (“DR”) No. 5, p. 161.

Subsequently, the Commission began to develop a different approach, which granted indirect protection *par ricochet* to a right to the environment⁽⁴⁷⁾. The protection was granted in two different ways: either ensuring the enjoyment of individual rights by means of safeguarding an environment of quality; or affirming the existence of a prevailing public interest to protect the environment which justified State's interference, when the Commission carried out the test of proportionality of the competing interests at stake⁽⁴⁸⁾. By so doing, the Commission started to develop an "incorporation of environmental values" within the scope of application of the ECHR but, necessarily, only insofar as environmental issues were interrelated with a right protected under the Convention⁽⁴⁹⁾. The cases of *Arrondelle v. the United Kingdom*, *G. and Y. v. Norway*, *Baggs v. the United Kingdom* and *Powell and Rayner v. the United Kingdom* are emblematic in this sense⁽⁵⁰⁾. All these cases dealt with issues related to noise. In particular, in the *Arrondelle* case, the Commission recognized that «bad environmental conditions could sometimes interfere with the effective enjoyment of the individual's rights and freedoms guaranteed in the Convention»⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁷⁾ See D. GARCÍA SAN JOSÉ, *Environmental Protection and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2005. Also see: Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, cit.

⁽⁴⁸⁾ D. GARCÍA SAN JOSÉ, *Environmental Protection and the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 8 ff.

⁽⁴⁹⁾ For an in-depth analysis, see D. GARCÍA SAN JOSÉ, *Environmental Protection and the European Convention on Human Rights*, cit.; also see M. DEJEANT-PONS, M. PALLEMAERTS, S. FIORAVANTI, COUNCIL OF EUROPE, BELGIUM. MINISTÈRE DES AFFAIRES SOCIALES, DE LA SANTÉ PUBLIQUE ET DE L'ENVIRONNEMENT, *Human Rights and the Environment: Compendium of Instruments and Other International Texts on Individual and Collective Rights Relating to the Environment in the International and European Framework*, Strasbourg, 2012.

⁽⁵⁰⁾ *Arrondelle v. the United Kingdom*, (Appl. No. 7889/77), Decision of 15 July 1980, DR 19, p. 186; *Baggs v. the United Kingdom*, (Appl. No. 9310/81), Decision of 19 January 1985, DR 44, p. 13; *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, (Appl. No. 9310/81), Decision of 16 July 1986, DR 47, p. 22.

⁽⁵¹⁾ D. GARCÍA SAN JOSÉ, *Environmental Protection and the European Convention on Human Rights*, cit.

The European Court of Human Rights (ECtHR) took up the Commission's approach in its case law⁽⁵²⁾, when, in the early 1990s, adopted such decisions as *Powell and Rayner v. the United Kingdom* and *López Ostra v. Spain*⁽⁵³⁾, respectively concerning air traffic and aircraft noise, and industrial pollution.

Article 8 of the ECHR, which protects the right to private and family life, has often provided a suitable legal basis, under both its substantive and its procedural limb, that allowed the Court to protect people's health and well-being in the urban context.

In this respect, the Court «has found that severe environmental pollution can affect people's well-being and prevent them from enjoying their homes to such an extent that their rights under Article 8 are violated»⁽⁵⁴⁾. When dealing with aircraft noise, in the *Powell and Rayner* case, the ECtHR said that «the quality of the applicant's private life and the scope for enjoying the amenities of his home have been adversely affected by the noise generated by aircraft using Heathrow Airport»⁽⁵⁵⁾. However, a minimum threshold has to be reached, as the Court clarified in the *López Ostra* case, where it found that «severe environmental pollution may affect individuals' well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect adversely their private and family life, even though it does not seriously endanger their health»⁽⁵⁶⁾. Under such circumstances, a violation of Article 8 of the ECHR was found.

More recently, in January 2019, when it handed down its judgment in the

⁽⁵²⁾ The reader might find interesting to see: I.R. FECHETE, *Study of the case-law of the European Court for Human Rights applicable to the Environment Law*, in *Social and Behavioural Sciences*, 2012, pp. 1072-1077; R. DESGAGNÉ, *Integrating Environmental Values into the European Convention on Human Rights*, in *American Journal of International Law*, 1995, pp. 263-294.

⁽⁵³⁾ European Court of Human Rights, *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, (Appl. No. 9310/81) Judgment of 21 February 1990; *López Ostra v. Spain*, (Appl. No. 16798/90) Judgment of 9 December 1994.

⁽⁵⁴⁾ Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, p. 45.

⁽⁵⁵⁾ *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, cit., para. 40.

⁽⁵⁶⁾ *López Ostra v. Spain*, cit., para. 50.

Cordella and Others v. Italy case⁽⁵⁷⁾, the Court found a violation of Article 8 of the ECHR because of the persistence of a situation of environmental pollution that endangered the applicants' health, due the toxic emissions from the *Ilva steelworks* in Taranto⁽⁵⁸⁾.

In the *Kyrtatos v. Greece* case, where the applicants had made express reference to urban development, the Court has also clarified that general environmental deterioration is not sufficient to find a breach of private and family life, unless it interferes with the enjoyment of one of the rights contemplated by Article 8(1) of the Convention, whilst severe environmental pollution might affect individuals' well-being⁽⁵⁹⁾.

In fact, the ECtHR, not only has to ascertain «whether a causal link exists between the activity and the negative impact on the individual», but also has to consider «whether the adverse have attained a certain threshold of harm»⁽⁶⁰⁾. This requires a comprehensive assessment of «all the circumstances of the case, such as the intensity and duration of the nuisance and its physical or mental effects, as well as on the general environmental context»⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁷⁾ European Court of Human Rights, *Cordella and Others v. Italy*, (Appl. Nos. 54414/13 and 54264/15) Judgment of 24 January 2019; for an in-depth analysis, see: A. LONGO, *Cordella et al. v. Italy: Industrial Emissions and Italian Omissions Under Scrutiny*, in *European Papers*, 2019, available at europeanpapers.eu.

⁽⁵⁸⁾ *Cordella and Others v. Italy*, cit., paras. 172-174.

⁽⁵⁹⁾ European Court of Human Rights, *Kyrtatos v. Greece*, (Appl. No. 41666/98) Judgment of 22 May 2003, Reports of Judgments and Decisions 2003-VI (extracts). In this case, the applicants complained that urban development had led to the destruction of the environment in the place where they owned a property, which also included a swamp by the coast. In particular, the applicants alleged that the interference with the conditions of animal life in the swamp led to a violation of their right to private and family life. However, the ECtHR the Court did not find a breach of Article 8, since «the disturbances coming from the applicants' neighbourhood as a result of the urban development of the area (noises, night-lights, etc.) have not reached a sufficient degree of seriousness to be taken into account for the purposes of Article 8». *Kyrtatos v. Greece*, cit., para. 54.

⁽⁶⁰⁾ Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, cit., p. 45.

⁽⁶¹⁾ *Ibid.*

The Court has provided some important guidance with regard to the definition of States' obligations under Article 8 of the ECHR, which, basically, aims at protecting individuals from public authorities' interference. In particular, it has clarified that when the decisions of public authorities in the environmental field constitute an interference with private life or home, they must accord with the conditions provided by Article 8(2) of the Convention⁽⁶²⁾. However, the Court has not overlooked that environmental harm can be the result of private sector activities as well, and that States have a positive obligation to ensure the protection of the rights enshrined in Article 8 of the Convention in those cases too⁽⁶³⁾. It implies that public authorities must adopt positive measure and make sure that they are implemented, so that the rights protected by the ECHR under Article 8 are guaranteed⁽⁶⁴⁾. For example, States have to control the emissions of industrial activities, in order to protect the residents from the exposure, for example, to fumes or noise produced by factories.

The *Guerra v. Italy* case⁽⁶⁵⁾, that concerned the environmental risks related to a chemical factory producing fertilizers, is an interesting example in this regard, and also offers the opportunity to observe the approach of the ECtHR in relation to the definition of States' obligations under the procedural limb of Article 8 of the Convention. The Court clarified that States may have an

⁽⁶²⁾ See, e.g., European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Hatton and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No. 36022/97) Judgment of 8 July 2003, Reports of Judgments and Decisions 2003-VIII.

⁽⁶³⁾ As the Court stated, Article 8 of the ECHR «does not only apply in cases where environmental harm is directly caused by State activities but also when it results from private sector activities». Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, cit. p. 51. *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], cit., para. 98. For an in-depth analysis, see H. POST, *The Judgment of the Grand Chamber in Hatton and Others v. the United Kingdom or: What Is Left of the 'Indirect' Right to a Healthy Environment?*, in *Non-State Actors and International Law*, 2004.

⁽⁶⁴⁾ Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, cit. p. 51.

⁽⁶⁵⁾ European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Guerra and Others v. Italy*, (Appl. No. 14967/89) Judgment of 19 February 1998, Reports 1998-I.

obligation to inform the public about environmental risks⁽⁶⁶⁾; from this viewpoint, in the *Guerra* case, the ECtHR found a violation of Article 8 of the Convention since the public authorities had failed to provide to the applicants the essential information that would have enabled them to assess the risks that they would run by continuing to live in the area near the factory⁽⁶⁷⁾. Under the specific circumstances of the case, the chemical factory had been classified as high-risk and, moreover, some accidents that had occurred in the past had resulted in the hospitalization of many people who lived nearby.

The *Guerra* case is not the only significant example of the efforts of the Strasbourg Court to ensure thorough protection to procedural rights in the environmental field, in the urban context⁽⁶⁸⁾. On some occasions, when addressing issues of urban sustainability, the ECtHR relied on the Aarhus Convention⁽⁶⁹⁾, which helped it to clarify the scope and the content of the States' obligations under the procedural limb of Article 8 of the ECHR, as ensuring participation in the decision-making process and access to information. In the *Grimkovskaya v. Ukraine* case, where the ECtHR found a violation of Article 8 of the ECHR, the Court stated that the respondent State had failed to strike a fair balance since the applicant had not had «a meaningful opportunity to contribute to the related decision-making processes, including by challenging the municipal policies before an independent authority», which is also at odds with the Aarhus Convention⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁶⁾ Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, cit. p. 51. *Guerra and Others v. Italy* [GC], para. 60.

⁽⁶⁷⁾ Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, cit. p. 52. *Guerra and Others v. Italy* [GC], para. 60.

⁽⁶⁸⁾ Also see, e.g., *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], cit., and *Cordella and Others v. Italy*, cit.

⁽⁶⁹⁾ Consistently with Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of the Treaties. See, for example, European Court of Human Rights, *Titău v. Romania*, (Appl. No. 67021/01), Judgment of 27 January 2009, para. 118. Quite recently, the case of *Cordella and Others v. Italy*, cit., has represented a missed opportunity for the Court to use the Aarhus Convention as a support to the interpretation of the ECHR.

⁽⁷⁰⁾ European Court of Human Rights, *Grimkovskaya v. Ukraine*, (Appl. 38182/03) Judgment of 21 July 2011, para. 72. The Aarhus Convention (the “UNECE Convention

In general, States enjoy a wide margin of appreciation when dealing with environmental issues, including urban sustainability, due to the sensitive and political nature of the interests at stake, and also because the Court considers that domestic authorities can better assess such social and technical issues. Significantly, for example, in the *Powell and Rayner* case, it was stressed that «[i]t is certainly not for [...] the Court to substitute for the assessment of the national authorities any other assessment of what might be the best policy in this difficult social and technical sphere»⁽⁷¹⁾.

It follows that, despite States' obligation not to interfere with private and family life or the home is not absolute, the measures adopted by the public authorities must pursue a legitimate aim and must be provided by law.

The Court has clarified that the interests of the community, such as the economic well-being of the country, can represent a legitimate aim. Nevertheless, States have to strike a fair balance between the competing interests, and the measures adopted by the public authorities have to be proportionate to the legitimate aim pursued. In the *Hatton and Others v. the United Kingdom* judgment⁽⁷²⁾, the Court has stated clearly that economic well-being is not sufficient to outweigh the rights of others.⁽⁷³⁾ However, the ECtHR did not find a violation of Article 8 of the Convention in this case, since the United Kingdom had «sufficiently balance[d] the environmental impact of the extension of Heathrow Airport against its economic gains»⁽⁷⁴⁾. In par-

on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters”) was adopted on 25th June 1998 at the Fourth Ministerial Conference in the ‘Environment for Europe’ process. Together with its Protocol on Pollutant Release and Transfer Registers, «it protects every person’s right to live in an environment adequate to his or her health and well-being». The Aarhus Convention is an innovative instrument from many viewpoints, for example because it links environmental rights and human rights as well as government accountability and environmental protection. For further information, see: UNECE, *Aarhus Convention*, unece.org.

⁽⁷¹⁾ *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, cit., para. 44.

⁽⁷²⁾ *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], cit.

⁽⁷³⁾ *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], cit, para. 86. Also see paras. 121 ff. of the Judgment.

⁽⁷⁴⁾ Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, cit., p. 57

ticular, the frequency of the additional night flight had been regulated, and the public authorities, after carrying out an assessment of the environmental impact, had taken several measures for tackling it, for example sound-proofing houses⁽⁷⁵⁾. Otherwise, in the above-mentioned case of *López Ostra*, the Court found that the State had failed to strike a fair balance between the town's economic interest in having a waste-treatment plant and the applicant's effective enjoyment of her right to respect for her home and her private and family life⁽⁷⁶⁾.

From a different perspective, the Court has considered that environmental protection can represent a legitimate aim which can justify certain restrictions by public authorities on the right to private and family life and the home. So far, the ECtHR has not had the chance to apply this view to urban sustainability and Article 8 of the Convention, but one could expect it to follow the path that can be found in some environmental rulings, such as the case of *Chapman v. the United Kingdom*⁽⁷⁷⁾. This seems quite likely because the Court has adopted a similar approach when addressing the right

⁽⁷⁵⁾ Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, cit., p. 57; *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], cit., see, in particular, paras. 74 and 127.

⁽⁷⁶⁾ *López Ostra v. Spain*, cit., para. 58; also see paras. 56-57. In fact, the Court noted that «the family had to bear the nuisance caused by the plant for over three years before moving house with all the attendant inconveniences. They moved only when it became apparent that the situation could continue indefinitely and when Mrs López Ostra's daughter's paediatrician recommended that they do so». *López Ostra v. Spain*, cit., para. 57.

⁽⁷⁷⁾ European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Chapman v. the United Kingdom*, (Appl. No. 27238/95) Judgment of 18 January 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-I. In that case, the public authorities had refused to allow the applicant to remain in a caravan on land in a plot that the applicant owned. Mrs. Chapman is of Romani ethnicity, and nomadic life has remained one of the characteristics of the lifestyle of the majority of the Roma people in the United Kingdom. The main point of the case is that, despite the applicant had sought to obtain the necessary permission from the competent public authorities, they had refused. The reason was that the plot was located in an area that had to be protected, according to the planning policies in force, thus dwellings were prohibited. That being said, the ECtHR did not find a violation of the right to private and family life and home because the United Kingdom pursued a legitimate aim, namely, to protect the rights of others through environmental preservation, and the measures adopted to pursue it were not disproportionate.

to property protected under Article 1 of Protocol I to the ECHR. For instance, in the case of *Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*⁽⁷⁸⁾, the ECtHR found that the annulment of the building permission could not be considered disproportionate to the legitimate aim of preservation of the environment⁽⁷⁹⁾; from this perspective, States become custodians of environmental protection when competing private interests are invoked in relation to the right to property.

Town-planning policy represents a particularly interesting aspect of urban sustainability and the Strasbourg Court had the chance to clarify the content and the scope of some States' obligations when, again, dealing with the rights protected under Article 8 of the ECHR. This implies the adoption of the necessary measures aimed at reducing the impact or the harmful effects of given activities or infrastructures. In practice, the Court has taken into consideration such aspects as the adoption of urban planning or the fact that environmental feasibility studies had been carried out. In this sense, in the case of *Grimkovskaya v. Ukraine*, the Court observed that the Ukrainian Government had not carried out a feasibility study before turning the road into a motorway, nor the Government had made sufficient efforts to mitigate the motorway's harmful effects⁽⁸⁰⁾. It was stated that «Article 8 cannot be constructed as requiring States to ensure that every individual en-

⁽⁷⁸⁾ European Court of Human Rights, *Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*, (Appl. No. 12742/87) Judgment of 29 November 2011.

⁽⁷⁹⁾ In fact, under the circumstances of the case, State's interference aimed at ensuring that «the relevant planning legislation was correctly applied by the Minister for Local Government not simply in the applicants' case but across the board. The decision of the Supreme Court, the result of which had been to prevent building in an area zoned for the further development of agriculture so as to preserve a green belt, was therefore to be regarded as a proper way – if not the only way – of achieving that aim. Furthermore, the applicants were engaged on a commercial venture which, by its very nature, involved an element of risk, and they were aware not only of the zoning plan but also of the opposition of the local authority, to any departure from it». European Court of Human Rights, Press Unit, *Factsheet – Environment and the ECHR*, February 2021, available at ecbr.coe.int.

⁽⁸⁰⁾ European Court of Human Rights, Press Unit, *Factsheet – Environment and the ECHR*, cit., p. 19. *Grimkovskaya v. Ukraine*, cit., paras. 66-69; 72.

joys housing that meets particular environmental standards»⁽⁸¹⁾, thus, for instance, States cannot be held responsible for the mere fact of allowing heavy traffic to pass through populated residential town areas⁽⁸²⁾. By converse, a violation of Article 8 of the Convention can be found in case «the authorities failed in their duty to stop the third-party breaches of the right relied on by the applicant, since the measures taken consistently proved to be insufficient and, consequently, the applicant was consistently exposed to excessive noise disturbance over a substantial period of time. The Court held that this created a disproportionate individual burden for the applicant»⁽⁸³⁾. However, for the assessment made by the ECtHR in the *Grimkovskaya* judgment, a crucial aspect was the «Government's failure to show that the decision [...] was preceded by an adequate environmental feasibility study and followed by the enactment of a reasonable environmental management policy»⁽⁸⁴⁾.

The precautionary principle may play a very important role when assessing States' compliance with their obligations under the Convention with regard to town-planning, especially when their planning policies and the fact that environmental feasibility studies are carried out are taken into consideration.

From this perspective, despite issues of urban sustainability were not involved in the case, an interesting reference concerning the approach of the ECtHR to the precautionary principle⁽⁸⁵⁾ can be found in the *Luginbühl v.*

⁽⁸¹⁾ *Grimkovskaya v. Ukraine*, cit., para. 65; Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, cit, p. 54.

⁽⁸²⁾ Nor it could be established the applicants' «right to free, new housing at the State's expense», especially since the applicant had not proven that she could not relocate without the State's help. *Grimkovskaya v. Ukraine*, cit., para. 65. Also see Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, cit., p. 54.

⁽⁸³⁾ Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, cit., p. 54. European Court of Human Rights, *Deés v. Hungary*, (Appl. No. 2345/06) Judgment of 9 November 2010, where the ECtHR dealt with noise disturbance, pollution and smell caused by the traffic in a motorway in an urban area, similarly to *Grimkovskaya v. Ukraine*, cit.

⁽⁸⁴⁾ *Grimkovskaya v. Ukraine*, cit., para. 72.

⁽⁸⁵⁾ Another significant example of how the Strasbourg Court dealt the precautionary principle can be found in the case of *Tătar v. Romania*, cit., the ECtHR clarified that the purpose of the precautionary principle was to ensure a high level of protection for the

Switzerland judgment. That ruling offered the opportunity to clarify that the precautionary principle does not protect against every potential harm that is conceivable, since the Court requires that «at least some scientific validity of the claim that a certain activity is dangerous to the environment and/or health»⁽⁸⁶⁾.

That being said, it seems important to stress that the Court has rarely found a violation of the right to life due to the risks of urbanization; in this respect, one of the greatest hurdles is that it is quite hard for the applicants to meet the burden of proof. However, the case of *Öneryıldız v. Turkey*⁽⁸⁷⁾ is a relevant exception. The ECtHR found a violation of Article 2 of the Convention, under both the substantive and the procedural limb of the pro-

health and the safety «of consumers and the environment in all activities» (*Tătar v. Romania*, cit., para. 120). Significantly, the Court held that the national authorities had «positive obligations to ensure respect for private and family life applied with even more force to the period after the accident of 2000» (Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, cit., p. 50, with reference to *Tătar v. Romania*, cit., para. 121) that had occurred in the gold ore extraction plant, close to where the applicants lived. In this respect, the fact that the applicant, since then, must have lived in «a state of anxiety and uncertainty, accentuated by the passive approach of the national authorities and compounded by the fear stemming from the continuation of the activity and the possibility that the accident might occur again». Therefore, the Court found a violation of Article 8 of the ECHR. See (*Tătar v. Romania*, cit., para. 121; Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, cit., p. 50). See European Court of Human Rights, *Press Release issued by the Registrar, Chamber Judgment Tătar v. Romania*, 27 January 2009, available at hudoc.echr.coe.int: «The Court observed that a preliminary impact assessment conducted in 1993 by the Romanian Ministry of the Environment had highlighted the risks entailed by the activity for the environment and human health and that the operating conditions laid down by the Romanian authorities had been insufficient to preclude the possibility of serious harm. The Court further noted that the company had been able to continue its industrial operations after the January 2000 accident, in breach of the precautionary principle, according to which the absence of certainty with regard to current scientific and technical knowledge could not justify any delay on the part of the State in adopting effective and proportionate measures».

⁽⁸⁶⁾ Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, cit., p. 50. European Court of Human Rights, *Luginbühl v. Switzerland*, (Appl. No. 42756/02) Judgment of 17 January 2006.

⁽⁸⁷⁾ European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Öneryıldız v. Turkey*, (Appl. No. 48939/99) Judgment of 30 November 2004, Recueil des arrêts et décisions 2004-XII.

vision, because Turkey had not taken adequate steps to prevent the victims' death. In fact, States not only are responsible for the deaths caused by their agents but also have a positive obligation to adopt the appropriate steps to protect the lives of those within their jurisdiction⁽⁸⁸⁾, including when the violation may be caused by dangerous activities. In this respect, in order to assess the scope of State's obligations, the Court took into the consideration such factors as the harmfulness of the dangerous activities and the foreseeability of the risks posed to life⁽⁸⁹⁾. Interestingly, the Court also found that the regulatory framework was defective, as it allowed the tip to open and start operating without a coherent supervisory system⁽⁹⁰⁾. Moreover, under the procedural limb of Article 2 of the ECHR, the ECtHR found a violation since Turkey had failed to provide the appropriate information about the risks connected to living in the slum near the rubbish tip⁽⁹¹⁾.

In any case, according to Article 13 of the Convention, States have to ensure an effective remedy in case the rights protected under the ECHR are violated in the urban dimension. In the *Hatton* case, the Court had found a violation of Article 13 since the United Kingdom had not provided any judicial remedy, at the national level, to enforce the rights protected under the ECHR. Again, in the more recent above-mentioned *Cordella* case, the ECtHR found a breach of Article 13 of the Convention since the applicants

⁽⁸⁸⁾ For an interesting analysis and an overview of some relevant Court's judgments see: Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, cit., pp. 35 ff.

⁽⁸⁹⁾ *Öneryıldız v. Turkey* [GC], cit., para. 73. For a wider overview of the Strasbourg Court's case law, Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, cit., pp. 36 ff.

⁽⁹⁰⁾ *Öneryıldız v. Turkey* [GC], cit., para. 90, where the Court stated that: «This obligation indisputably applies in the particular context of dangerous activities, where, in addition, special emphasis must be placed on regulations geared to the special features of the activity in question, particularly with regard to the level of the potential risk to human lives. They must govern the licensing, setting up, operation, security and supervision of the activity and must make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks. [...]».

⁽⁹¹⁾ *Öneryıldız v. Turkey* [GC], cit., para. 90.

could not effectively complain to the national authorities concerning the measures to secure decontamination of the relevant areas⁽⁹²⁾.

The Strasbourg Court has proven capable of adopting a proactive approach to the issues related to sustainable urban development, framing several important aspects in human rights term. Without overlooking the primary role that States play in defining appropriate responses and striking the balance between the interests at stake, due to the social, political and technical nature of matters involved, the promotion of regional standards of protection appears to be crucial for some harmonization of domestic standards. Also the other European major Court, the European Court of Justice (ECJ),⁽⁹³⁾ has tackled issues related to urban sustainability, consistently with the competence of the EU and the specific characteristics of its legal order. The next paragraph focuses on this framework.

4. — *Sustainable urban development in the case law of the European Court of Justice.*

Sustainable development is at the top of the EU agenda and at the core of EU policy-making, being mainstreamed in a number of key projects, sectoral policies and initiatives, and being a basic component of both EU internal and external action. Especially with the adoption, in the framework of the United Nations, of the 2030 Agenda for Sustainable Development and the adoption of the Sustainable Development Goals, the EU has kept increasing its engagement with this field, and the European Green Deal⁽⁹⁴⁾, the EU growth strategy and a plan for making European economy sustain-

⁽⁹²⁾ *Cordella and Others v. Italy*, cit., paras. 123-126.

⁽⁹³⁾ It seems relevant to recall that the Court of Justice of the European Union is the judicial branch of the European Union, and consists of the Court of Justice, also known as the European Court of Justice, on which this paper focuses except for the reference to the *Carvalho* case, and the General Court.

⁽⁹⁴⁾ For further information on the European Green Deal, see: European Commission, *A European Green Deal - Striving to be the first climate-neutral continent*, available at ec.europa.eu.

able presented by the European Commission in December 2019, is clear evidence for that⁽⁹⁵⁾.

Consistently, the EU has adopted important initiatives that specifically address the urban dimension: in this respect, the Urban Agenda for the European Union⁽⁹⁶⁾, launched in May 2016 with the Pact of Amsterdam, stands out. Also URBACT⁽⁹⁷⁾ stands out as an interesting example of EU's approach to sustainable urban development, especially through multilevel cooperation. Importantly, the EU has taken up the approach of the 2014-2020 Cohesion Policy, that had placed the urban dimension at its core, in the Cohesion Policy beyond 2020, which has strengthened the support ensured to the urban dimension, with 6% of the European Regional Development Fund dedicated to sustainable urban development strategies⁽⁹⁸⁾. All these initiatives are of crucial importance in order to achieve the urban goals of Europe 2020 Strategy, that aims at a "smart, sustainable, inclusive society".

Delving more in-depth into the EU legal order, environmental issues are enshrined in the architecture of the Treaty on the European Union (TEU) and of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). In particu-

⁽⁹⁵⁾ EUROSTAT, *Sustainable development in the European Union. Monitoring Report on Progress towards the SDGs in an EU Context*, Edition 2020, available at ec.europa.eu, p. 9.

⁽⁹⁶⁾ It consists in a net of multilevel cooperation, which also provides financial support to relevant initiatives, but without widening EU's competences. The goal is improving the quality of life in urban areas, focusing on three pillars of policy-making and implementation, namely "Better regulation; Better funding; Better knowledge". See: European Commission, *Urban Agenda for the EU*, available at ec.europa.eu. For further information about the European Urban Agenda, see: European Commission, *Futurium, What is the Urban Agenda for the EU?*, available at ec.europa.eu.

⁽⁹⁷⁾ In particular, URBACT is a «European exchange and learning programme promoting sustainable urban development», for the purpose of developing solutions to the major urban challenges and the complex societal changes that our current reality urges cities to tackle. In this framework, cities have the opportunity to share their respective experience and their good practices, by establishing a virtuous interaction. See: European Union, European Regional Development Fund, *URBACT – Driving change for better cities*, available at urbact.eu.

⁽⁹⁸⁾ European Commission, *Policy, Urban Development*, available at ec.europa.eu. In this regard, the approach is comprehensive, and addresses, for example, such critical issues as creating job opportunities and tackling climate change.

lar, ensuring a “high level of protection” and the “improvement of the quality of the environment” are set as goals in Article 3(3) of the TEU and Article 191 of the TFEU, which also aims at protecting human health. Moreover, Article 11 of the TFEU, provides the integration of the requirements of environmental protection in the definition and in the implementation of EU’s policies and activities, also for the particular purpose of promoting sustainable development. Therefore, sustainable development, as contemplated by this provision, through the codification in the environmental integration rule⁽⁹⁹⁾, is an objective, a principle and a rule for the EU, which is particularly significant when one considers that interpretation of EU law is based on a teleological criterion, with noteworthy practical implications⁽¹⁰⁰⁾. In particular, with regard to the ECJ⁽¹⁰¹⁾, this means that the principle of sustainable development enshrined in Article 11 of the TFEU is a parameter for assessing the validity and a standard for the interpretation of EU acts. It is significant to mention that, on some occasions, the ECJ has recalled *ex officio* the principle of sustainable development as, for example, in the *Concordia Bus* case⁽¹⁰²⁾.

From a human rights perspective, importantly, environmental protection is enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU or ‘the Charter’)⁽¹⁰³⁾, that has become a source of primary EU law

⁽⁹⁹⁾ B. SJÄFJELL, *The Legal Significance of Article 11 TFEU for EU Institutions and Member States* (November 24, 2014), in B. SJÄFJELL, A. WIESBROCK, *The Greening of European Business under EU Law: Taking Article 11 TFEU Seriously*, London, 2015, pp. 51-72, 53; *University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2014-38*; *Nordic & European Company Law Working Paper No. 14*.

⁽¹⁰⁰⁾ B. SJÄFJELL, *The Legal Significance of Article 11 TFEU for EU Institutions and Member States*, cit., pp. 52 ff.

⁽¹⁰¹⁾ B. SJÄFJELL, *The Legal Significance of Article 11 TFEU for EU Institutions and Member States*, pp. 62 ff.

⁽¹⁰²⁾ B. SJÄFJELL, *The Legal Significance of Article 11 TFEU for EU Institutions and Member States*, p. 63. European Court of Justice, *Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab v Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne*, Judgment of the Court of 17 September 2002, C-513/99, Reports of Cases 2002 I-07213.

⁽¹⁰³⁾ European Union, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 26 October 2012, 2012/C 326/02, OJ C 326, 26.10.2012, pp. 391-407, available at eur-lex.europa.eu. The reader might find interesting to visit the following website (*‘Charterpedia’*): FRA – European

in the post-Lisbon framework. Article 37 expressly recalls the principle of sustainable development, when requiring the integration of a high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment into Union's policies. This provision does not foresee a specific right but provides principles and programmatic requirements with which the EU and Member States must comply⁽¹⁰⁴⁾.

The Luxembourg Court's case law has addressed several issues related to sustainable urban development. In particular, a well-established jurisprudence exists, as the Commission has launched various infringement proceedings⁽¹⁰⁵⁾ in relation to Council Directive 91/271/EEC⁽¹⁰⁶⁾, concerning urban waste-water treatment, Directive 2002/49/EC⁽¹⁰⁷⁾ relating to the as-

Union Agency for Fundamental Rights, Charter of Fundamental Rights of the European Union, available at fra.europa.eu.

⁽¹⁰⁴⁾ N.M. DE SADELEER, *Enforcing EUCHR Principles and Fundamental Rights in Environmental Cases*, in *Nordic Journal of International Law*, 2012, p. 44. According to Article 51(1) of the Charter, its provisions «are addressed to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to the Member States only when they are implementing Union law». The ECJ has developed a wide case law on the concept of “implementation” of EU law by Member States, since it adopted its decision in the *Åkerberg Fransson* case. European Court of Justice, Grand Chamber, *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, Judgment of 26 February 2013, C-617/10, Reports of Cases – published in the electronic Reports of Cases (Court Reports – general).

⁽¹⁰⁵⁾ For information and statistics about infringement proceedings, see European Commission, *Infringement proceedings*, available at ec.europa.eu.

⁽¹⁰⁶⁾ Council Directive 91/271/EEC of 21 May 1991 concerning urban waste-water treatment, OJ L 135, 30.5.1991, pp. 40-52, available at eur-lex.europa.eu.

⁽¹⁰⁷⁾ Directive 2002/49/EC of the European Parliament and of the Council of 25 June 2002 relating to the assessment and management of environmental noise – Declaration by the Commission in the Conciliation Committee on the Directive relating to the assessment and management of environmental noise, OJ L 189, 18.7.2002, pp. 12-25, available at eur-lex.europa.eu. EUROSTAT, *Sustainable development in the European Union. Monitoring Report on Progress towards the SDGs in an EU Context*, cit., p. 206: «The Environmental Noise Directive is the main EU instrument for identifying and combating noise pollution. It focuses on three areas: (a) determining exposure to environmental noise; (b) ensuring that information on environmental noise and its effects is made available to the public; and (c) preventing and reducing environmental noise where necessary, particularly where exposure levels can induce harmful effects on human health, and preserving environmental noise quality where it is good».

assessment and management of environmental noise and Directive 2008/50/EC⁽¹⁰⁸⁾, on ambient air quality and cleaner air for Europe⁽¹⁰⁹⁾.

The case law of the ECJ has clarified some important issues related to the implementation of these instruments as well as the content of Member States' obligations in the urban dimension⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Directive 2008/50/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on ambient air quality and cleaner air for Europe, OJ L 152, 11.6.2008, pp. 1-44, available at *eur-lex.europa.eu*.

⁽¹⁰⁹⁾ In particular, Council Directive 91/271/EEC aims at ensuring that agglomerations and urban settlements properly collect and treat wastewater and sets the requirements to be met to this end; Directive 2002/49/EC addresses the noise to which humans are exposed, «particularly in built-up areas, in public parks or other quiet areas in an agglomeration, in quiet areas in open country, near schools, hospitals and other noise-sensitive buildings and areas»; (see: European Commission, *The Environmental Noise Directive (2002/49/EC)*, available at *ec.europa.eu*); Directive 2008/50/EC sets some limit and target values on specific pollutants in the ambient air, and Member States identify the zones and agglomerations where these values need to be respected; monitoring has to be made according to standards specified in EU law.

⁽¹¹⁰⁾ It seems interesting to recall that, in practice, the implementation of the above-mentioned Directives has helped, so far, to improve the quality of urban living conditions. Indeed, as the 2020 Edition of the EU “Monitoring Report on Progress towards the SDGs in an EU Context” (EUROSTAT, *Sustainable development in the European Union. Monitoring Report on Progress towards the SDGs in an EU Context*, cit.) stressed, «in 2018, 18.2% of the EU population said their household suffered from noise disturbance, compared with 20.6% in 2010», while «the population-weighted annual mean concentration of fine particulate matter (PM_{2.5}) in urban areas dropped from 17.5 µg/m³ in 2012 to 15.0 µg/m³ in 2017». EUROSTAT, *Sustainable development in the European Union. Monitoring Report on Progress towards the SDGs in an EU Context*, cit., p. 203, which also stated that: «While 15.0 µg/m³ is below the limit set by the EU from 2015 onward (25 µg/m³ annual mean), substantial air-pollution hotspots remain. According to recent EEA estimates, 8% of the EU urban population were exposed to levels above the EU PM_{2.5} limit value in 2017. If the more stringent WHO air-quality guideline is considered (10 µg/m³ annual mean), approximately 77% of people living in EU cities were estimated to be exposed to PM_{2.5} concentration levels deemed harmful to human health». For further analysis on Directive 2008/50/EC also see: Commission (EU), ‘Fitness Check of the Ambient Air Quality Directives Directive 2004/107/EC relating to arsenic, cadmium, mercury, nickel and polycyclic aromatic hydrocarbons in ambient air and Directive 2008/50/EC on ambient air quality and cleaner air for Europe’. *Staff Working Document*, SWD(2019) 427 final, 28 November 2019, available at *ec.europa.eu*.

In particular, the ECJ has clarified that Member States' obligations in this framework are obligations of result. The *European Commission v. Republic of Bulgaria* judgment is emblematic in this sense, as the ECJ has explained that «[e]xceeding the limit values is, therefore, sufficient for a finding to be made that there has been an infringement»⁽¹¹¹⁾ of Directive 2008/50/EC. Moreover, «[t]hat directive aims to protect human health and, to this end, provides for measures to combat emissions of pollutants at source. In accordance with that objective, it is necessary to determine the actual air pollution to which the population or part of it is exposed and to ensure that appropriate measures are taken to combat the sources of such pollution. Consequently, the fact that a limit value has been exceeded at a single sampling point is sufficient to trigger the obligation to draw up an air quality plan, in accordance with Article 23(1) of Directive 2008/50»⁽¹¹²⁾. Again, in its case law on Directive 91/271/EEC, the Court has clarified that «Article 4(1) of Directive 91/271 lays down an obligation of result so far as concerns treatment of the urban waste water by a treatment plant»⁽¹¹³⁾.

In the *European Commission v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* judgment⁽¹¹⁴⁾, the Court has elucidated that the concept of “sufficient performance” in relation to usual climatic conditions and considering seasonal variations, «although not defined numerically, must be understood as

⁽¹¹¹⁾ European Court of Justice, *European Commission v Republic of Bulgaria*, Judgment of the Court (Third Chamber) of 5 April 2017, C-488/15, Reports of Cases – published in the electronic Reports of Cases (Court Reports – general), para. 69.

⁽¹¹²⁾ European Court of Justice, *Lies Craeynest and Others v Brussels Hoofdstedelijk Gewest and Brussels Instituut voor Milieubeheer*, Judgment of the Court (First Chamber) of 26 June 2019, Case C-723/17, Reports of Cases – published in the electronic Reports of Cases (Court Reports – general), para. 67.

⁽¹¹³⁾ European Court of Justice, *European Commission v Ireland*, Judgment of the Court (Tenth Chamber) of 28 March 2019, C-427/17, Reports of Cases – Not yet published (General Report – Section Information on unpublished decisions), para. 170.

⁽¹¹⁴⁾ European Court of Justice, *European Commission v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Judgment of the Court (First Chamber), 18 October 2012, C-301/10, Reports of Cases – published in the electronic Reports of Cases (Court Reports – general), para. 61.

meaning that [...] all urban waste water must be collected and treated» «in order to meet the objective of protecting the environment»⁽¹¹⁵⁾. The *Janecek* judgment⁽¹¹⁶⁾ – which was delivered in relation to a reference for a preliminary ruling – offered to the ECJ the opportunity to provide some guidance with respect to the measures that States adopted to implement the then Directive 96/62/EC – that preceded Directive 2008/50/EC – and, therefore, to comply with the obligations of result that arise from that legislative act. In particular, the Luxembourg Court gave some important indications on the protection of individuals and their health, especially on the means that are available against Member States in case of their non-compliance with EU legislation aimed at ensuring air and water quality. In this respect, the ECJ stated that «whenever the failure to observe the measures regarded by the directives which relate to air quality and drinking water and which are designed to protect public health could endanger human health, the persons concerned must be in a position to rely on the mandatory rules included in those directives»⁽¹¹⁷⁾.

One can easily observe that the human rights language was not incorporated into the legal reasoning of the ECJ in the judgments recalled; especially the *Janecek* judgment may be considered a “missed opportunity” to frame the Court’s approach to urban sustainability in human rights terms, when providing its interpretive guidance to Member States.

An interesting example of how the Court’s approach might have incorporated – and, of course, might incorporate – the “rights talk”⁽¹¹⁸⁾ in its legal reasoning can be found in the Advocate General Kokott’s Opinion

⁽¹¹⁵⁾ *European Commission v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, cit., para. 53.

⁽¹¹⁶⁾ European Court of Justice, *Dieter Janecek v Freistaat Bayern*, Judgment of the Court (Second Chamber) of 25 July 2008, C-237/07, Reports of Cases – published in the electronic Reports of Cases (Court Reports – general).

⁽¹¹⁷⁾ *Dieter Janecek v Freistaat Bayern*, cit., para. 38.

⁽¹¹⁸⁾ In this regard, see the interesting views expressed by D. MISONNE, *The emergence of a right to clean air: Transforming European Union law through litigation and citizen science*, in *RECIEL – Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2020, available at onlinelibrary.wiley.com.

in the *Craeynest* case⁽¹¹⁹⁾. Moving from the premise that «Directive 2008/50 is based on the assumption that exceedance of the limit values leads to a large number of premature deaths», the Advocate General affirmed that «[t]he rules on ambient air quality therefore put in concrete terms the Union's obligations to provide protection following from the fundamental right to life under Article 2(1) of the Charter and the high level of environmental protection required under Article 3(3) TEU, Article 37 of the Charter and Article 191(2) TFEU»⁽¹²⁰⁾. Then, to clarify further the consequences of this view, Advocate General Kokott stressed that the «[m]easures which may impair the effective application of Directive 2008/50 are thus comparable, in their significance, with the serious interference with fundamental rights on the basis of which the Court made the rules on the retention of call data subject to strict review»⁽¹²¹⁾.

A possible explanation of the lack of the “rights talk” in the Court's case law considered may be sought in the fact that, in some fields that EU law addresses, «the language of protection rather than the language of rights is commonly used, while concerning issues of importance within general human rights discourse»⁽¹²²⁾, as it is the case for the environment⁽¹²³⁾. However, at the same time, «[t]here is a context of rights, and even fundamental rights, that characterizes the issue of air quality legislation [which is] due to

⁽¹¹⁹⁾ Opinion of Advocate General Kokott delivered on 28 February 2019. *Lies Craeynest and Others v Brussels Hoofdstedelijk Gewest and Brussels Instituut voor Milieubeheer*. C-723/17.

⁽¹²⁰⁾ Opinion of Advocate General Kokott, *Lies Craeynest and Others v Brussels Hoofdstedelijk Gewest and Brussels Instituut voor Milieubeheer*, cit., para. 53.

⁽¹²¹⁾ Opinion of Advocate General Kokott, *Lies Craeynest and Others v Brussels Hoofdstedelijk Gewest and Brussels Instituut voor Milieubeheer*, cit., para. 53.

⁽¹²²⁾ D. MISONNE, *The emergence of a right to clean air: Transforming European Union law through litigation and citizen science*, cit., p. 4; G. DE BÜRCA, *The Language of Rights in European Integration*, in G. MORE, J. SHAW, *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, 1995.

⁽¹²³⁾ The approach that De Búrca describes relates to the evolution of the protection of human rights in the framework of the EU that, initially, was affirmed in the case law of the ECJ, by considering human rights as general principles of EU law. Such decisions as the *Stauder* judgment, the *Nold* judgment and the *Internationale Handelsgesellschaft* judgment are landmark rulings in this sense.

the tight connection that exists between ambient air legislation and health protection»⁽¹²⁴⁾, an idea that is consistent also with the fields of protection against noise and the treatment of urban waste water⁽¹²⁵⁾.

That being said, the ECJ could enhance the protection ensured to human rights in the urban context relying on various provisions enshrined in the CFREU.

In this sense, for instance, some emphasis can be put especially on Article 7, on the right to respect for private and family life, Article 2(1), on the right to life, and, possibly, Article 35, on health care, where it provides that «[a] high level of human health protection shall be ensured in the definition and implementation of all Union policies and activities», despite it enshrines principles and programmatic requirements, in a similar fashion as Article 37 of the Charter. From this viewpoint, some considerations should be made,

⁽¹²⁴⁾ D. MISONNE, *The emergence of a right to clean air: Transforming European Union law through litigation and citizen science*, cit., p. 4. Interestingly enough, even the idea that a right to clean air may exist under EU law, on the grounds of the Directive 2008/50/EC was suggested by that paper, at p. 4.

⁽¹²⁵⁾ This idea was advanced in scholarship by De Bùrca with regard to Directive 2008/50/EC. In that sense, it should be recalled that this Directive, in Recital 30, expressly incorporates the language of human rights, where it states that it «respects the fundamental rights and observes the principles recognised in particular by the Charter of Fundamental Rights of the European Union», and where it affirms that it «seeks to promote the integration into the policies of the Union of a high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment in accordance with the principle of sustainable development as laid down in Article 37 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union».

The view recalled may be extended also to Directive 2002/49/EC, whose Recital 1 states that «[i]t is part of Community policy to achieve a high level of health and environmental protection, and one of the objectives to be pursued is protection against noise», and to Council Directive 91/271/EEC, which does not expressly mention health but often recalls the purpose of protecting the environment from the adverse impact of waste-water management. The lack of reference to the CFREU in these instruments may be explained by the fact that both Directive 2002/49/EC and Council Directive 91/271/EEC were adopted in the pre-Lisbon framework. Back then, the Nice Charter, was not a primary source of EU law; however human rights had long been recognized as general principles of EU law. In this respect, we may suggest that Council Directive 91/271/EEC and Directive 2002/49/EC are an example of the idea expressed by De Bùrca.

since the idea that Article 37 – which could be a helpful reference – is progressively «moving out of the weak category of principles under the Charter to join the category of rights»⁽¹²⁶⁾ is gaining ground. Interestingly enough, also the ECJ affirmed that «Article 52(2) provides that rights recognised by the Charter for which provision is made in the Treaties are to be exercised under the conditions and within the limits defined by those Treaties. Such is the case with Article 37 of the Charter»⁽¹²⁷⁾. In the same vein, Attorney General Cruz Villalón had affirmed that «Article 37 expressly recognises the right to environmental protection»⁽¹²⁸⁾. So far, the ECJ has not taken up these recommendations of the Advocates General, and its reluctance is probably due to the fact that the view that Article 37 of the CFREU enshrines a right is still in evolution; in this sense, the Court might not have yet felt eager to endorse this approach and to empower this provision in this way⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁶⁾ D. MISONNE, *The emergence of a right to clean air: Transforming European Union law through litigation and citizen science*, cit. p. 12.

⁽¹²⁷⁾ Then the ECJ added: «which is essentially based on Article 3(3) TEU and Articles 11 and 191 TFEU».

See European Court of Justice, *Associazione Italia Nostra Onlus v Comune di Venezia and Others*, Judgment of the Court (Third Chamber) of 21 December 2016, Caso C-444/15, Reports of Cases – published in the electronic Reports of Cases (Court Reports – general), para. 62, and European Court of Justice, *Republic of Poland v European Parliament and Council of the European Union*, Judgment of 13 March 2019, Case C-128/17, Reports of Cases – published in the electronic Reports of Cases (Court Reports – general), para 130. On this issue, see D. MISONNE, *The emergence of a right to clean air: Transforming European Union law through litigation and citizen science*, cit. p. 12.

⁽¹²⁸⁾ Subsequently, Advocate General Cruz Villalón clarified that «[t]he latter right is expressed as a principle and, moreover, does not arise in a vacuum but instead responds to a recent process of constitutional recognition in respect of protection of the environment, in which the constitutional traditions of the Member States have played a part». Opinion of Mr Advocate General Cruz Villalón delivered on 17 February 2011, *European Air Transport SA v Collège d'Environnement de la Région de Bruxelles-Capitale and Région de Bruxelles-Capitale*, C-120/10, para. 78.

⁽¹²⁹⁾ Z. KAISER, *Article 37 Charter of Fundamental Rights of the European Union: On the way to a fundamental right upgrade?*, JAEM 01 Master Thesis, Supervisor X. GROUSSOT, Lund University Library, European Business Law 15 higher education credits, Lund, 2016, pp. 48-49.

That being said, the incorporation of a human rights-based approach into the Luxembourg jurisprudence on urban sustainability is desirable for the promotion of sustainable urban development, and some examples of how it may be feasible in practice can be suggested.

For instance, the relevant provisions of the Charter may be recalled *ex officio* by the ECJ, consistently with the *iura novit curia* principle.

Again, the ECJ could make some reference to the case law of the ECtHR on urban sustainability. This kind of judicial dialogue would be consistent with the interconnection that exists between the EU legal order and the ECHR system. In fact, not only the rights enshrined in the ECHR “shall constitute” general principles of EU law, pursuant to Article 6(3) of the TEU as amended by the Treaty of Lisbon but, moreover, Article 52(3) of the CFR provides that the minimum scope and meaning of the human rights enshrined in the Charter is identified by making reference to the ECHR, as interpreted by the ECtHR. Of course, a higher level of protection can be ensured in the legal framework of the EU⁽¹³⁰⁾.

For instance, reference to the Strasbourg case law might be helpful when the ECJ has to strike the balance between economic interests and economic well-being, on the one hand, and the protection of human rights, on the other; in this sense, some inspiration may be drawn from the view of the ECtHR that economic well-being «is not sufficient to outweigh the rights of others»⁽¹³¹⁾. In this sense, it seems interesting to recall the view expressed by Advocate General Bot in his Opinion in the *Essent Belgium NV v. Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt* case, where he affirmed that «[a]lthough that principle [of integration] does not require that priority should always be given to environmental protection, it does mean that the environmental objective may be routinely balanced against the European Union’s other fundamental objectives»⁽¹³²⁾, as, for instance, the “four free-

⁽¹³⁰⁾ See the Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 52(3), available at fra.europa.eu.

⁽¹³¹⁾ *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], cit, para. 86. Also see paras. 121 ff. of the Judgment.

⁽¹³²⁾ Opinion of Advocate General Bot delivered on 8 May 2013, *Essent Belgium NV*

doms”⁽¹³³⁾. What is more, interestingly enough, in scholarship, it has been suggested that «the usage of the word “fundamental objective” can be viewed as creating a connection to the human rights discussion»⁽¹³⁴⁾.

It is also interesting to recall that Attorney General Villalón, in his Opinion in the *European Air Transport SA v. Collège d’Environnement de la Région de Bruxelles-Capitale, Région de Bruxelles-Capitale* case, suggested in a hypothetical fashion how the ECHR might be successfully invoked at the domestic level for ensuring the protection in the urban context against Member States’ non-compliance with EU law. In particular, the Advocate General suggested that whether the «Court of Justice reject[ed] an interpretation whereby Directive 2002/30 is construed as effecting maximum harmonisation [...] such an effect would oblige individuals to bring proceedings against their States on the basis of Article 8 of the Convention, as interpreted by the ECHR – and in many cases those individuals could well be successful»⁽¹³⁵⁾.

That being said, the incorporation of a human rights-approach in the framework of infringement proceedings has been encouraged in scholar-

v Vlaamse Reguleringinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt, Joined Cases C-204/12 to C-208/12, para. 97: «it seems to me, be found in the principle of integration, according to which environmental objectives, the transverse and fundamental nature of which have been noted by the Court, [...] should be taken into account in the definition and implementation of European Union policies. Although that principle does not require that priority should always be given to environmental protection, it does mean that the environmental objective may be routinely balanced against the European Union’s other fundamental objectives».

⁽¹³³⁾ The “Four Freedoms” are the free movement of goods, the free movement of capital, the freedom to establish and provide services, the free movement of persons. See: European Commission, *The European Single Market*, at ec.europa.eu. See the approach of the ECJ in European Court of Justice, Grand Chamber, *Ålands vindkraft AB v Energimyndigheten*, Judgment of 1 July 2014, C- 573/12, Reports of Cases – published in the electronic Reports of Cases (Court Reports – general).

⁽¹³⁴⁾ Z. KAISER, *Article 37 Charter of Fundamental Rights of the European Union: On the way to a fundamental right upgrade?*, cit., p. 40.

⁽¹³⁵⁾ Opinion of Mr Advocate General Cruz Villalón delivered on 17 February 2011, *European Air Transport SA v Collège d’Environnement de la Région de Bruxelles-Capitale and Région de Bruxelles-Capitale*, cit., para. 81.

ship and has been explored by EU institutions⁽¹³⁶⁾. In fact, it would help to improve the protection of human rights against Member States' violations of EU law, especially when one also considers that not all violations reach the threshold for the pre-alarm procedure provided by Article 7 of the TEU⁽¹³⁷⁾.

Finally, the approach of the Luxembourg Court to sustainable urban development may be enhanced also through the incorporation, in its legal reasoning, of the environmental integration rule enshrined in Article 11 of the TFEU. Indeed, the ECJ may raise issues *motu proprio* on the grounds of that provision, as it did in *the Concordia Bus* case. This kind of approach would help an interpretation of States' obligations under EU law consistent with the environmental integration rule. Since, as stated above, sustainable development is an objective, a principle and a rule⁽¹³⁸⁾ for the EU, this kind of approach would also be consistent with the conception that the interpretation of EU law is based on a teleological criterion. In fact, as Advocate General Jacobs stressed, Article 11 of the TFEU «is not merely programmatic [but] imposes legal obligations»⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁶⁾ European Parliament, Fact Sheets on the European Union, *The protection of fundamental rights in the EU*, available at europarl.europa.eu; O. DE SCHUTTER, *Infringement Proceedings as a Tool for the Enforcement of Fundamental Rights in the European Union*, commissioned by the Open Society European Policy Institute, October 2017, available at www.opensocietyfoundations.org. Also see: K.L. SCHEPELE, D.V. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, 2021, pp. 1-121.

⁽¹³⁷⁾ *Ibid.*

⁽¹³⁸⁾ B. SJÄFJELL, *The Legal Significance of Article 11 TFEU for EU Institutions and Member States*, cit.

⁽¹³⁹⁾ Opinion of Advocate General Jacobs, delivered on 26 October 2000, *PreussenElektra AG v Schblesweg AG*, in the presence of *Windpark Reußenköge III GmbH and Land Schleswig-Holstein*, C-379/98, para. 231. G. MARÍN DURÁN, E. MORGERA *Commentary on Article 37 of the EU Charter of Fundamental Rights - Environmental Protection*, *Edinburgh School of Law Research Paper No. 2013/20*, *Europa Working Paper No. 2013/2*, 2013.

5. — *Conclusions.*

Sustainable urban development is at the top of the international agenda, and the approach developed by the international community has progressively emphasised its interconnection with human rights, since the intertwinement between human rights and the environment was recognized at the Stockholm Conference, in the early 1970s.

The two major European Courts, the European Court of Human Rights and the European Court of Justice, have proven capable of providing noteworthy responses when dealing with urban sustainability.

Their approach is unquestionably different, but it is not surprising when one considers their respective nature and competence: the ECtHR is a human rights body, whilst the ECJ is not, besides recalling the unique nature of the European Union as a supranational organization and the characteristics of its legal order. Of course, the EU has increasingly incorporated the protection of human rights into its legal framework, a process that culminated in the inclusion into the category of the primary sources of EU law of the CFREU, which, differently from the ECHR, has also enshrined a specific provision on the environment at Article 37.

Both Courts have proven capable of giving appropriate consideration to environmental protection in the urban context, consistently with their competence, especially when it was necessary to strike the balance with competing economic interests. In this regard, however, the ECJ has not used the human rights-paradigm as much as it was possible, notwithstanding the Advocates General, in their Opinions, have often suggested this path.

However, as the paper argues, an enhanced human rights-based approach in the case law of the ECJ is not only desirable, but also viable, for example when providing interpretive guidance on EU law in the context of preliminary rulings as well as when an infringement proceeding is launched – in this sense, as the paper stressed above, a wider reference to human rights was expressly encouraged in scholarship and at the institutional level in the EU.

Nevertheless, it would not be reasonable to expect the ECJ to develop an *Urgenda*-style environmental jurisprudence, which would require important

changes in relation to its well-established position on the *Plaumann* test and the view which is constantly restated by the Luxembourg Court with regard to the legal standing of legal and natural persons with respect to annulment proceedings and actions for failure to act⁽¹⁴⁰⁾. In this sense, in fact, as the General Court has recently affirmed in the *Carvalho* case, «the claim that [...] an act infringes those rules or rights is not sufficient in itself to establish that the action brought by an individual is admissible, without running the risk of rendering the requirements of the fourth paragraph of Article 263 TFEU meaningless, as long as that alleged infringement does not distinguish the applicant individually»⁽¹⁴¹⁾.

Therefore, it would not be likely to expect the ECJ to change this view in the environmental field, and we cannot reasonably expect any change of this kind when sustainable urban development is specifically at stake either.

Otherwise, the ECtHR appears to be progressively enhancing its proactive environmental approach. The recent *Duarte Agostinho* case is clear evidence for that, as the Court was quite flexible with regard to the application of the requirements of admissibility and also recalled *motu proprio* Article 3 of the ECHR in its communication to the respondent States. It will be interesting to see how the ECtHR will develop its view in relation to that provision, on which the Court has not relied, so far, with regard to the urban dimension⁽¹⁴²⁾. In this sense, the Strasbourg case law on issues related to urban sustainability may be a suitable field for elaborating the kind of approach that, at least for now, has underlain the *Duarte Agostinho* case, especially when one considers how it valorised the importance of intergenerational equality,

⁽¹⁴⁰⁾ An in-depth, interesting analysis is made by M. PAGANO, *Overcoming Plaumann in EU environmental litigation. An analysis of ENGOs legal arguments in actions for annulment*, in this *Review*, 2019, pp. 311-360, available at rivista.dirittoeprocesso.eu.

⁽¹⁴¹⁾ M. PAGANO, *Climate change litigation before EU Courts and the 'butterfly effect'*, in *Blog Droit Européen*, 16 October 2019, available at blogdroiteuropeen.com. Order of the General Court (Second Chamber) of 8 May 2019, *Armando Carvalho and Others v European Parliament and Council of the European Union*, T-330/18, para. 48.

⁽¹⁴²⁾ So far, indeed, the ECtHR has not found a violation of Article 3 of the ECHR in relation to sustainable urban development. An interesting example is the above-mentioned case of *López Ostra v. Spain*, cit.

which is part of the very core of sustainable development. In this sense, the ECtHR seems eager to address climate change and to protect future generations; unquestionably, it will be necessary to wait until the *Duarte Agostinho* judgment is handed down in order to better assess its approach, and it will take time. But the premise is promising, and it sounds like good news also for the protection to be granted to the urban dimension. Moreover, consistently with its well-established hermeneutic approach, the ECtHR could also use the European Social Charter as a support to interpretation of the ECHR, for providing a more targeted response to urban sustainability. For instance, the Court could use Article 31, on the right to housing, which requires that appropriate standards are met in this respect, and it could be a helpful reference in practice. It could be a viable way for better defining adequate and sustainable urban living conditions.

Striking the balance between the environmental and the economic interests was a basic issue in the jurisprudence of both Courts, and developing further this approach will be crucial if the ECtHR and the ECJ want to ensure justiciability to sustainable urban development, consistently with the efforts made by the COE and the EU as strategic actors both at the regional and the global level in this field. Justiciability is an essential factor for the success of the initiatives and policies that both Organizations support in the framework of the UN, and it is necessary for achieving the objectives enshrined in the SDG 11. Judicial dialogue between the ECtHR and the ECJ may help to share and strengthen the results achieved, without overlooking that the protection granted in Strasbourg case law defines the minimum threshold of the protection to be ensured by the ECJ, according to Article 52(3) of the CFREU and as clarified by the “Explanations” on this provision.

In conclusion, we can observe that the ECtHR appears eager to push forward with its proactive approach; the ECJ is not likely to adopt a *Urgenda*-style approach in its jurisprudence, but wider use of a human rights paradigm in the urban dimension is desirable and the time looks ripe. In this sense, the idea that Article 37 of the CFREU might contemplate a specific right may help to achieve stronger results. Nonetheless, Article 37 may have

a meaningful impact also in case it “only” contained principles and programmatic requirements, as they «shall be judicially cognisable [...] in the interpretation of [EU and Member States’ environmental policies] and in the ruling on their legality»⁽¹⁴³⁾, consistently with Article 52(5) of the CFREU.

Some steps forward still have to be taken; however, both Courts are on a good track for building – possibly, also through judicial dialogue – a European human rights-consistent environmental framework for sustainable urban development.

⁽¹⁴³⁾ Article 52(5) Charter of Fundamental Rights of the European Union. See: Z. KAISER, *Article 37 Charter of Fundamental Rights of the European Union: On the way to a fundamental right upgrade?*, cit., p. 48.

EMANUELE FRATTO ROSI GRIPPAUDO^(*)

THE RIGHT OF ACCESS TO ENVIRONMENTAL INFORMATION IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

Abstract: This article traces how the right of access to environmental information has developed in the Italian legal system. After having explained the notion of access to environmental information, this article splits into three sections, each dedicated to a different legal source regulating the right of access to environmental information in Italy. In the section dedicated to international law, this article briefly introduces the Aarhus Convention, where the right of access to environmental information was first established. In the section dedicated to EU law, this article examines EU Directive 2003/4/EC which regulates the right of access to environmental information in the EU.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The concept of access to environmental information. – 3. The right of access to environmental information in international law. – 4. The right of access to environmental information in the EU. – 5. Transparency and access to environmental information in the Italian system. – 6. Conclusion.

1. — *Introduction.*

On the occasion of the 35th anniversary of *legge no. 349/1986* (Act number 349/1986)⁽¹⁾, this article will trace how the right of access to environmental information has developed in the Italian legal system. The aforementioned Act, which is entitled “[I]stituzione del Ministero dell’ambiente e norme in materia di danno ambientale” (“Establishment of the Ministry of the Environment and rules on the environmental damage⁽²⁾”), is the first in Italy to introduce the right of access to environmental information⁽³⁾. This article provides a thor-

^(*) Luiss Guido Carli University of Rome.

⁽¹⁾ *Legge 8 luglio 1986*, no. 349, at *normattiva.it*.

⁽²⁾ Translated by the author.

⁽³⁾ See article 14(3) of *legge no. 349/1986*.

ough overview of the legal sources concerning the passive form of access to environmental information in Italy. This includes international law, European Union law and Italian legislation which transposes the European Union law.

First, section two explains what the right of access to environmental information is. Section three goes on to introduce the Aarhus Convention which establishes the right of access to environmental information as one of the three procedural environmental rights which are indispensable to the practical application of environmental democracy. Section four explores the creation of the European Union's legal framework on access to environmental information after its accession to the Aarhus Convention in 2005. The EU's framework contains two separate sets of rules for information held by EU institutions and bodies, and for information held by the Member States' public administrations. Section four goes on to examine case law of the Court of Justice of the European Union that analyse the meaning of certain terms used in EU law in regulating the regime of access to environmental information. Section five shifts focus to the Italian regime concerning transparency and access to environmental information. This section begins with a reflection on the normative evolution that has characterized the topic of access to environmental information over the last 30 years. This section investigates the Italian provisions regulating access to environmental information. This section compares this with the regime for access to non-environmental information, which has also evolved over the last 30 years. Thereafter, case law from the Italian administrative courts and doctrinal works are shown to expose some practical problems affecting environmental transparency in Italy, such as the disorganization of public administration. In the end, section six contains the conclusions of the article, which evidence how, despite the successful transposition of EU law in domestic law, the Italian system of implementation is still affected by some practical problems.

2. — *The concept of access to environmental information.*

The right of access to environmental information entails the possibili-

ty for every individual or organization with legal personhood to access, at no cost, information concerning the environment which is held by public authorities⁽¹⁾. It is a tool which aims to ensure the highest possible degree of transparency, thus representing a prerequisite for effective public participation in environmental decision-making processes of governments⁽²⁾. Complete public participation requires an informed and proactive citizenry, armed with the appropriate information regarding potential endangerment to human life and health and the environment. From this perspective, the right of access is a manifestation of principle 10 of the 1992 Rio Declaration on environment and development⁽³⁾, according to which «[e]nvironmental issues are best handled with the participation of all concerned citizens».

Environmental information may be disclosed passively or actively. Active disclosure entails a duty imposed on public authorities to act affirmatively by disseminating environmental information. Passive disclosure requires the establishment of a dedicated administrative procedure, but the relevant public authorities would not act until urged to do so by a request from the public. Therefore, *effective* transparency, based on the public availability of information, differs from *potential* transparency, based on accessibility. If a public administration is to be «as transparent as a glass house»⁽⁴⁾, both forms of transparency must coexist and complement each other. To expand this metaphor, the publication of information is a window without shutters on the glass house. Accessibility is a window with shutters that are ordinarily closed, thus protecting other interests, especially private ones. These shut-

⁽¹⁾ M. DULONG DE ROSNAY, L. MAXIM, *Speaking and Governing through Freedom of Access to Environmental Information*, in A. KENYON, A. SCOTT, *Positive Free Speech. Rationale, Methods and Implications*, London, 2020, p. 173 ss.

⁽²⁾ M. PEETERS, *Judicial Enforcement of Environmental Democracy: a Critical Analysis of Case Law on Access to Environmental Information in the European Union*, in *Chinese Journal of Environmental Law*, 2020, 4, p. 13 ss.

⁽³⁾ Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992, A/CONF.151/26 (Vol I).

⁽⁴⁾ The metaphor was elaborated by the Italian deputy Filippo Turati during the parliamentary work of 1908. He declared that «where a superior public interest does not impose a momentary secret, the house of the administration should be made of glass».

ters may be opened, in whole or in part, if the applicant invokes a need for knowledge which trumps others' interests in confidentiality⁽⁵⁾.

3. — *The right of access to environmental information in international law.*

The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (hereinafter "Aarhus Convention")⁽⁶⁾ was signed in Aarhus (Denmark) on 25 June 1998 and entered into force on 30 October 2001. As of 16 October 2017, it has been ratified by 47 parties. The Convention was negotiated under the supervision of the United Nations Economic Commission for Europe. It is often praised as a unique international agreement because it adopted the prescriptive language of a human rights instrument rather than merely that of an environmental agreement⁽⁷⁾. This human rights-based approach is clear in the convention's objective set out in article one. This states «In order to contribute to the protection of the right of every person of present and future generations to live in an environment adequate to his or her health and well-being, each Party shall guarantee the rights of access to information, public participation in decision-making, and access to justice in environmental matters in accordance with the provisions of this Convention».

This links the human right to a healthy environment with three associated environmental rights, also known as the "three pillars of Aarhus": access to environmental information, public participation in environmental decision-making and access to justice in environmental matters⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ N. VETTORI, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 3, p. 539 ss.

⁽⁶⁾ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, Aarhus, 2161 UNTS 447.

⁽⁷⁾ At the first meeting of the parties in Lucca (Lucca Declaration 2004, para. 6), it the close relationship between human rights and environmental protection was recognised.

⁽⁸⁾ P. OLIVER, *Access to Information and to Justice in EU Environmental Law: the Aarhus Convention*, in *Fordham International Law Journal*, 2013, p. 1424 ss.

The Aarhus Convention regulates both the active and the passive forms of access to environmental information. Thus, article 5 examines the forms of collection and dissemination of environmental information (active), while article 4 establishes the structure of the administrative procedure for accessing environmental information (passive). Submitting an access request does not require proving an interest⁽⁹⁾. These requests must be submitted to the public authority holding the information. The public authority is given one month⁽¹⁰⁾ to disclose the information in the form requested by the public⁽¹¹⁾ or to refuse the disclosure. Public authorities can refuse a request for environmental information on specific grounds, listed in article 4(3) and 4(4) of the Convention⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ “Interest” refers to the reason the applicant requires the information or how they intend to use it, in J. EBBESSON et al., *The Aarhus Convention An Implementation Guide*, at *unec.org*, p. 80.

⁽¹⁰⁾ As article 4(2), states, an extension of this period up to two months after the request is permissible only if the volume and the complexity of the information demands it, and after having informed the applicant of the reasons justifying it.

⁽¹¹⁾ Article 4(1)(b), of the Aarhus Convention contains two exceptions to the rule. These apply when it is reasonable for the public authority to make the information available in another form (in which case reasons shall be given for making it available in that form) and when the information is already publicly available in another form.

⁽¹²⁾ According to article 4(3) «[a] request for environmental information may be refused if: (a) The public authority to which the request is addressed does not hold the environmental information requested; (b) The request is manifestly unreasonable or formulated in too general a manner; or (c) The request concerns material in the course of completion or concerns internal communications of public authorities where such an exemption is provided for in national law or customary practice, taking into account the public interest served by disclosure». According to article 4(4), «[a] request for environmental information may be refused if the disclosure would adversely affect: (a) The confidentiality of the proceedings of public authorities, where such confidentiality is provided for under national law; (b) International relations, national defence or public security; (c) The course of justice, the ability of a person to receive a fair trial or the ability of a public authority to conduct an enquiry of a criminal or disciplinary nature; (d) The confidentiality of commercial and industrial information, where such confidentiality is protected by law in order to protect a legitimate economic interest. Within this framework, information on emissions which is relevant for the protection of the environment shall be disclosed; (e) Intellectual property rights; (f) The confidentiality of personal data and/or files relating to a natural person

The Aarhus Convention is analysed in further detail elsewhere⁽¹³⁾. This introduction has provided the necessary context to investigate the European Union's approach to access to environmental information.

4. — *The right of access to environmental information in the EU.*

The European Union ratified the Aarhus Convention through Decision 17 February 2005⁽¹⁴⁾. The first pillar of the Aarhus Convention has been applied on a matter already largely governed by European law in Directive 2003/4/EC⁽¹⁵⁾ and Regulation 1049/2001/EC⁽¹⁶⁾. Directive 2003/4/EC

where that person has not consented to the disclosure of the information to the public, where such confidentiality is provided for in national law; (g) The interests of a third party which has supplied the information requested without that party being under or capable of being put under a legal obligation to do so, and where that party does not consent to the release of the material; or (h) The environment to which the information relates, such as the breeding sites of rare species». Article 4(4) also provides that «[t]he aforementioned grounds for refusal shall be interpreted in a restrictive way, taking into account the public interest served by disclosure and taking into account whether the information requested relates to emissions into the environment».

⁽¹³⁾ See, for example: KARL-PETER SOMMERMANN, *Transformative Effects of the Aarhus Convention in Europe*, in *Heidelberg Journal of International Law (HJIL)*, 2017, p. 321 ss.; L. KRAMER, *Citizens' rights and administration duties in environmental matters: 20 years of the Aarhus convention*, in *Revista catalana de dret ambiental*, 2018, 9(1), p. 1 ss.; E. BARRITT, *Global Values, Transnational Expression: From Aarhus to Escazú*, in *TLI Think!*, Paper no. 11/2019; M. MASON, *Information Disclosure and Environmental Rights: The Aarhus Convention*, in *Global Environmental Politics*, August 2010, p. 10 ss.; A. BARCEA, *The Escazú Agreement: An Environmental Milestone for Latin America and the Caribbean*, in *cepal.org*.

⁽¹⁴⁾ Council Decision 2005/370/EC of 17 February 2005 on the conclusion, on behalf of the European Community, of the Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters, at *eur-lex.europa.eu*.

⁽¹⁵⁾ Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC, *eur-lex.europa.eu*.

⁽¹⁶⁾ Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, at *eur-lex.europa.eu*.

regulates access to environmental information held by public authorities of Member States. Regulation 1049/2001/EC regulates access to information held by the European Parliament, the Council and the Commission.

When the Aarhus Convention negotiations began, the European Union already had a regulation concerning access to environmental information held by Member States' administrations. Indeed, the transposition of Directive 90/313/EEC⁽¹⁷⁾ by EU Member States created a mechanism for public access to environmental information held by public authorities. The aim of this directive was to «ensure freedom of access to, and dissemination of, information on the environment held by public authorities» (article 1). Accordingly, Member States were given dual responsibilities⁽¹⁸⁾: to disclose environmental information upon request and to spontaneously supply general information on the state of the environment to the public. This directive's definitions of “information regarding the environment” and of “public authorities” (article 2) are embryonic compared to the ones enshrined in article 2 of the Aarhus Convention. This is also true of the potential justifications for refusing access (article 3). Additionally, the directive did not make provision for access procedures, leaving this to the Member States to determine. However, the directive presents many similarities to the Aarhus Convention. This is because the Aarhus Convention was drafted in a context which reflects the European legal framework.

Although the European Union ratified the Aarhus Convention in 2005, it had already updated its legal system in compliance with the prescriptions contained in the Aarhus Convention. Thus, a few years after the Convention entered into force, Directive 2003/4/EC was adopted. However, as the Court of Justice of the European Union (hereinafter “CJEU”) stated in a landmark ruling⁽¹⁹⁾, this directive excludes some sectors where more specific

⁽¹⁷⁾ Council Directive 90/313/EEC of 7 June 1990 on the freedom of access to information on the environment, at *eur-lex.europa.eu*.

⁽¹⁸⁾ M. GAVOUNELI, *Access to Environmental Information: Delimitation of a Right*, in *Tulane Environmental Law Journal*, 2000, p. 303 ss.

⁽¹⁹⁾ In Case C-524/09, *Ville de Lyon v Caisse des dépôts et consignations* (2010) ECLI:EU:C:2010:822.

frameworks already existed regarding specific disclosure and confidentiality provisions.

The drafting of Directive 2003/4/EC has clearly been influenced by the principles of the Aarhus Convention. Consequently, the directive structures the right of access to environmental information in the same way as in the Aarhus Convention. This right is regulated in its passive form in article 3 and in its active form in article 7. Directive 2003/4/EC is more detailed than Directive 90/313/EEC, with more articulated definitions and rules for the access procedure. It also goes beyond the requirements of the Aarhus Convention in a number of ways⁽²⁰⁾. First, the notion of “environmental information” is defined more broadly, to include questions of health and security as well as administrative measures, legal acts, reports and economic analyses concerning the environment. Second, the concept of “public authority” does not refer only to public administrations, as in Directive 90/313/EEC, but also to any natural or legal person performing public administrative functions or providing public services, being aligned with the functional understanding expressed in the Aarhus Convention⁽²¹⁾. Third, the form in which information is to be made available is not specified in Directive 90/313/EEC. Conversely, Directive 2003/4/EC is harmonized with the Aarhus Convention in this regard, and also supplements this with an obligation to «make all reasonable efforts to maintain environmental information held by or for them in forms or formats that are readily reproducible and accessible by computer telecommunications or by other electronic means». Fourth, Directive 2003/4/EC aligns with the Aarhus Convention concerning deadlines for making information available, improving on the

⁽²⁰⁾ D. BLUNDELL, *The Influence of Aarhus on Domestic and EU Law: Access to Information*, at landmarkchambers.co.uk.

⁽²¹⁾ The definition of “public authority” is given in article 2(2), of Directive 2003/4/EC. This states that Member States may define public authority to exclude «bodies or institutions when acting in a judicial or legislative capacity». This exception has been explained in Case C-204/09, *Flachglas Torgau GmbH v Federal Republic of Germany* (2012) ECLI:EU:C:2012:71. In Case C-515/11, *Deutsche Umwelthilfe eV v Bundesrepublik Deutschland* (2013) ECLI:EU:C:2013:523, the court excluded bodies or institutions when adopting regulations that are of a lower rank than a law from the scope of this exception.

Directive 90/313/EEC deadline of two months. Fifth, the duties on national authorities for collecting or disseminating information, which Directive 90/313/EEC barely mentions, are more numerous than those stated in the Aarhus Convention. Finally, the grounds for refusing to provide access to environmental information are small in number in Directive 90/313/EEC. These are expanded in Directive 2003/4/EC in line with the Aarhus Convention. Both Directive 90/313/EEC and Directive 2003/4/EC take a similar approach to the issue of charges. Both directives align with the Aarhus Convention rule that these charges shall not exceed a reasonable amount⁽²²⁾.

Directive 2003/4/EC leaves little space for Member States discretion in implementation⁽²³⁾. The Directive ensures precise transposition by formulating the right of access to information authoritatively. It ensures effective implementation through the imposition of a well-designed support structure. However, according to recital 24, Directive 2003/4/EC only establishes a minimum level of protection. Member States are permitted to go further. Additionally, the Member States may diverge from the directive's list of grounds for refusal, which are included only as suggestions (article 4).

National courts of the Member States have requested preliminary rulings under Article 267 TFEU of the CJEU to interpret article 4 of Directive 2003/4/EC. Those which have provided useful clarification will be explored here.

In Case C-619/19, *Land Baden-Württemberg v. D.R.*⁽²⁴⁾ concerning an article 4(1) justification⁽²⁵⁾, the German Federal Administrative Court sought a

⁽²²⁾ In Case C-71/14, *East Sussex County Council v Information Commissioner and others* (2015) ECLI:EU:C:2015:656, the court stated the general principle that the charge should not exceed a reasonable amount according to the financial capacity of the person concerned.

⁽²³⁾ A. RYALL, *Access to Environmental Information in Ireland: Implementation Challenges*, in *Journal of Environmental Law*, 2011, p. 45 ss.

⁽²⁴⁾ Case C-619/19, *Land Baden-Württemberg v. D.R.* (2021) ECLI:EU:C:2021:35.

⁽²⁵⁾ According to article 4(1) «[m]ember States may provide for a request for environmental information to be refused if: (a) the information requested is not held by or for the public authority to which the request is addressed. In such a case, where that public authority is aware that the information is held by or for another public authority, it shall, as soon

definition of “internal communication” and clarification regarding the duration of the exception that allows public authorities to refuse the disclosure of internal communications. The CJEU contested the interpretation provided by the Aarhus implementation guide⁽²⁶⁾, stating that «there is nothing in the wording of article 4(1)(e) of Directive 2003/4 to suggest that the term ‘internal communications’ should be interpreted as covering only the personal opinions of a public authority’s staff and essential documents or as not including information of a factual nature».

The CJEU referred to the argument in Case C-182/10⁽²⁷⁾ that the observations in the Aarhus implementation guide do not have the same binding force or normative effect of the provisions of the convention. Thus, it stated that the term “internal communication” must be interpreted in a way that «covers all information which circulates within a public authority and which, on the date of the request for access, has not left that authority’s internal sphere – as the case may be, after being received by that authority, provided that it was not or should not have been made available to the public before it was so received».

The CJEU clarified that the internal communication exception is not subject to time limits. However, because use of this exception must be based on

as possible, transfer the request to that other authority and inform the applicant accordingly or inform the applicant of the public authority to which it believes it is possible to apply for the information requested; (b) the request is manifestly unreasonable; (c) the request is formulated in too general a manner, taking into account Article 3(3); (d) the request concerns material in the course of completion or unfinished documents or data; (e) the request concerns internal communications, taking into account the public interest served by disclosure». On this last point, article 4(1) specifies that «[w]here a request is refused on the basis that it concerns material in the course of completion, the public authority shall state the name of the authority preparing the material and the estimated time needed for completion».

⁽²⁶⁾ «The second part of this exception concerns “internal communications”. Again, Parties may wish to clearly define “internal communications” in their national law. In some countries, the internal communications exception is intended to protect the personal opinions of government staff. It does not usually apply to factual materials even when they are still in preliminary or draft form», in J. EBBESSON ET AL, See *supra* note 11, p. 85.

⁽²⁷⁾ See Case C-182/10 *Solvay and Others* (2012) ECLI:EU:C:2012:82.

a balance of the involved interests, the exception can be invoked «only for the period during which protection of the information sought is justified».

With reference to the refusal justification in article 4(2)⁽²⁸⁾, in a landmark ruling⁽²⁹⁾ the CJEU focused on the importance of the circumstances in which the confidentiality of the environmental information can be invoked. These circumstances must be expressly defined in national law with a definition of the article 4(2)(a) reference to “proceedings”. This should not be left to be unilaterally determined by public authorities.

In a different case, the CJEU interpreted the justification for denying access to information based on a negative effect on the confidentiality of commercial or industrial information⁽³⁰⁾. The CJEU stated that this does not require, for its application, the presentation of a request for confidential treatment ahead of the application for disclosure. According to the CJEU, the competent authority which received the request for information can deny disclosure if the applicant did not request confidentiality in relation to the same procedure. Therefore, the CJEU concluded that «that authority must be able to examine, as appropriate on the basis of that applicant’s objection, whether

⁽²⁸⁾ According to Article 4(2) «[m]ember States may provide for a request for environmental information to be refused if disclosure of the information would adversely affect: (a) the confidentiality of the proceedings of public authorities, where such confidentiality is provided for by law; (b) international relations, public security or national defence; (c) the course of justice, the ability of any person to receive a fair trial or the ability of a public authority to conduct an enquiry of a criminal or disciplinary nature; (d) the confidentiality of commercial or industrial information where such confidentiality is provided for by national or Community law to protect a legitimate economic interest, including the public interest in maintaining statistical confidentiality and tax secrecy; (e) intellectual property rights; (f) the confidentiality of personal data and/or files relating to a natural person where that person has not consented to the disclosure of the information to the public, where such confidentiality is provided for by national or Community law; (g) the interests or protection of any person who supplied the information requested on a voluntary basis without being under, or capable of being put under, a legal obligation to do so, unless that person has consented to the release of the information concerned; (h) the protection of the environment to which such information relates, such as the location of rare species».

⁽²⁹⁾ See Case C-204/09, in *supra* note 24.

⁽³⁰⁾ Case C-442/14, *Bayer CropScience SA-NV and others v College voor de toelating van gewasbeschermingsmiddelen en biociden* (2016) ECLI:EU:C:2016:890.

that disclosure would adversely affect the confidentiality of commercial or industrial information and whether that request should not be refused pursuant to point (d) of the first subparagraph of article 4(2) of that directive».

When considering refusal of an access to information request, public authorities must always carefully balance the public interest in disclosure with competing interests indicated by article 4 of Directive 2003/4/EC. These interests must be interpreted restrictively⁽³¹⁾. However, an important exception included in the Aarhus Convention is that “emissions into the environment” should always be disclosed⁽³²⁾. The CJEU interpreted this broad concept in a ground-breaking ruling which establishes three principles of law⁽³³⁾.

First, the CJEU declared that distinctions between “emissions”, “discharges” and other “releases” are irrelevant and artificial when considering the objectives of Directive 2003/4/EC. Indeed, the CJEU stated «emissions of gas or substances into the atmosphere and other releases or discharges such as the release of substances, preparations, organisms, micro-organisms, vibrations, heat or noise into the environment, in particular into air, water or land, may affect those various elements of the environment».

Furthermore, the CJEU recalled that in many European Union acts⁽³⁴⁾

⁽³¹⁾ «Parties and public authorities must interpret the exceptions in a “restrictive way”. For example, if an official refuses to release information by claiming one of the exceptions, he or she could be required to go through a process to ensure that the decision to use the exception is not arbitrary and that in each case the release of information would lead to actual harm to the relevant interests», in J. EBBESSON ET AL, See supra note 11, p. 90.

⁽³²⁾ According to Article 4(2) of Directive 2003/4/EC, «[t]he grounds for refusal mentioned in paragraphs 1 and 2 shall be interpreted in a restrictive way, taking into account for the particular case the public interest served by disclosure. In every particular case, the public interest served by disclosure shall be weighed against the interest served by the refusal. Member States may not, by virtue of paragraph 2(a), (d), (f), (g) and (h), provide for a request to be refused where the request relates to information on emissions into the environment».

⁽³³⁾ See supra note 33.

⁽³⁴⁾ The ruling contains a list which includes: Directive 2010/75/EU of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 on industrial emissions; Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage;

the notions of “emissions”, “discharges” and “releases” are mostly used interchangeably.

Second, the CJEU established that the concept of “emissions into the environment” should not be restricted to emissions covered by Directive 2010/75/EU. This directive does not define emissions to include those emanating from a product being sprayed in the air or applied to plants, in water or on land. The CJEU recalled that neither the Aarhus Convention nor Directive 2003/4/EC interpret the notion of “emission into the environment” as restricted to emissions emanating from determined industrial installations. The CJEU clarified that “emissions into the environment” must be limited to “non-hypothetical emissions”, meaning «actual or foreseeable emissions from the product or substance in question under normal and realistic conditions of use».

Third, the CJEU provided an interpretation of “information on emissions into the environment” which states «information on emissions into the environment within the meaning of the second subparagraph of Article 4(2) of Directive 2003/4 must be interpreted as covering not only information on emissions as such, namely information concerning the nature, composition, quantity, date and place of those emissions but also data concerning the medium to long-term consequences of those emissions on the environment».

Turning now to the right of access to documents of the EU institutions, bodies, offices and agencies, this right is provided by primary European law. Before the Treaty of Lisbon, which entered into force in 2009, it was provided by Article 255 of the Treaty of the European Community. Now, it is provided by article 15 TFEU, and by article 42 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The right of access is implemented in Regulation 1049/2001, which regulates both active and passive provision of information. This Regulation is supplemented by Regulation

Regulation EC no 166/2006 of the European Parliament and of the Council of 18 January 2006 concerning the establishment of a European Pollutant Release and Transfer Register and amending Council Directives 91/689/EEC and 96/61/EC.

1367/2006⁽³⁵⁾ which extends the provisions regarding access to environmental information of the Aarhus Convention to EU institutions and bodies. Thus, the right of access to environmental information held by EU bodies suffers from the absence of a distinct legal measure which deals exclusively with it⁽³⁶⁾. This particular form of access is analysed elsewhere in the literature⁽³⁷⁾. This article will now move to focus on the transposition of Directive 2003/4/EC in Italian law.

5. — *Transparency and access to environmental information in the Italian legal system.*

The establishment of a right of access to environmental information was ground-breaking in contexts like 1980s Italy where administrative secrecy dominates legal culture. The following three decades saw information disclosure grow into a broader legal trend. *Legge no. 349/1986*, still in effect today, contains the substantial right of access to environmental information, stating that the relevant administrative procedures are exercised in accordance with the laws in force⁽³⁸⁾. However, in 1986 there was no law regulating

⁽³⁵⁾ Regulation (EC) no 1367/2006 of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community institutions and bodies, at *eur-lex.europa.eu*.

⁽³⁶⁾ S. WOLF, *Access to EU environmental information: EU compliance with Aarhus Convention*, in *ERA Forum*, 2013, p. 475 ss.

⁽³⁷⁾ See, for example: J. BAZYLIŃSKA-NAGLER, *The right of access to environmental information in the light of the case C-673/13 P of 23 November 2016 – European Commission v Stichting Greenpeace Nederland*, in *Wroclaw Review of law, administration and economics*, 2018, p. 66 ss.; H. LABAYLE, *Openness, transparency and access to documents and information in the European Union*, *European Parliament Policy Department: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, 2013, at *europarl.europa.eu*; F. DEANA, *Democrazia ambientale ed eccezioni al diritto fondamentale di accesso alle informazioni detenute dagli organi dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, 1, p. 1 ss.

⁽³⁸⁾ For a thorough overview of the access regulations in Italy in the nineties, see M.T. PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, *Lineamenti sul diritto di accesso ai documenti amministrativi nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, p. 705 ss.

the administrative process for access to environmental – or any other information – held by public authorities.

The earliest law regulating the administrative process for access to environmental information is *legge no. 241/1990* (“act no. 241/1990”)⁽³⁹⁾. This law regulates general administrative procedure and the right of access to administrative documents held by public authorities in Italy at large⁽⁴⁰⁾. However, from 1990 to 1997, it was also used to regulate access to environmental information procedures. Thereafter, the European Union adopted many normative acts which affected the national legal system and promoted public awareness and citizens’ participation by making information broadly available.

In light of this EU normative production, two specific legal acts have followed *legge no. 241/1990*. First, *decreto legislativo no. 39/1997* (“legislative decree no. 39/1997”)⁽⁴¹⁾, which implements European Directive 90/313/CEE. Then, *decreto legislativo no. 195/2005* (“legislative decree no. 195/2005”)⁽⁴²⁾, which implements European Directive 2003/4/CE and replaced *decreto legislativo no. 39/1997*. Hence, as also stated by article 3-*sexies* of the Italian Environment Code⁽⁴³⁾, access to environmental information is now regulated by the provisions contained in *decreto legislativo no. 195/2005*. In particular, articles 3 to 7 regulate the passive right to information while article 8 regulates the active right to information⁽⁴⁴⁾. Where *decreto legislativo no. 195/2005* does not find application, the general provisions of *legge no. 241/90* do so. In the Italian legal system, administrative courts have exclusive jurisdiction in matters of access to information⁽⁴⁵⁾.

⁽³⁹⁾ Legge 7 agosto 1990, no. 241 at *normattiva.it*.

⁽⁴⁰⁾ See article 22 ss.

⁽⁴¹⁾ Decreto legislativo 24 febbraio 1997, no. 39 at *normattiva.it*.

⁽⁴²⁾ Decreto legislativo 19 agosto 2005, no. 195 at *normattiva.it*.

⁽⁴³⁾ *Decreto legislativo 3 aprile 2006, no. 152* (“legislative decree no. 3/2006”), at *normattiva.it*.

⁽⁴⁴⁾ Space does not permit an exhaustive examination of the various forms of dissemination of environmental information regulated by the Italian decision makers. These are listed in the fourth update of the national report of Italy on the implementation of the Aarhus convention, adopted on 20 January 2017, at *unece.org*.

⁽⁴⁵⁾ See article 133(1)(a) of *Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104* (legislative decree no.

As most of Italian and European normative acts, *decreto legislativo no. 195/2005* provides some definitions before dealing with the matter of access to environmental information. These definitions, contained in article 2, align with those contained in article 2 of Directive 2003/4/EC. The notion of “environmental information” has been clarified several times by Italian administrative courts to align with the CJEU jurisprudence. Italian administrative courts stated that, if necessary, public authorities should process and simplify information before disclosing it to make it accessible to the requester⁽⁴⁶⁾. This will allow the requester to understand the content of the environmental information and utilize it for their purposes. Italian administrative courts also specified that the provisions contained in *decreto legislativo no. 195/2005* only apply to information concerning the state of the environment (air, underground, natural sites, etc.) and factors which may affect the environment (substances, energies, noise, radiations, emissions), health and human safety. This excludes all facts and documents which have no environmental relevance⁽⁴⁷⁾. However, the definition of “information concerning the state of the environment” has been considerably expanded by the case law⁽⁴⁸⁾ to include, for example, protection of the landscape and hunting⁽⁴⁹⁾.

104/2010). Italian administrative courts of first instance are *Tribunale amministrativo regionale* (“Regional administrative Court”, hereinafter “T.A.R.”), one or two seats of which are based in every region and in the two autonomous provinces of Trento and Bolzano. The Italian appeal administrative court is *Consiglio di Stato* (“Council of State”, hereinafter “Cons. Stato”), based in Rome. Sicily has its own administrative court of appeal, which is *Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana*.

⁽⁴⁶⁾ Ruling no. 645, made by the second chamber of T.A.R. Calabria on 5 November 2018, in *Foro amministrativo*, 2018, 11, p. 2079. Ruling no. 3206, made by the first chamber of T.A.R. Lazio – Roma on 7 March 2017, in www.giustizia-amministrativa.it, last accessed March 2021.

⁽⁴⁷⁾ Ruling no. 2557, made by the fourth chamber of Cons. Stato on 20 May 2014, in www.giustizia-amministrativa.it, last accessed March 2021. Ruling no. 9878, made by the first chamber of T.A.R. Lazio – Roma on 21 September 2016, in giustizia-amministrativa.it.

⁽⁴⁸⁾ Ruling no. 4727, made by the sixth chamber of Cons. Stato on 9 August 2011, in giustizia-amministrativa.it.

⁽⁴⁹⁾ Ruling no.1870, made by the second chamber of T.A.R. Toscana on 30 July 2008, in giustizia-amministrativa.it.

According to article 3 of *decreto legislativo no. 195/2005*, public authorities shall grant access to environmental information to any applicant who requests it, whether or not they can prove an interest. This permits the widest possible access to environmental information⁽⁵⁰⁾. However, Italian administrative courts stated that, in order to access the requested information, the applicant has the burden of demonstrating that the interest they intend to pursue is an environmental interest, as qualified by *decreto legislativo no. 195/2005*, and is therefore aimed at protecting the integrity of environmental matrices⁽⁵¹⁾. Therefore, the applicant who aims at obtaining the disclosure of information should demonstrate the functional link between that particular information and the elements of the environment or the factors affecting or likely to affect the environment. E.g, if the applicant is asking for the disclosure of an administrative measure, they should demonstrate the functional link between that particular administrative measure and the elements of the environment or the factors affecting or likely to affect the environment⁽⁵²⁾. Thus, these courts do not permit this right of access, specific to environmental law, to be used for different purposes, such as to pursue economic interests⁽⁵³⁾.

Another clarification provided by the courts is that the applicant does not need to specify the documents in which the information is enshrined. They may provide a general request for information regarding a particular environmental issue to the administration holding the information which will have an obligation to acquire all relevant information for preparation

Ruling no. 577, made by the first chamber of T.A.R. Marche on 17 June 2009, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁵⁰⁾ Ruling no. 5511, made by the sixth chamber of T.A.R. Campania – Napoli on 22 November 2019, in *Foro amministrativo*, 2019, p. 1920.

⁽⁵¹⁾ Ruling no. 2724, made by the fifth chamber of Cons. Stato on 21 giugno 2016, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁵²⁾ Ruling no. 2131, made by the sixth chamber of Cons. Stato on 8 May 2008, in *Foro amministrativo CDS*, 2008, 1(5), p. 1526.

⁽⁵³⁾ Ruling no. 4636, made by the third chamber of Cons. Stato on 5 October 2015, in *Foro amministrativo*, 2015, p. 2487.

and communication to the applicant⁽⁵⁴⁾. However, while the request may be formulated non-specifically, it cannot be so vague as to amount to a general inspection of the activities carried out by a public administration⁽⁵⁵⁾. In accordance with the principles of proportionality, cost-effectiveness and reasonableness, only requests for access which do not result in a disproportionate burden on the administration, such as to jeopardise its management efficiency, are allowed⁽⁵⁶⁾.

The public authority receiving the request has 30 days to provide the information. If the volume and the complexity of the information is such that the public authority cannot comply with the abovementioned thirty-day period, the public authority shall disclose the information within 60 days after the receipt of the request. In the latter case, the public authority shall timeously, and in any case before the end of that thirty-day period, inform the applicant about the extension and provide an explanation. If a public authority receives a request that is too vague, they may ask the applicant, within 30 days, to specify the terms of the request. The applicant may be assisted in this by the public authority. The public authority may provide the applicant with information about the use of public registers in its possession containing the list of types of environmental information that can be requested. Unless the information is already publicly available in another form or format or it is reasonable for the public authority to make it available in another form or format, the public authority shall disclose the information in the specific form or format the applicant has required.

Article 5 of *decreto legislativo no. 195/2005* lists the grounds for refusal, which almost perfectly align with those listed in Directive 2003/4/EC article 4. Thus, legitimate refusals have been considered by administrative courts to include cases where the documentation requested does not ex-

⁽⁵⁴⁾ Ruling no. 996, made by the sixth chamber of Cons. Stato on 16 February 2011, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁵⁵⁾ R. PORRATO, *Informazione ambientale e trasparenza: due discipline a confronto*, in *Il piemonte delle autonomie*, 2016, 3.

⁽⁵⁶⁾ Ruling no. 68, made by the first chamber of T.A.R. Campania – Napoli on 12 January 2010, in *giustizia-amministrativa.it*.

ist⁽⁵⁷⁾ and cases where the request is so vague that it would be excessively burdensome to the work of the administrative bodies due to the amount of complex information requested⁽⁵⁸⁾. One example of this was a request for epidemiological and health data on the incidence of disease for citizens living within a two-kilometer range of an incinerator⁽⁵⁹⁾. In some other cases, administrative law judges refused access to information to protect the ability of a public authority to conduct enquiries of a criminal nature. One example of this was a request for data concerning a police investigation on a land-fill and the surrounding land⁽⁶⁰⁾. On other occasions, administrative courts consented disclosure of environmental information despite the presence of a conflicting interest. One example of this was a request for environmental information containing industrial and confidential data that was proposed in order to protect the applicant's right to health and respect for noise emission limits of production activities⁽⁶¹⁾.

Article 7 of *decreto legislativo no. 195/2005* regulates remedies given to the Italian State to applicants who have had their request for access to environmental information denied or ignored. This article implements the provisions contained in article 6 of Directive 2003/4/EC and article 9 of the Aarhus convention. The argument relates to the third pillar of the Aarhus convention (access to justice) and therefore it will not be considered here.

There has not been a review of the implementation of Aarhus Convention provisions on access to environmental information in Italy. According to the fourth update of the national report of Italy on the implementation of

⁽⁵⁷⁾ Ruling no. 3206, made by the first chamber of T.A.R. Lazio – Roma on 7 March 2017, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁵⁸⁾ Ruling no. 663, made by the first chamber of T.A.R. Lazio – Latina on 24 December 2018, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁵⁹⁾ Ruling no. 12, made by the first chamber of T.A.R. Lazio – Latina on 16 January 2019, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁶⁰⁾ Ruling no. 9878, made by the first chamber of T.A.R. Lazio – Roma on 21 September 2016, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁶¹⁾ Ruling no. 949, made by the first chamber of T.A.R. Liguria on 22 September 2016, in *Dirittoegiustizia.it*, 2016, 7 November.

the Aarhus convention, this problem is due to «the large number of public authorities in the Country and the non-homogenous modes and procedures implemented at local level». The few information available is provided by individual reports published by public authorities. One of these reports is the annual report made by the Public Relations Office (hereinafter “PRO”) of *Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale* (hereinafter “ISPRA”)⁽⁶²⁾ which contains the number of requests for access to environmental and non-environmental information. The PRO also has the function of assigning the access to information requests to the specific public authority that holds the requested documents. In the 2019 report, ISPRA’s PRO has recorded a total of 1201 requests for access to documents and information both in environmental matters and related to the organization and functions of the authority, of which 1190 (89%) were processed or sorted by the competent structures⁽⁶³⁾, ten were rejected and only one partially accepted⁽⁶⁴⁾.

The report notes clear interest in “air” issues and that the information provision complies with the deadlines set out in law. It also states that the majority of applicants are satisfied with the access to environmental information service provided by ISPRA’s PRO⁽⁶⁵⁾. This office submits a high number of requests to the competent structures, which provide feedback to the users and provide information on the outcome of the access procedure to the PRO. However, the competent structures did not provide the PRO with information on the outcome of 137 of the abovementioned requests. The report states that these requests «are directly presumed to be met in

⁽⁶²⁾ ISPRA is a public research institution in charge of disseminating environmental information. ISPRA also coordinates the *Sistema informativo nazionale ambientale*, which is the main national environmental information system for the collection and monitoring of environmental information.

⁽⁶³⁾ Every region has its own agency for environmental protection, named *agenzia regionale per la protezione dell’ambiente*. The autonomous provinces of Trento and Bolzano have their own provincial agencies for environmental protection, named *Agenzia provinciale per la protezione dell’ambiente*.

⁽⁶⁴⁾ ISPRA’s 2019 *Report sulle richieste di accesso alle informazioni ambientali e agli atti documentali*, in *isprambiente.gov.it*.

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*, p. 17.

the absence of complaints from the applicant». What is stated in the report unequivocally proves widespread malfunctioning of Italian public administration. A virtuous public body like ISPRA finds itself having to work with other public bodies that sometimes are not cooperative. This negatively affects the outcome of the ISPRA report, insofar as it cannot evaluate the outcome of all the requests of information. Thus, the report is partly founded on mere presumptions instead of being based on actual facts.

Italian public administration combines malpractice with structural deficiencies, such as a lack of public relations offices.⁽⁶⁶⁾ Also, some citizens find it difficult to access online platforms, where information is kept. These deficiencies place a burden on the public administration which must assist citizens in accessing information that is already publicly available on the internet.

Regardless, the work carried out by the Italian decision makers is reputed by some authors to be a particularly good example of transposing Directive 2003/4/EC. Additionally, the “spillover effects” following implementation in Italy transformed citizen access from being a mere concession to a stand-alone right.⁽⁶⁷⁾ Since the entry into force of *legge no. 241/1990* and until the reform of 2013, free and unconditioned access to information held by the public administration has been guaranteed only for environmental matters. Indeed, according to the provisions contained in *legge no. 241/1990*, the right to access and copy any administrative document held by a public authority was granted only to those natural or legal persons who can prove the existence of a real, direct and current interest corresponding to a legally protected interest. This was the only exception to the secrecy of administrative acts in Italy. The right of access to administrative documents was considered more like a participation instrument – granted only to certain subjects – than a means for monitoring the exercise of administrative power. Thus,

⁽⁶⁶⁾ F. CARPITA, *El acceso a la información ambiental en el marco de la Convención de Aarhus: desafíos pendientes*, in *Revista Española de la Transparencia*, 2019, p. 199 ss.

⁽⁶⁷⁾ C. FRAENKEL-HAEBERLE, J. SOCHER, *Direct and indirect europeanisation of national administrative systems. Implementation and spillover effects of the environmental information Directives in a comparative perspective*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, 2018, p. 125 ss.

transparency was conceived only to ensure the visibility, knowledge and comprehensibility of the operating methods and structural arrangements with which public administration operates in the performance of its tasks of concrete care of the public interest.

Although their effects were limited to the environmental field, *legge no. 349/1986* and *decreto legislativo no. 195/2005* introduced a ground-breaking form of right of access to information, characterized by gratuitousness and universality. The right of access to environmental information has become a testing ground for the protection of citizens and the creation of more advanced and modern procedural guarantees of transparency and impartiality in administrative action⁽⁶⁸⁾. The European framework on access to environmental information has taken steps to advance the Italian approach to information disclosure more broadly. The direction of movement is away from the rule of secrecy and toward fundamental rights of access to information to ensure proper institutional functioning, correct use of public resources and participation in public debate.

The benefits of this progressive expansion of transparency became clear in 2013 when the Italian government adopted *decreto legislativo no. 33/2013* (“legislative decree no. 33/2013”)⁽⁶⁹⁾. This decree, at article 5(1), creates a new right of access to information held by public authorities, named *accesso civico semplice* (“simple civic access”). The decree obliges public administrations to publish on their website certain categories of data, information or documents, making them accessible to users. The right of “simple civic access” is granted to any natural or legal person, permitting them to freely access data, information or documents held by public authorities in cases where their mandatory publication has been omitted. Therefore, the right of “simple civic access” results in an *actio popularis* with a “corrective” purpose⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁸⁾ M. CIAMMOLA, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale: dalla legge istitutiva del ministro dell'ambiente al d.lg. no. 195 del 2005*, in *Foro amministrativo CDS*, 2007, p. 657 ss.

⁽⁶⁹⁾ Decreto legislativo 14 marzo 2013, no. 33, in *normattiva.it*.

⁽⁷⁰⁾ V. TORANO, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Diritto amministrativo*, 2013, p. 789 ss.

Further evolutions in transparency occurred in 2016 when the Italian government adopted *decreto legislativo no. 97/2016* (“legislative decree no. 97/2016”)⁽⁷¹⁾. This decree amends *decreto legislativo no. 33/2013*. It conceives of transparency as total access to data and documents held by public administrations in order to protect natural or legal person’s rights, promote participation of interested parties in administrative activities, and encourage anyone interested to exercise widespread forms of control over the pursuit of institutional functions and the use of public resources. Transparency is guaranteed by a new right of access to information held by public authorities, named *accesso civico generalizzato* (“generalised civic access”). This functions to meet “objective” principles, such as of democracy, transparency and good performance⁽⁷²⁾. The 2016 reform, which is inspired by the logic of the United States Freedom of information act, gives to any natural or legal person the right of access to data, information or documents held by public authorities that are not subject to mandatory publication, while respecting the limitations related to the protection of legally relevant public and private interests⁽⁷³⁾.

Article 40 of *decreto legislativo no. 33/2013*⁽⁷⁴⁾ excludes from the scope of the reform the provisions contained in *decreto legislativo no. 195/2005*, considered to be of greater protection. The purpose of this exclusion is to avoid possible overlaps between the regulation provided for in *decreto legislativo no. 33/2013* and that provided for in *decreto legislativo no. 195/2005*. This was acknowledged by the Italian administrative courts, which stated that the relationship between *decreto legislativo no. 195/2005* and *decreto legislativo no. 33/2013* can be qualified in terms of identity and mutual integration, so that any request for access to environmental information can be qualified as civic access⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷¹⁾ Decreto legislativo 25 maggio 2016, no. 97, in *normattiva.it*.

⁽⁷²⁾ M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Diritto amministrativo*, 2019, p. 453 ss.

⁽⁷³⁾ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, p. 255.

⁽⁷⁴⁾ I.A. NICOTRA, *Dall'accesso generalizzato in materia ambientale al Freedom of information act*, at *www.federalismi.it*, 6 June 2018.

⁽⁷⁵⁾ Ruling no. 2158, made by the sixth chamber of Cons. Stato on 9 April 2018, in *giustizia-amministrativa.it*.

In light of the above considerations, it is clear that the right of access to environmental information improved efforts to ensure transparency in connection with public power in Italy. The right to generalised civic access grants accessibility to information in all fields, expanding the accessibility introduced for environmental information 30 years ago. Now, the relationship between the right of access to environmental information and the right to generalised civic access is such that the latter is a general rule adaptable to all types of data and information and the former relates exclusively to environmental data and information. Although article 40 of *decreto legislativo no. 33/2013* prohibits overlap between the right of access to environmental information and the right to generalised access, it is no longer clear which legislative act (*legge no. 241/1990* or *decreto legislativo no. 33/2013*) contains the general rules on access to information.

Some authors argue that generalised civic access has an all-embracing nature. In fact, it joined pre-existing forms of access to information rather than absorbing them⁽⁷⁶⁾. Now, the existence of various access to information procedures (access to administrative documents, simple civic access, generalised civic access) risks creating delays and malfunctions in administrative activity⁽⁷⁷⁾. Furthermore, there is possibility for overlap between the right to generalised access and the right of access regulated in *legge no. 241/1990*. Administrative courts are aware of this problem and, in a recent ruling, acknowledged the obligation of the public administration to fully examine requests for access to information even when they are not specific to the form of access referred to in the request⁽⁷⁸⁾. Now that the Italian legal system has finally recognised the right of access as an

⁽⁷⁶⁾ I. PIAZZA, *L'organizzazione dell'accesso generalizzato: dal sistema di governance all'attuazione amministrativa*, in *Diritto Amministrativo*, 2019, p. 645 ss.

⁽⁷⁷⁾ A. MOLITERNI, *La via italiana al «FOIA»: bilancio e prospettive*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, p. 23 ss.

⁽⁷⁸⁾ Ruling no. 10, made by the Adunanza Plenaria (“plenary session”) of Cons. Stato on 2 April 2020, in *giustizia-amministrativa.it*.

instrument of democratic control over all administrative functions⁽⁷⁹⁾, it is desirable that the decision makers should streamline the existing access to information procedures.

6. — *Conclusion.*

Despite the successful implementation of the provisions contained in the Aarhus Convention and in Directive 2003/4/EC, the Italian system of implementation is still affected by some practical problems. First, there is widespread malpractice in Italian public administration, with a lack of co-operation between offices. Second, there are some structural deficiencies affecting public bodies. The coexistence of multiple procedures to access information held by public authorities does not adversely affect access to environmental information, the scope of which is well defined by the laws in force. However, the difficult coexistence between some forms of access should encourage decision makers to reform with a view to consolidating and simplifying the entire subject of the right of access to information.

⁽⁷⁹⁾ A. CAUDURO, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Diritto amministrativo*, 2017, p. 601 ss.

PIETRO CUOMO^(*)

LA RESPONSABILITÀ DA ILLECITO INTERNAZIONALE IN MATERIA DI DANNO AMBIENTALE

Abstract: The obligation that a State prevent its territory from harming other States is a principle of international law supported by the *Trial Smelter* and the *Corfu Channel* cases. The Rio Conference further prioritised the peaceful coexistence of the States on the sovereign right to freely implement their environmental policies. States must so ensure that activities within their jurisdictions do not harm other States' environment. State responsibility applies to environmental harms, the liability without wrongfulness for harms caused by lawful acts having resulted unrealistic. The due diligence as a standard of conduct is the only admitted test in defining State's obligations and responsibilities.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La responsabilità dello Stato per il danno ambientale è un principio di diritto consuetudinario. – 3. La responsabilità per il danno ambientale nei lavori di codificazione della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite. – 4. L'inquadramento giuridico della responsabilità per il danno ambientale tra *International liability* e *State responsibility*: irrilevanza del distinguo tra fatti illeciti e attività lecite. – 5. Sostanziale unicità del quadro normativo di riferimento applicabile al danno ambientale. – 6. La *due diligence* come parametro per la determinazione della responsabilità per danno ambientale. – 7. La responsabilità da illecito internazionale e la protezione delle risorse comuni globali. – 8. Il principio delle "comuni ma differenziate responsabilità" amplia l'ambito applicativo della responsabilità per danno ambientale. – 9. Conclusioni.

1. — *Introduzione.*

Con riguardo alle conseguenze giuridiche del danno ambientale, è diffusa in dottrina la teoria della "responsabilità internazionale da atto lecito" che insorgerebbe al verificarsi di un danno conseguente ad un'attività compatibile con gli obblighi internazionali ma potenzialmente foriera di conseguenze pregiudizievoli ai danni di altri Stati o della comunità internazionale. Ad avviso di una rilevante corrente dottrinarica si tratterebbe di una responsabilità

^(*) Università degli Studi di Perugia.

“senza illecito”, posta a carico dello Stato in cui ha origine l’evento dannoso che ne risponderebbe a titolo oggettivo.

La teoria è tuttavia controversa dal consolidato principio per cui l’attribuzione della responsabilità internazionale consegue necessariamente alla commissione di un illecito internazionale, ragione per la quale il danno ambientale comporterebbe sempre una responsabilità da fatto illecito, indipendentemente dal grado di liceità dell’attività che lo ha originato.

Ci si domanda dunque se il danno ambientale sia foriero di responsabilità e, nel caso, quale sia il regime giuridico applicabile alle conseguenze dannose di un’attività lecita seppur pericolosa.

2. — *La responsabilità dello Stato per il danno ambientale è un principio di diritto consuetudinario.*

Che il verificarsi di un danno ambientale, pur causato dal compimento di un’attività lecita, comporti responsabilità internazionale a carico dello Stato di origine è un principio consuetudinario consolidato.

Originariamente introdotto nella prassi giuridica degli Stati dalla sentenza arbitrale sul *Trail Smelter Case*⁽¹⁾, il principio è stato poi sviluppato in una sede convenzionale di portata globale quale la Conferenza delle Nazioni Unite sull’ambiente e lo sviluppo (UNCED-1992)⁽²⁾ e definitivamente enunciato nelle sue varie articolazioni dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso relativo al *Progetto Gabčíkovo-Nagymaros*⁽³⁾.

Il pronunciamento arbitrale sui danni ambientali provocati dalla Fonderia di *Trail* avvenne in un contesto giudiziale che vedeva opposti Stati Uniti e Canada a causa dell’inquinamento causato al territorio statunitense da emis-

⁽¹⁾ “No State has the right to use or permit of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another”; Sentenza del Tribunale Arbitrale, 11 marzo 1941, in UNRLAA III, p. 1965.

⁽²⁾ Conferenza su ambiente e sviluppo di Rio de Janeiro (UNCED-1992).

⁽³⁾ Corte internazionale di giustizia, *Progetto Gabčíkovo-Nagymaros*, (Ungheria c. Slovacchia) sentenza 25 settembre 1997, in *ICJ Reports*, 1997, p. 7.

sioni provenienti da una fonderia posta in territorio canadese. Alla luce dei fatti, non era ravvisabile alcun illecito internazionale nell'esistenza e nell'operatività di una fonderia sul territorio canadese ma le attività della fabbrica avevano causato un danno allo Stato confinante. Il Tribunale arbitrale adito considerò responsabile lo Stato da cui originavano le emissioni per violazione del principio secondo cui «nessuno Stato ha il diritto di utilizzare il proprio territorio – o di consentirne l'uso – in modo tale da causare un danno da emissioni nocive al territorio di un altro Stato».

In linea teorica coincidente con il lodo *Trail Smelter*, il Principio 2 della Dichiarazione prodotta dalla Conferenza di Rio del 1992, pur confermando il diritto sovrano degli Stati allo sfruttamento delle proprie risorse secondo le proprie politiche ambientali e di sviluppo, rimarcava espressamente la «responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction», con ciò ribadendo il divieto per gli Stati di arrecare danni di natura ambientale e arricchendo il principio con l'introduzione dell'obbligo di «assicurare» (“*ensure*”) – ovvero di prestare ogni attenzione al fine di prevenire – il verificarsi del danno.⁽⁴⁾

Si consolidava dunque il principio per cui, nello svolgimento di talune attività lecite ma di natura intrinsecamente pericolosa per l'ambiente, gli Stati sono obbligati non solo ad impedire che all'interno del territorio soggetto alla propria sovranità e controllo si verifichino eventi dannosi per altri Stati ma anche a prestare la dovuta cura, diligenza e attenzione alla prevenzione dei possibili danni⁽⁵⁾.

L'ampliamento del principio che pone il divieto di arrecare danno con

⁽⁴⁾ Cfr. *un.org*, “Principle 2 of the 1992 Rio Declaration” prevede: «States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction».

⁽⁵⁾ R. HIGGHINS, *Problems & Process: International Law and How We Use It*, (Oxford University Press) Oxford, 1994, p. 157 ss.

l'obbligo di adottare misure preventive atte a prevenirlo deriva concettualmente dal pronunciamento della Corte Internazionale di Giustizia nel *Corfu Channel Case* in cui la Corte ritenne l'Albania responsabile dell'affondamento di navi inglesi e delle conseguenti perdite allorché, pur consapevole dell'esistenza di un campo minato nelle proprie acque territoriali, aveva illecitamente omesso di adottare alcuna misura preventiva atta ad informare adeguatamente gli Stati terzi di questa pericolosa presenza⁽⁶⁾.

La sentenza resa dalla Corte Internazionale di Giustizia sul caso *Progetto Gabčíkovo-Nagyymaros*, riprendendo il Principio 2 della Conferenza di Rio, integrava il concetto in esso contenuto rilevando l'esistenza di un obbligo generale di assicurare che le attività svolte dagli Stati nel proprio ambito territoriale e giurisdizionale rispettino le risorse ambientali degli altri Stati, attribuendo espressamente a tale obbligo generale il carattere di principio consuetudinario in materia di diritto internazionale dell'ambiente⁽⁷⁾.

La responsabilità per danno ambientale sottintende il conseguente obbligo di riparazione, in piena coerenza con quanto statuito dalla Corte Permanente di Giustizia nel *Chorzow Case*⁽⁸⁾, ove si prescriveva l'obbligo di riparazione quale conseguenza o *corollario* del verificarsi del danno ambientale.

In sede di Assemblea generale delle Nazioni Unite, la possibilità che il libero e pieno esercizio della sovranità territoriale fosse in qualche misura limitato dal divieto di arrecare un danno ad altri Stati in conseguenza dell'utilizzo del proprio territorio e delle relative risorse è stata storicamente posta in discussione dalla più gran parte degli Stati industrializzati, opposti agli Stati che, viceversa, per il minor grado di industrializzazione, sono più soggetti passivi delle attività inquinanti e, quindi, sostenitori dell'apposizione dei predetti limiti all'esercizio del potere sovrano o, quanto meno, di un

⁽⁶⁾ *Corfu Channel Case (UK v. Albania)*, ICJ Reports (1949).

⁽⁷⁾ Vedi *infra*, nt. 37.

⁽⁸⁾ R. HIGGHINS, *Problems & Process: International Law and How We Use It*, cit., p. 162 ss. La sentenza della Corte Permanente nel *Chorzow Case* sancì il principio per cui la conseguenza dell'insorgere della responsabilità a carico di uno Stato è l'obbligo di effettuare una riparazione tanto da considerare la stessa riparazione come un corollario della violazione di un obbligo internazionale.

obbligo di riparazione qualora da tale esercizio derivi un danno ambientale. Tale tesi ha prevalso anche in sede di Assemblea generale e il punto di vista favorevole alla limitazione di sovranità e all'insorgere di una responsabilità internazionale con conseguente obbligo di riparazione per il danno ambientale derivante dallo svolgimento di attività pur lecite è oggi un principio consolidato nella prassi degli Stati, dunque una norma cardine del diritto internazionale dell'ambiente.

3. — *La responsabilità per il danno ambientale nei lavori di codificazione della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite.*

Su impulso dell'Assemblea generale, sin dalla prima metà degli anni '70 del secolo scorso, la responsabilità degli Stati derivante dalle conseguenze dannose prodottesi a seguito dello svolgimento di attività compatibili con il diritto internazionale è stata oggetto di ampio dibattito in seno alla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite, già da tempo impegnata nel Progetto di Articoli sulla responsabilità internazionale per fatto illecito⁽⁹⁾.

Diverse opinioni in seno alla Commissione, prevalentemente provenienti da istanze prossime agli Stati economicamente avanzati, negando le violazioni di norme intrinseche al verificarsi del danno, sostenevano che la responsabilità derivante dalle conseguenze dannose di attività lecite fosse una differente tipologia di responsabilità e che, in quanto tale, dovesse essere oggetto di studio e di attività codificatoria distinta dai lavori già in corso di svolgimento per lo sviluppo delle norme applicabili all'illecito internazionale.

Le tesi favorevoli a un diverso approccio giuridico per le ipotesi di "responsabilità da atto lecito" fondavano sul presupposto che, in presenza di un danno derivante dallo svolgimento di un'attività lecita, non fossero ravvisabili violazioni di obblighi internazionali ad opera dello Stato di origine, essendo viceversa elemento necessario e sufficiente all'attribuzione di re-

⁽⁹⁾ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.*

sponsabilità (da atto lecito) l'oggettivo prodursi del danno⁽¹⁰⁾.

Questa teoria rifletteva una visione incentrata sull'oggettivo verificarsi di un evento dannoso, di fatto antitetica ai precedenti giurisprudenziali e agli assunti che la Commissione aveva sino ad allora acquisito in sede di sviluppo e codificazione delle norme sulla responsabilità da illecito internazionale, secondo i quali l'attribuzione della responsabilità ad uno Stato dipende invariabilmente dal (soggettivo) compimento di un illecito, commissivo o omissivo⁽¹¹⁾.

La Commissione, dando credito alle tesi che ipotizzavano un diverso tipo di responsabilità quando l'attività dannosa fosse lecita, risolse di proseguire i lavori di codificazione delle norme applicabili all'illecito internazionale nel quadro del *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*⁽¹²⁾ (il "Draft Articles") e di istituire, separatamente, il progetto di sviluppo e codificazione "*Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law*"⁽¹³⁾ (il "Progetto").

La guida del Progetto fu affidata nel 1978 al relatore speciale R. Quentin Baxter il quale, già due anni dopo, sottoponeva all'Assemblea il suo Primo

⁽¹⁰⁾ A. E. BOYLE, *State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: a Necessary Distinction?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1990, p. 1 ss.

⁽¹¹⁾ L'art. 1 del *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* stabilisce il principio che sorregge l'intera struttura codificatoria in base al quale la violazione del diritto internazionale da parte di uno Stato comporta responsabilità internazionale, consistendo la violazione di una norma internazionale in una azione o omissione o una combinazione di entrambe.

⁽¹²⁾ Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10). The report, which also contains commentaries on the draft articles, appears in the *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two, as corrected.

⁽¹³⁾ Il testo finale fu suddiviso in *Prevention of transboundary damage from hazardous activities e International liability in case of loss from transboundary harm arising out of hazardous activities*, in *Analytical Guide to the Work of the International Law Commission, Resolution adopted by the General Assembly [on the report of the Sixth Committee (A/52/648)]* 52/156. Report of the International Law Commission on the work of its forty-ninth session.

Rapporto⁽¹⁴⁾ nel quale confermava il punto di vista per cui la distinzione tra i due diversi regimi di responsabilità si giustificava «[...] en raison du fondement entièrement distinct de la responsabilité pour risque, de la nature différente des règles qui la prévoient, en raison de son contenu et des formes qu'elle peut prendre [...]»⁽¹⁵⁾.

4. — *L'inquadramento giuridico della responsabilità per il danno ambientale tra International liability e State responsibility: irrilevanza del distinguo tra fatti illeciti e attività lecite.*

Per una parte della Commissione di diritto internazionale, fondamento, natura, contenuti e forma della responsabilità per condotte lecite si discosterebbero da quelli tipici della responsabilità per fatto illecito che pongono la violazione di obblighi internazionali a fondamento della responsabilità⁽¹⁶⁾ e riconducono l'obbligo di riparazione non già all'eventuale danno prodotto⁽¹⁷⁾ bensì alla tipologia e alle circostanze della violazione, anche in assenza di danno.

Ma la teoria della responsabilità da atto lecito intesa come tipologia di responsabilità alternativa alla responsabilità da atto illecito resta tuttora controversa, soprattutto per la difficoltà di individuare, con rigore e certezza, confini, condizioni e margini all'applicazione di un siffatto regime normativo⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁴⁾ Annuaire de la C.D.I., 1980, Vol. II, partie première, pp. 243-262.

⁽¹⁵⁾ M. MARCHEGIANI, *Responsabilità internazionale per danno ambientale da atto lecito*, in R. GIUFFRIDA, F. AMABILI (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018, p. 121 ss.

⁽¹⁶⁾ Art. 1 dei "Draft Articles": *Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.*

⁽¹⁷⁾ Si veda S. SUCHARITKUL, *State Responsibility and International Liability under International Law*, in *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.*, 1996, p. 834. L'Autore specifica: «Injury or damage is not an element of State responsibility. It is sufficient to establish the existence of an internationally wrongful act».

⁽¹⁸⁾ M. MARCHEGIANI, *Responsabilità internazionale per danno ambientale da atto lecito*, cit., p. 123.

È funzionale quindi al presente contributo individuare il corretto inquadramento giuridico delle conseguenze del danno ambientale ponendo a confronto i due approcci che sorreggono i predetti Progetti: l'“international liability”, che sorgerebbe per le oggettive conseguenze dannose di un'attività lecita, e la “State responsibility”, attribuibile allo Stato autore di un illecito internazionale.

Con un riferimento molto specifico ai rischi e ai danni di natura ambientale e nonostante la sovrapposizione con taluni aspetti trattati dal *Draft Articles*, il Progetto guidato del relatore R. Quentin Baxter individuava la c.d. “liability without fault” quale categoria giuridica tipica, di natura oggettiva, in cui inquadrare sistematicamente la responsabilità per il danno ambientale verificatosi in conseguenza di attività non proibite dal diritto internazionale.

Spiegata in termini diversi, la teoria della responsabilità per atto lecito fonderebbe sul solo dato oggettivo del verificarsi del danno, ciò che comporterebbe un obbligo riparatorio di carattere non risarcitorio poiché la piena liceità dell'attività svolta escluderebbe ogni illecito, non rilevando, sembrerebbe, la violazione del duplice obbligo di non arrecare danno e di adottare ogni misura precauzionale che sia funzionale ad impedirlo.

Risulta evidente che i precedenti di riferimento per il consolidamento di questa visione in seno alla Commissione fossero attinenti al settore della protezione ambientale o del danno transfrontaliero, quali i capisaldi giurisprudenziali *Trail Smelter*⁽¹⁹⁾, *Lac Lanoux Arbitrations*⁽²⁰⁾ e il *Corfu Channel Case*⁽²¹⁾, oltre alle convenzioni in materia di responsabilità da inquinamento⁽²²⁾ e la Convenzione sul diritto del mare del 1982, i quali tutti, però, come in parte si è già detto, ampliano ancor più la base della norma primaria che

⁽¹⁹⁾ Sentenza del Tribunale Arbitrale, 11 marzo 1941.

⁽²⁰⁾ Sentenza del Tribunale arbitrale del 16 novembre 1957.

⁽²¹⁾ *Corfu Channel Case (UK v. Albania)*, ICJ Reports (1949).

⁽²²⁾ Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy, Paris, 1960, 956 UNTS 335; Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships, Brussels, 1962; Convention on Civil Liability for Nuclear Damage, 1963, Vienna, 1063 UNTS 265; Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969, Brussels, 973 UNTS 3 with 1984 Protocol.

vieta agli Stati di causare il danno ambientale e introducono il dovere dello Stato di origine di adoperarsi al fine di prevenire il verificarsi del danno nel territorio degli Stati confinanti⁽²³⁾.

La teoria della responsabilità da atto lecito, distinta e diversa da quella nascente dalla commissione di un illecito, a modo di vedere di chi scrive, compie un distinguo di scarsa utilità e soffre di un profondo errore di impostazione in quanto incentra la propria dinamica applicativa sulla liceità dell'attività svolta e non sulla violazione di norme.

Il carattere di liceità dell'attività svolta non esclude affatto l'illecito intrinseco al verificarsi del danno ambientale: come sostenuto più diffusamente nel prossimo paragrafo, che il danno dipenda da una condotta lecita o anche da circostanze escludenti l'illiceità⁽²⁴⁾, lo Stato di origine è sempre, comunque, soggetto all'obbligo di prevenirlo adottando misure precauzionali e regolamentari in funzione della potenziale pericolosità dell'attività svolta⁽²⁵⁾. E, al verificarsi del danno, la violazione di questi obblighi comporta inevitabilmente una sanzione di natura risarcitoria nonostante la liceità dell'attività da cui il danno è scaturito.

Del resto, il diritto internazionale ha da tempo ampiamente risolto il dibattito su colpa e dolo negandone la necessità quali elementi costitutivi dell'illecito e ricondotto l'attribuzione della responsabilità al solo risultato (*result-based responsibility* o *principio di effettività*) della violazione di norme: per il principio di effettività, ciò che rileva è la violazione di norme e ci si può chiedere dunque per quale motivo il principio di effettività non debba applicarsi anche ai danni ambientali derivanti dallo svolgimento di attività lecite che sono, comunque, soggette a obblighi di prevenzione la cui violazione comporta sempre un illecito internazionale⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ A.E. BOYLE, *State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: a Necessary Distinction?*, pp. 2-3.

⁽²⁴⁾ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, artt. 35 ss.

⁽²⁵⁾ S. SUCHARITKUL, *State Responsibility and International Liability under International Law*, cit., p. 831.

⁽²⁶⁾ R. HIGGHINS, *Problems & Process: International Law and How We Use It*, cit., p. 164.

5. — *Sostanziale unicità del quadro normativo di riferimento applicabile al danno ambientale.*

Le bozze del Progetto sulle conseguenze dannose derivanti da attività non illecite successivamente presentate all'Assemblea generale introducevano, contraddittoriamente, elementi che in qualche misura incrementavano ed espandevano ancor più il novero delle norme primarie a tutela dell'ambiente.

La base dello schematico rapporto presentato dal relatore Baxter nel 1982 (Secondo Rapporto) poneva il dovere (*duty*) in capo allo Stato di evitare, minimizzare e riparare, danni ambientali transfrontalieri prevedibili per il rischio che le attività condotte sul proprio territorio comportano⁽²⁷⁾. Da tale obbligo derivavano poi obblighi ancillari quali il dovere di informare i propri confinanti riguardo le attività potenzialmente rischiose per l'ambiente, indicare rimedi, rendersi disponibili a negoziare un regime accettabile per entrambe le parti e, comunque, continuare ad adottare misure atte a proteggere gli interessi degli altri Stati pur nel pieno esercizio della sovranità territoriale⁽²⁸⁾.

Tali obblighi rafforzano il principio per cui gli Stati non hanno libertà assoluta di porre in essere attività che comportino un alto grado di pericolosità se non nel rispetto di norme precauzionali e di vigilanza. Essi impongono agli Stati di valutare il rischio e porre (o lasciar porre) in essere le attività pericolose nella piena osservanza di obblighi di diligenza consistenti soprattutto nell'adottare *standard* di sicurezza e modelli comportamentali derivanti dalla prassi e dal diritto degli Stati⁽²⁹⁾. E la violazione di tali obblighi primari attiva inevitabilmente il regime sanzionatorio disposto nel quadro concettuale e normativo della responsabilità per violazione di norme (*State responsibility*).

Non giova alla causa della "*liability without fault*" neppure l'insistenza sul-

⁽²⁷⁾ A.E. BOYLE, *State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: a Necessary Distinction?*, cit., p. 5.

⁽²⁸⁾ Artt. 8-11 del Progetto *Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law*.

⁽²⁹⁾ E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 2^a ed., Torino, 2014, p. 413.

la liceità dell'attività la quale viene erroneamente chiamata a qualificare la responsabilità dello Stato come responsabilità senza violazioni⁽³⁰⁾. Il nesso, così posto (se l'attività da cui origina il danno ambientale è lecita, la responsabilità è da atto lecito), è mal concepito: (i) l'attività in sé non è mai illecita, a meno che non si tratti di attività universalmente vietate dal diritto internazionale e dai trattati⁽³¹⁾, quali, ad esempio, i test nucleari; (ii) lo Stato risponde sempre della violazione di norme primarie e incorre in responsabilità da violazione di obblighi (*State responsibility*) se e nella misura in cui il verificarsi del danno ambientale sia associato alla mancata osservanza di norme regolanti la prudente e previdente gestione di attività pericolose, restando la liceità dell'attività in sé irrilevante ai fini dell'attribuzione della responsabilità.

In caso di catastrofe ambientale provocata da un incidente, lo Stato di origine sarà sempre e comunque responsabile per fatto illecito, avendo violato quanto meno il principio per cui “nessuno Stato ha il diritto di utilizzare il proprio territorio – o di consentirne l'uso – in modo tale da causare un danno da emissioni nocive al territorio di un altro Stato”⁽³²⁾. In simile ipotesi, esso non sarà responsabile che della dovuta riparazione se dimostra di aver adottato tutti gli *standard* di sicurezza previsti e di aver osservato le norme precauzionali con la dovuta diligenza. Viceversa, nel caso contrario, esso risponderà anche della violazione della norma che impone la stretta osservanza degli *standard* di sicurezza e delle norme precauzionali applicabili al caso di specie. Così come dimostra lo stesso caso della *Trail Smelter*, conclusosi con il divieto imposto alla fonderia di produrre ulteriori danni e con l'obbligo imposto allo Stato, a titolo di riparazione, di usare la dovuta diligenza (*due diligence*) nell'istituire e attuare un regime di controllo e di regolamentazione a garanzia di una corretta gestione dell'attività della fonderia e della opportuna

⁽³⁰⁾ A.E. BOYLE, *State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: a Necessary Distinction?*, cit., p. 3

⁽³¹⁾ Nuclear Test Ban Treaty, 1963, 480 U.N.T.S. 43; Nuclear Tests Cases [1974] I.C.J. Rep. 253, 457.

⁽³²⁾ “No State has the right to use or permit of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another”; Sentenza del Tribunale Arbitrale, 11 marzo 1941, cit.

prevenzione di ulteriori danni⁽³³⁾; proprio a voler rimarcare che vi è violazione del diritto in materia ambientale se lo Stato ha mancato di adempiere ad obblighi di prevenzione o di vigilanza nello svolgimento di attività che, con le dovute eccezioni, non sono definibili, in sé stesse, né lecite né illecite.

Ciò vale anche per l'ipotesi di danni ambientali derivanti da eccezionali tipologie di attività ad alto rischio (*ultra hazardous*), quali ad esempio la gestione di una centrale nucleare, per i quali il Progetto ha accolto il concetto di responsabilità oggettiva assoluta (*objective responsibility* o *strict liability*) che insorgerebbe, vista l'estrema pericolosità, al solo verificarsi dell'evento dannoso, indipendentemente dalla condotta dello Stato territoriale.

Nella medesima ottica sin qui adottata, anche i casi di *strict liability* non sono passibili di interpretazione esclusiva di alcuna forma di illiceità, generando anch'essi, anche in misura maggiore, forme di responsabilità associate non solo al divieto di arrecar danno ad altro Stato ma anche alla mancata prevenzione dello stesso o ad una insufficiente cura dei modi di svolgimento dell'attività lecita ma pericolosa.

Al verificarsi del danno, contano le violazioni che gli Stati commettono, anche se l'attività da cui origina il danno è, in astratto, compatibile con il diritto degli Stati. E al dispiegarsi delle conseguenze dannose consegue l'applicazione della sanzione di natura risarcitoria la quale può inquadrarsi solo nello schema giuridico proprio della responsabilità da fatto illecito, in quanto solo il più evoluto ambito della *State responsibility* pone norme di carattere sanzionatorio applicabili alle conseguenze del fatto dannoso⁽³⁴⁾.

Simili considerazioni inducevano la Commissione ad un radicale ripensamento: pur avendo sostenuto l'esistenza di una responsabilità internazionale per condotte lecite distinta dalla responsabilità derivante da fatto illecito, il relatore speciale del Progetto riconosceva, già nel suo Terzo Rapporto, che «au lieu de supposer une violation d'une règle d'interdiction, nous avons posé essentiellement la même question de manière inverse: à quelle con-

⁽³³⁾ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, artt. 1-3.

⁽³⁴⁾ S. SUCHARITKUL, *State Responsibility and International Liability under International Law*, in *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.*, cit., p. 822.

ditions l'activité peut-elle continuer sans susciter aucun risque d'engager la responsabilité de l'Etat territorial pour fait illicite?», sfumando poi del tutto il discrimine tra attività lecite e fatto illecito sostenendo che «l'ombre de l'illicéité plane d'une manière permanente sur les activités non interdites qui semblent devoir perdre leur qualification ambiguë dès que le dommage se réalise»⁽³⁵⁾.

6. — *La due diligence come parametro per la determinazione della responsabilità per danno ambientale.*

Alla luce dell'analisi che precede, è plausibile ipotizzare che l'attuale stato del diritto internazionale ponga a parametro cui commisurare la responsabilità dello Stato la sola *due diligence* – intesa come l'obbligo di prevenire e di evitare con tutti i mezzi il verificarsi di danni ambientali se e in quanto prevedibili per il rischio che le attività condotte comportano. Non l'attività pericolosa, dunque, né il danno in sé stesso determinano l'obbligo riparatorio (la gravità del danno può essere un fattore rilevante nella valutazione della compensazione da assegnare allo Stato lesa ma è irrilevante ai fini della determinazione della responsabilità⁽³⁶⁾), rilevando a tal fine solo la condotta dello Stato che è sempre in qualche misura associata al verificarsi del danno ambientale, soprattutto con riguardo all'obbligo di rispettare norme che impongono attività di prevenzione, un atteggiamento vigile, attento al controllo delle attività svolte al proprio interno e teso a realizzare la dovuta diligenza, a seconda delle circostanze fattuali, delle norme poste e del tipo di attività esercitata.

Il dovere di usare l'appropriata *due diligence* nella prevenzione del danno attraverso il controllo delle attività potenzialmente rischiose per l'ambiente deve a buon diritto definirsi il parametro di valutazione a cui va commisur-

⁽³⁵⁾ M. MARCHEGANI, *Responsabilità internazionale per danno ambientale da atto lecito*, cit., pp. 130-131.

⁽³⁶⁾ S. SUCHARITKUL, *State Responsibility and International Liability under International Law*, in *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.*, cit., p. 834.

rato il grado di responsabilità per il danno ambientale. L'attuazione degli *standard* di prevenzione (*standard of care*) è un obbligo a tutti gli effetti e gli Stati sono tenuti a riconoscerli e ad usare ogni mezzo a propria disposizione per adempiere alle proprie obbligazioni, pena l'incorrere in responsabilità per violazione di norme internazionali.

Se l'illecito è il presupposto affinché un fatto rientri nell'ambito di operatività della *State responsibility*, nel caso del danno ambientale l'illecito consiste nel difetto di prevenzione e, dunque, nell'aver indirettamente consentito che lo stesso si verificasse: molte delle attività potenzialmente inquinanti sono infatti di per sé lecite ma è l'inosservanza dei *due diligence standard* a cui segue il danno da inquinamento che costituisce l'illecito.

Trattasi di una visione autorevolmente adottata anche dalla Corte Internazionale di Giustizia in occasione della citata sentenza resa in merito al *Progetto Gabčíkovo-Nagymaros* in cui si afferma che «the existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of corpus of international law relating to the environment»⁽³⁷⁾. Ed è significativa la scelta non casuale del termine *ensure* con cui la Corte rimarca l'obbligo degli Stati di predisporre adeguati *standard* preventivi di sicurezza, di rispettarli o di farli rispettare e di rispondere delle eventuali violazioni delle norme precauzionali poste a prevenire o, comunque, a contenere le conseguenze dannose di attività di per sé lecite.

La Corte attribuisce al principio valore consuetudinario e su queste basi è dunque auspicabile lo sviluppo in sede di elaborazione dottrinarie di un approccio più pratico e meno disquisitivo sul piano teorico, volto cioè a realizzare una sistemazione evolutiva e codificatoria di un corpo di norme internazionali, sostanziali e sanzionatorie, che siano chiare, univoche e uniformemente applicabili in materia di protezione dell'ambiente.

Il contesto del danno ambientale rappresenta un ambito nel quale il dilagare inarrestabile di effetti dannosi a livello globale, quali il cambiamento

⁽³⁷⁾ Corte internazionale di giustizia, *Progetto Gabčíkovo-Nagymaros*, (Ungheria c. Slovacchia), sentenza 25 settembre 1997, in *ICJ Reports*, 1997, p. 7, par. 112. V. anche M. MARCHEGIANI, *Responsabilità internazionale per danno ambientale da atto lecito*, cit., p. 127.

climatico, rendono più che mai necessario, urgente e doveroso codificare, in materia di tutela dell'ambiente, un chiaro, inequivoco *corpus* normativo sostanziale e sanzionatorio.

Ciò anche a supporto delle azioni volte a realizzare, da un lato, il contenimento e la progressiva riduzione di danni già per lo più irreversibili e, dall'altro, una sostanziale equità a favore dei paesi meno sviluppati, privi delle tecnologie necessarie ad una efficiente politica di mitigazione e adattamento alle alterazioni climatiche, oltre che geograficamente svantaggiati in quanto paesi insulari o aventi ampi perimetri costieri esposti agli effetti dell'innalzamento del livello dei mari e dei disastri idrogeologici.

7. — *La responsabilità da illecito internazionale e la protezione delle risorse comuni globali.*

Quando il danno ambientale colpisce risorse non rientranti nella giurisdizione esclusiva di uno o più Stati, come ad esempio il clima con i suoi drastici cambiamenti provocati dalle emissioni di “gas serra”, la responsabilità si ritiene debba essere condivisa dalla comunità degli Stati, tutti tenuti al rispetto di obblighi di cooperazione e solidarietà per la corretta gestione delle comuni risorse e tutti responsabili in misura del rispettivo contributo apportato all'inquinamento globale.

Con l'indebolimento progressivo delle azioni di mitigazione e adattamento ai cambiamenti climatici, originariamente volte al contenimento degli effetti dannosi delle alterazioni climatiche globali, si impone ancor più all'attenzione generale il tema dei danni provocati dal cambiamento climatico, con riferimento soprattutto all'individuazione delle responsabilità e dei connessi obblighi risarcitori.

Il tema, relativamente nuovo e complesso, impone un approccio giuridico inclusivo, coerente e integrato da realizzarsi essenzialmente alla luce dell'osservanza degli obblighi di prevenzione e di cooperazione tra Stati.

In sede convenzionale, la Comunità internazionale, consapevole da tempo della gravità dei cambiamenti climatici causati dalle emissioni inquinanti,

ha preso atto della necessità di prevedere e prevenirne i danni attraverso impegni sempre più stringenti che gli Stati, soprattutto gli Stati maggiormente industrializzati, hanno convenzionalmente assunto, quanto meno sul piano formale, in occasione delle numerose conferenze sul clima tenutesi negli ultimi decenni.

Dopo la prima Conferenza mondiale sul clima, tenutasi nel 1979, in cui fu approvata una Dichiarazione che invitava tutti i governi a *prevedere e prevenire* i potenziali cambiamenti climatici ad opera dell'uomo, il primo atto tangibile di questa nuova sensibilità è la Convenzione di Vienna del 1985 per la protezione dello strato di ozono⁽³⁸⁾. Sulla scia di questo *trend*, nel 1990 il Panel Intergovernativo sui Cambiamenti Climatici (IPCC) pubblicava il primo rapporto sul clima: un quadro di riferimento scientifico e conoscitivo aggiornato, fondamentale per la comprensione dei fattori che determinano i cambiamenti climatici indotti dalle attività umane.

Tale rapporto avrebbe costituito la base per l'adozione, nel 1992, della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) firmata a Rio de Janeiro, lo stesso anno⁽³⁹⁾, nell'ambito della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo (UNCED-1992), entrata in vigore nel 1994⁽⁴⁰⁾ e considerata il primo strumento convenzionale vincolante a livello internazionale in materia di cambiamenti climatici.

La Convenzione quadro definiva gli effetti negativi dei cambiamenti climatici causati dall'uomo come un'emergenza per tutto il genere umano e per le generazioni future⁽⁴¹⁾, tali per cui gli Stati devono accettare con responsabilità il cambiamento delle proprie politiche, specialmente in aree

⁽³⁸⁾ D. LIAKOPOULOS, *Il regime giuridico dei cambiamenti climatici nell'ambito internazionale e comunitario*, in *Ambienteditto.it*, 2005.; M.L. CHANIN, *L'ozono stratosferico*, in *Verde Ambiente*, 2001, p. 2.

⁽³⁹⁾ Documento programmatico entrato in vigore il 21 marzo 1994 e ratificato da più di 186 Stati, compresa l'UE, con Decisione del Consiglio 94/69CE del 15 dicembre 1993.

⁽⁴⁰⁾ D. BODANSKY, *The United Nations Framework Convention on Climate Change*, in *Yale Journal of International Law*, 1993, p. 474 ss.

⁽⁴¹⁾ C.A.R. ROBB, *International environmental law reports. Trade and Environment*, (Cambridge University Press) Cambridge-New York, 2001.

cruciali come la politica energetica con le strutture industriali collegate⁽⁴²⁾.

Trattasi in sostanza del principio dello sviluppo sostenibile, pilastro concettuale dell'azione volta alla prevenzione del danno ambientale che impone forme di cooperazione internazionale intese a limitare gli effetti negativi del cambiamento climatico attraverso l'adozione di misure atte a prevenire gli effetti nocivi derivanti dalle attività umane.

Per il resto, tuttavia, la Convenzione (UNFCCC) contiene norme quadro non del tutto efficaci per combattere adeguatamente il cambiamento climatico ponendo esse solo una serie di impegni di risultato a carico degli Stati.

Anche il Protocollo attuativo della Convenzione – il Protocollo di Kyoto⁽⁴³⁾ – istitutivo di meccanismi di flessibilità e di obiettivi di taglio delle c.dd. “emissioni serra”, pur adottato dalla grande maggioranza degli Stati, poneva precisi obiettivi il cui raggiungimento veniva tuttavia affidato alla volontà politica e alle capacità finanziarie e tecnologiche dei singoli Stati.

Lo spazio disponibile in questo contesto ci impone di sorvolare sui contenuti delle successive convenzioni internazionali in materia di clima e sugli impegni a carico degli Stati che via via ne sono derivati fino alla Conferenza di Parigi del 2015, la quale aveva l'ambizioso scopo di istituire una nuova politica internazionale per il contenimento del cambiamento climatico.

La Convenzione di Parigi introduceva importanti obblighi di cooperazione fatalmente privi, tuttavia, di un chiaro principio di responsabilità vincolante per i paesi maggiormente industrializzati i quali, viceversa, conseguivano l'espressa intesa secondo cui l'Accordo di Parigi, al di là dei suoi intenti programmatici, non avrebbe costituito una base per richieste di responsabilità o risarcimento.

Sul piano delle norme elaborate e codificate in sede di convenzioni internazionali, dunque, fatta eccezione per il principio delle “comuni ma diffe-

⁽⁴²⁾ R. PISILLO MAZZESCHI, *Due Diligence e responsabilità internazionale degli Stati*, Milano, 1989.

⁽⁴³⁾ Il Protocollo di Kyoto è entrato in vigore il 16 febbraio 2005. A maggio 2013 gli Stati che hanno aderito e ratificato il protocollo sono 192. Con l'accordo di Doha, l'estensione del protocollo è stata prolungata dal 2012 al 2020 con ulteriori obiettivi in termini di riduzione delle emissioni di gas serra.

renziate responsabilità”⁽⁴⁴⁾, principio equo ma di difficile applicazione, non si afferma una normativa vincolante convenzionalmente elaborata per la quale gli Stati maggiormente responsabili dei cambiamenti climatici – vale a dire gli Stati responsabili della maggiore quantità di emissioni inquinanti – debbano risponderne in misura delle rispettive responsabilità.

Lo stato evolutivo odierno del diritto internazionale in materia di responsabilità per il danno ambientale globale è solido e avanzato sul piano dei principi generali ma lo è molto meno sul piano dei risultati ottenuti in sede convenzionale, ciò che rende difficoltosa l’applicabilità dei medesimi principi a fattispecie numerose, svariate, complesse e di non sempre facile inquadramento se non attraverso particolareggiate convenzioni.

Il principio che impone agli Stati la prevenzione del danno ambientale è divenuto una pietra angolare del diritto internazionale dell’ambiente ma resta in gran parte astratto e di difficile applicazione, elusivo in termini di cosa è richiesto esattamente agli Stati ai fini della prevenzione del danno, al di là degli obblighi di “anticipare” i potenziali pericoli e di osservare la “*due diligence*” nella conduzione delle attività pericolose⁽⁴⁵⁾.

La riluttanza degli Stati più industrializzati ad assumere precisi obblighi e concrete responsabilità in sede convenzionale non deve tuttavia comportare la rinuncia da parte della Comunità internazionale a diritti consolidati e riconosciuti, sia in materia di danno ambientale che in materia di responsabilità da illecito, quali il divieto di causare il danno ambientale, la responsabilità dell’inquinatore (*polluter pays principle*), gli obblighi di prevenzione e di osservanza di adeguati parametri di “*due diligence*”, gli obblighi di riparazione commisurati all’entità della violazione e l’obbligo di cooperare in funzione del contenimento del fenomeno climatico globale, che rappresentano incontestabili principi di diritto internazionale generale e, in quanto tali, pietre miliari del *corpus* di legislazione ambientale internazionale.

⁽⁴⁴⁾ Vedi *infra*.

⁽⁴⁵⁾ L. ANNE, D. PAOLI, *The Prevention Principle in International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

8. — *Il principio delle “comuni ma differenziate responsabilità” amplia l’ambito applicativo della responsabilità per danno ambientale.*

Sulla base dell’esistenza di un quadro normativo applicabile, quanto meno in riferimento ai principi riconosciuti dal diritto internazionale, non solo gli Stati che subiscono maggiormente i danni del cambiamento climatico (Stati insulari di piccole dimensioni o con ampi perimetri di costa) ma anche gli altri Stati o i soggetti privati potrebbero sempre più invocare la responsabilità degli Stati inquinanti in proporzione delle differenti responsabilità accertate.

Come anticipato, nel contesto della Conferenza delle Nazioni Unite su Ambiente Sviluppo di Rio de Janeiro (UNCED-1992) si affermava il principio delle “comuni ma differenziate responsabilità”, un principio programmatico assunto oggi a criterio guida della c.d. “politica climatica” internazionale, innovativo e di portata evolutiva in quanto amplia l’ambito di applicazione dei citati principi in materia di responsabilità per il danno ambientale e li estende alla protezione delle risorse comuni globali o, comunque, alle risorse ambientali che non ricadono sotto l’esclusiva giurisdizione di uno Stato, come il clima.

Il terreno di coltura di questo principio sta nel criterio della responsabilità “condivisa”, uno “shared compact”⁽⁴⁶⁾ che pone obblighi di cooperazione, buon vicinato e solidarietà riguardo l’accesso, la gestione e la protezione delle risorse comuni.

In sede UNCED-1992, il Principio 7 della Conferenza delle Nazioni Unite sull’ambiente e lo sviluppo fornisce una iniziale formulazione del principio istitutivo delle “comuni ma differenziate responsabilità”, affermando che «[...] in considerazione del differente contributo al degrado ambientale globale, gli Stati hanno responsabilità comuni ma differenziate. I paesi sviluppati riconoscono la responsabilità che incombe su di loro nel perseguimento internazionale dello sviluppo sostenibile date le pressioni che le loro

⁽⁴⁶⁾ M. DRUMBLE, *Poverty, Wealth and Obligation in International Environmental Law*, in *Tulane Law Review*, 2002, pp. 843, 926-936.

società esercitano sull'ambiente globale e le tecnologie e risorse finanziarie di cui dispongono»⁽⁴⁷⁾.

Il principio ha due componenti. La prima è rappresentata dal principio della responsabilità comune, che trova i suoi antecedenti nel tradizionale concetto di “patrimonio comune dell'umanità”, espresso in numerose convenzioni in materia di protezione dell'ambiente atmosferico e delle specie animali, prima tra tutte la Convenzione sul diritto del mare (UNCLOS), che considera le risorse marine e del sottosuolo “*common heritage of mankind*”⁽⁴⁸⁾. La Convenzione delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici (UNFCCC) definisce il principio un “*common concern*” dell'umanità⁽⁴⁹⁾ in un ambito in cui la comune preoccupazione socio-ambientale del genere umano si traduce giuridicamente in una comune responsabilità degli Stati di condividere equamente l'onere della protezione ambientale per le risorse globali comuni (*global commons*).

La seconda componente del principio esprime la volontà di commisurare la partecipazione alla protezione delle risorse comuni alle condizioni socio-economiche e alle capacità finanziarie e infrastrutturali dei singoli Stati in modo da realizzare una sostanziale equità nella distribuzione delle responsabilità e, quindi, dei costi finanziari. Ma su quali basi?

Vi sono indubbiamente responsabilità storiche per gli attuali danni ambientali, particolarmente per quel che attiene alle emissioni di gas serra, e proprio la prospettiva storica del principio delle “comuni ma differenziate responsabilità” tende ad assicurare un'equa redistribuzione delle responsabilità apportando un elemento di maggiore complessità ai più datati principi del “trattamento differenziato” e del “chi inquina paga”.

Va da sé che nel momento in cui si attribuisce rilevanza giuridica alla dimensione storica della responsabilità vi sono molteplici implicazioni di natura

⁽⁴⁷⁾ Dichiarazione di Rio su Ambiente e sviluppo, 1992.

⁽⁴⁸⁾ Articolo 136 della UN Convention on Law of the Sea (UNCLOS), 1982: «The Area and its resources are common heritage of mankind» [where area means, as per article 1.1(1)] «the seabed and ocean floor and subsoil thereof, beyond the limits of national jurisdiction».

⁽⁴⁹⁾ Dal Preambolo della Convenzione delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici (UNFCCC): «*Acknowledging that change in the Earth's climate and its adverse effect are a common concern of humankind*».

giuridica e politica che non possono trovare spazio sufficiente in questa trattazione (come stabilire il nesso causa-effetto tra la condotta dannosa tenutasi decenni fa e gli effetti dannosi che si rilevano solo oggi; oppure, come superare le resistenze dei paesi industrializzati ad assumere oneri giuridici e impegni finanziari commisurati alle proprie responsabilità e disponibilità che vadano ben al di là del semplice dovere di cooperazione e degli impegni programmatici convenzionali).

Nonostante le difficoltà riscontrabili nell'individuare precise responsabilità basate sull'inosservanza di precetti convenzionali di dubbia natura vincolante, tuttavia, resta il dato di fatto che l'inquinamento da gas serra è dovuto incontestabilmente alle emissioni che gli Stati più industrializzati hanno prodotto nel corso dell'ultimo secolo.

Non è questa la sede in cui poter trattare i criteri di identificazione dei paesi che portano la responsabilità "storica" o "attuale" degli odierni squilibri climatici, vale a dire gli Stati che, da quando i gas serra sono diventati un fattore determinante dello sviluppo industriale, hanno avviato e incrementato le dannose attività produttive con la consapevolezza di porre in essere un comportamento ingiusto e dannoso. Ma vi è certezza che sia la spinta evolutiva in materia normativa a livello convenzionale, soprattutto in ambito di sviluppo e attuazione delle politiche dell'Unione Europea per l'ambiente, sia la giurisprudenza statale e delle corti internazionali continueranno a contribuire all'ampliarsi del quadro delle norme vincolanti applicabili alla protezione ambientale, con la conseguenza che Stati e soggetti vittime di attività inquinanti, locali o globali, potranno in misura crescente invocare responsabilità e risarcimenti.

Le controversie giudiziarie a livello locale ma anche europeo e internazionale in materia di cambiamento climatico hanno già registrato un consistente incremento negli ultimi anni, ciò che autorizza a ritenere probabile un crescente incremento di contenziosi affinché Stati vulnerabili e soggetti privati esposti perseguano l'accertamento delle responsabilità e ottengano la giusta riparazione per il danno ambientale subito⁽⁵⁰⁾.

⁽⁵⁰⁾ Il "Sabin Center for Climate Change" Law organizzato dalla Columbia University è fonte completa e aggiornata della casistica giudiziaria in materia di cambiamento climatico.

9. — *Conclusioni.*

Negli ultimi decenni si sono manifestati con crescente intensità fenomeni climatici antropogenici i cui effetti continuano a prodursi con danni talvolta irreversibili e di portata spesso diseguale sugli assetti socio-economici dei diversi Stati.

I cambiamenti climatici, assurti a paradigma del danno ambientale globale, sono causati prevalentemente dalle emissioni dei c.dd. “gas serra”, prodotti in gran parte da processi artificiali come le attività industriali implicanti l’impiego di combustibili fossili e considerati la principale causa del riscaldamento globale per l’effetto della ritenzione o della mancata dispersione del calore nell’atmosfera.

Il crescente aumento della temperatura ha causato sempre più frequenti fenomeni di breve durata, quali uragani, tifoni, inondazioni e, al contempo, fenomeni climatici di lunga durata, i cui effetti dannosi si accumulano con il passare degli anni rendendo sempre più ardue le condizioni di vita di parte del pianeta per la crescente siccità, esiziale per l’agricoltura, e per l’innalzamento del livello del mare a danno dei paesi più esposti.

Il tema dei danni provocati dal clima, con riferimento soprattutto all’individuazione delle responsabilità e dei connessi obblighi risarcitori, pone dunque un problema di inquadramento giuridico delle cause e delle conseguenze degli atti inquinanti.

È un tema relativamente nuovo e complesso, che impone un approccio giuridico coerente e integrato da realizzarsi essenzialmente alla luce dell’osservanza degli obblighi di prevenzione e di cooperazione tra Stati.

Sembra sfumato, sul piano dottrinale, il discrimine tra attività lecite e fatto illecito, un distinguo teorico rivelatosi futile e forviante, che ai fini dell’attribuzione della responsabilità per il danno ambientale contrapponeva il carattere di liceità dell’attività dannosa alla teoria della responsabilità internazionale derivante dal compimento di un fatto illecito, ricavandone un discusso ambito giuridico alternativo.

Ai fini dell’inquadramento della responsabilità internazionale per danno ambientale possiamo assumere pacificamente l’applicabilità delle re-

gole contenute nel *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, prodotto nel 2001 dalla Commissione di diritto internazionale, che edifica un impianto sanzionatorio uniformemente applicato agli illeciti compiuti dagli Stati.

La responsabilità che consegue al danno ambientale è conseguenza della violazione di norme ad opera dello Stato da cui ha avuto origine il danno, particolarmente delle norme internazionali che impongono l'adozione e il rispetto di obblighi di prevenzione e vigilanza, vale a dire i c.dd. *due diligence standard*, consistenti nelle misure precauzionali atte a prevenire il danno ambientale nell'esercizio di attività pur lecite ma potenzialmente pericolose.

Al verificarsi del danno ambientale, dunque, l'attuale stato del diritto internazionale pone a parametro cui commisurare la responsabilità dello Stato da cui è originato il danno la sola *due diligence* – intesa come l'insieme degli obblighi di prevenire e di evitare con tutti i mezzi il verificarsi di danni ambientali, se e in quanto prevedibili per il rischio che le attività condotte comportano.

La violazione dei suddetti obblighi costituisce un illecito internazionale da cui derivano obblighi riparatori commisurati alla gravità della violazione e, eventualmente, alla gravità del danno, non incidendo in alcuna misura la liceità dell'attività che ha generato il danno.

Data la crescente complessità delle fattispecie inquinanti, sia a livello locale che globale, l'applicazione di pur solidi principi normativi consolidatisi in materia di protezione dell'ambiente è tuttavia difficoltosa soprattutto in termini di cosa e quanto viene specificamente richiesto ai singoli Stati ai fini della prevenzione del danno ambientale, richiedendosi indispensabilmente lo sviluppo e l'applicazione di norme convenzionali particolareggiate e aderenti alle singole, proliferanti fattispecie.

Ai fini di una efficace protezione delle risorse ambientali è indispensabile che, a seconda dei molteplici temi e dei più vari ambiti interessati, gli impegni elaborati in sede di convenzioni siano dotati di maggiore forza vincolante, pertanto condivisi e accettati dalla più gran parte degli Stati con responsabile e doveroso spirito di solidarietà riguardo l'accesso, la gestione

e la protezione delle risorse comuni, nella prospettiva dell'elaborazione di un contesto normativo internazionale chiaro ed efficace in materia di protezione dell'ambiente.

Corte costituzionale, 25 giugno 2020, n. 127 – Pres. Cartabia – Est. Amato – Avv. Confente *n.q.* di Curatore di R.F.A. – M.A. (Avv. Bertolotto) – Pres. Cons. Ministri (Avv. gen. Stato).

Filiazione – Filiazione non matrimoniale – Riconoscimento – Consapevolezza dell'inveridicità da parte dell'autore – Impugnazione per difetto di veridicità – Denunciata omessa esclusione della legittimazione all'impugnazione – Valutazione del concreto interesse del figlio – Immanenza del principio nel sistema – Non fondatezza della questione.

Norme impugnate: art. 263 c.c.

Non è fondata, in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., nella parte in cui non esclude la legittimazione ad impugnare il riconoscimento del figlio da parte di chi lo abbia effettuato nella consapevolezza della sua non veridicità, dovendo il giudice tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto sotteso alla domanda ablativa, con particolare riguardo al concreto interesse del soggetto riconosciuto, con la conseguenza che il bilanciamento tra detto concreto interesse e il favore per la verità del rapporto di filiazione non può costituire il risultato di una valutazione astratta e predeterminata e non può implicare ex se il sacrificio dell'uno in nome dell'altro.

(*Omissis*). *Ritenuto in fatto*. 1.– Nel corso di un giudizio di impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità, la Corte d'appello di Torino, sezione per la famiglia, con ordinanza del 4 ottobre 2017 ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 del codice civile, nella parte in cui non esclude la legittimazione ad impugnare il riconoscimento del figlio in capo a colui che abbia compiuto tale atto nella consapevolezza della sua non veridicità.

Ad avviso del giudice a quo, la disposizione censurata si porrebbe in contrasto innanzitutto con l'art. 3 della Costituzione, per l'irragionevole disparità di trattamento tra chi abbia consapevolmente effettuato il riconoscimento non veridico

e chi abbia prestato il consenso alla fecondazione assistita eterologa: mentre, nel primo caso, l'art. 263 c.c. consente all'autore del riconoscimento di proporre l'impugnazione per difetto di veridicità, invece l'art. 9, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) preclude tale impugnazione a chi abbia prestato consenso al concepimento mediante fecondazione medicalmente assistita.

L'irragionevolezza della disposizione censurata risiederebbe, inoltre, nel consentire a chi abbia consapevolmente scelto di instaurare un rapporto di filiazione di sacrificare l'interesse del soggetto riconosciuto come figlio sulla base di una personale riconsiderazione dei propri interessi, «accampando quale causa quello di cui fin dal principio egli era perfettamente consapevole, ossia la non veridicità del riconoscimento medesimo».

La disposizione censurata si porrebbe in contrasto, altresì, con l'art. 2 Cost., per la violazione dei principi di responsabilità individuale, di solidarietà sociale e di tutela dell'identità personale del figlio.

2.– Il giudizio a quo ha ad oggetto l'appello, proposto dalla curatela di una minore, avverso la sentenza con cui il Tribunale ordinario di Torino – in accoglimento della domanda proposta dall'autore del riconoscimento della stessa minore quale figlia – ha annullato per difetto di veridicità tale riconoscimento, effettuato nel 2004, disponendo le relative annotazioni sui registri dello stato civile. Il giudice a quo riferisce che non forma oggetto di contestazione tra le parti la piena consapevolezza della falsità del riconoscimento da parte del suo autore.

2.1.– Il giudice a quo premette che nel caso in esame non è in discussione nemmeno il rispetto del termine di decadenza per la proposizione dell'azione, posto che la domanda è stata proposta nella vigenza della precedente disciplina che ne prevedeva l'imprescrittibilità. In ogni caso, il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), all'art. 104, comma 10, consente in via transitoria di beneficiare del termine di un anno dall'entrata in vigore dello stesso d.lgs. n. 154 del 2013.

Dopo avere disatteso l'eccezione di nullità della sentenza per il mancato interpellato della minore, il rimettente dichiara di condividere la ricostruzione normativa e l'interpretazione fatta propria dal giudice di primo grado, non potendo essere

accolti i rilievi dell'appellante, nel senso di attribuire prevalenza all'interesse della minore alla propria identità familiare, comunque realizzatasi.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. sarebbe, dunque, rilevante nel caso in esame, poiché la riforma della sentenza impugnata potrebbe avere luogo solo laddove fosse accolta la questione di legittimità costituzionale della disposizione censurata.

2.2.– Quanto al merito delle questioni, la Corte di appello premette che non è in discussione la pienezza della discrezionalità legislativa nella disciplina delle diverse situazioni, fermo restando il limite della non manifesta irragionevolezza.

Peraltro, le situazioni fattuali alle quali fanno riferimento sia la disposizione censurata, come ridisegnata dal d.lgs. n. 154 del 2013, sia l'art. 9 della legge n. 40 del 2004 – sotto il profilo soggettivo di colui che pone in essere l'atto determinativo dello “*status*” del nato, quale figlio proprio – sarebbero assolutamente identiche. In entrambi i casi, infatti, sussistono la consapevolezza di non essere il padre biologico del riconosciuto e la volontà di assumere la paternità e la responsabilità, quale genitore, di un figlio che non è biologicamente il proprio.

In entrambi i casi, alla base del riconoscimento, vi sarebbe un atto consapevole e *contra legem*: nel caso dell'art. 9 della legge n. 40 del 2004, il consenso alla pratica di procreazione assistita di tipo eterologo e, nel caso del riconoscimento cosiddetto “di compiacenza”, la violazione dell'art. 567 del codice penale. Tuttavia, mentre l'art. 9 della legge n. 40 del 2004 preclude l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, l'art. 263 c.c. legittima l'autore del riconoscimento non veritiero all'azione di impugnazione dello stesso.

Osserva il giudice a quo che la *ratio* sottesa al divieto dell'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004 è rappresentata dalla necessità di rispettare il principio, deducibile dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali e entrato a far parte integrante dell'ordinamento italiano, secondo il quale in ogni provvedimento legislativo, amministrativo o giudiziario riguardante un minore l'interesse di quest'ultimo deve sempre essere considerato preminente. Il rimettente richiama, a questo riguardo, la Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176; la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77; la Carta

dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

Dovrebbe, quindi, escludersi che colui che, consapevole della difformità dalla realtà biologica, altrettanto consapevolmente abbia scelto di instaurare con un minore un rapporto di filiazione, possa successivamente sacrificare lo *status* del figlio solo perché la riconsiderazione dei propri interessi, la natura dei quali neanche è tenuto a rappresentare, lo avrebbe indotto a ritrattare il riconoscimento già prestato, adducendo una circostanza di cui fin dal principio egli era perfettamente consapevole, ossia la non veridicità del riconoscimento medesimo.

Ad avviso della Corte d'appello, la situazione in esame sarebbe sostanzialmente identica a quella considerata dall'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004. Tuttavia, la tutela accordata al minore in quest'ultimo caso è viceversa negata nel caso dell'art. 263 c.c.

Il rimettente dubita, quindi, della legittimità della disparità di trattamento derivante dall'art. 263 c.c., sia in relazione al principio di uguaglianza e ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost., sia in relazione ai principi di responsabilità individuale e di solidarietà sociale, nonché di tutela dell'identità personale, che trovano espressione nell'art. 2 Cost.

Al riguardo, il rimettente osserva che l'identità personale trova il suo elemento caratterizzante proprio nel nome, quale autonomo segno distintivo di tale identità, e che nel contesto sociale l'acquisizione del nome è l'effetto di più immediata percezione del riconoscimento di paternità (è richiamata la sentenza di questa Corte n. 13 del 1994). Nel caso di specie, sia in considerazione della minore età del soggetto riconosciuto, sia della sua volontà di non rinunciare allo *status* di figlia, sia del considerevole arco di tempo durante il quale, pubblicamente, si è manifestata la paternità dell'autore del riconoscimento, il cognome paterno è divenuto autonomo segno distintivo dell'identità personale della minore.

2.3.— Si osserva, inoltre, che la questione di legittimità costituzionale sollevata non sarebbe riconducibile ai precedenti già esaminati dalla Corte costituzionale nelle pronunce n. 134 del 1985, n. 158 del 1991 e n. 7 del 2012, tutte relative alla modulazione del termine per la proposizione dell'impugnazione di cui all'art. 263 c.c., perché nel caso in esame il dubbio di legittimità costituzionale attiene alla legittimazione all'azione di impugnazione.

D'altra parte, ad avviso del rimettente, l'art. 9 sarebbe idoneo a rappresentare il *tertium comparationis*, ai fini della valutazione di omogeneità rispetto alla fattispecie disciplinata dall'art. 263 c.c. Invero, come affermato dalla indicata ordinanza n. 7 del 2012, il divieto del disconoscimento della paternità o di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, in caso di procreazione medicalmente assistita eterologa, «configura una ipotesi di intangibilità *ex lege* dello *status*, la quale (come tale) incide non già sul profilo della imprescrittibilità dell'azione di cui alla norma censurata, quanto piuttosto su quello completamente diverso (e qui non censurato) della legittimazione alla impugnazione medesima». Il giudice a quo fa rilevare che è proprio la legittimazione di colui che impugna il riconoscimento che viene in considerazione nel caso in esame, non già la imprescrittibilità dell'azione.

2.3.1.— Il rimettente osserva, infine, che il *petitum* rivolto a questa Corte non sarebbe volto a una pronuncia additiva di principio, né alla mera abrogazione dell'art. 263 c.c. Infatti, la fattispecie dell'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004 coincide con quella del riconoscimento per compiacenza sotto il profilo della consapevolezza della non corrispondenza tra il rapporto di filiazione dichiarato e la effettiva relazione biologica. L'eliminazione di questa irragionevole disparità di trattamento dovrebbe avvenire mediante l'esclusione della legittimazione all'azione di cui all'art. 236 c.c. del solo soggetto che ha operato un riconoscimento cosiddetto "compiacente", mentre rimarrebbe intatto il restante contenuto normativo della disposizione censurata, né si verificherebbe alcun vuoto normativo.

3.— Il Presidente del Consiglio dei ministri è intervenuto nel giudizio per il tramite dell'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal giudice a quo siano dichiarate inammissibili e comunque manifestamente non fondate.

3.1.— Preliminarmente, è eccepita l'inammissibilità delle questioni poiché volte a ottenere una pronuncia additiva che, sostituendosi alla discrezionalità del legislatore, attribuirebbe rilevanza esclusiva all'interesse del minore, vietando l'azione di impugnazione del riconoscimento a chi lo abbia effettuato nella consapevolezza della sua non veridicità.

L'Avvocatura generale dello Stato eccepisce, inoltre, l'inammissibilità delle questioni per insufficiente ricostruzione del quadro normativo, tale da riflettersi nel difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza. Il giudice a quo

non avrebbe considerato la portata delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 154 del 2013, che ha sostituito l'originaria imprescrittibilità dell'impugnazione dell'autore del riconoscimento con la previsione di un rigoroso limite temporale (un anno dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita). L'art. 104 dello stesso d.lgs. n. 154 del 2013 ha poi previsto che, per i riconoscimenti effettuati in precedenza, i termini decorrano dalla data di entrata in vigore dello stesso d.lgs. n. 154 del 2013, ossia dal 7 febbraio 2014. Il rimettente non avrebbe, quindi, spiegato perché la sostituzione dell'originaria imprescrittibilità con un limite temporale assai ristretto non valga ad attuare un bilanciamento ragionevole degli interessi contrapposti: quello del figlio alla stabilità dell'assetto familiare e quello dell'autore del riconoscimento non veritiero al ristabilimento della verità e all'esclusione di una falsa relazione parentale.

3.2.– Nel merito, non sussisterebbe la denunciata disparità di trattamento, poiché le situazioni poste a raffronto dal rimettente non sarebbero equiparabili.

Ad avviso della difesa statale, l'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004, la quale vieta il disconoscimento della paternità qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, sarebbe una norma speciale, che disciplina una situazione particolare. Con essa il legislatore ha scelto di privilegiare la tutela del figlio nato dalla fecondazione eterologa, la quale si fonda sul preventivo consenso di coloro che, per effetto di essa, risulteranno genitori.

Diverso sarebbe il caso contemplato dall'art. 263 c.c., in cui il nato ha acquisito lo *status* di figlio per filiazione naturale. Rispetto a esso, rimarrebbe la volontà legislativa di attribuire prevalenza al *favor veritatis* e di consentire il disconoscimento, sebbene entro limiti temporali ben circoscritti. Questo bilanciamento tra veridicità del riconoscimento e interesse superiore del minore è riservato alla discrezionalità legislatore (sono richiamate le sentenze n. 158 del 1991 e n. 134 del 1985 e l'ordinanza n. 7 del 2012).

Inoltre, l'Avvocatura generale dello Stato richiama anche la sentenza n. 272 del 2017, che proprio con riferimento all'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004, nel raffronto con l'art. 263 c.c., constata che «in questo caso, in un'ipotesi di divergenza tra genitorialità genetica e genitorialità biologica, il bilanciamento è stato effettuato dal legislatore attribuendo la prevalenza al principio di conservazione dello *status filiationis*».

L'Avvocatura generale dello Stato fa notare che anche la giurisprudenza di legittimità, di recente, ha rilevato che l'azione di cui all'art. 263 c.c. possiede la peculiare natura delle azioni di stato, le quali incidono in materia dominata da interessi pubblici e sono perciò sottratte alla disponibilità dei privati «senza che ciò violi l'art. 3 Cost.» (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 21 febbraio 2019, n. 5242).

Le situazioni disciplinate dagli artt. 263 c.c. e 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004 sarebbero dunque basate su presupposti fattuali non coincidenti, tali da giustificare, sul piano della ragionevolezza, la previsione di discipline differenti.

Ed invero, si osserva che la prestazione del consenso alla procreazione assistita di tipo eterologo costituisce una *conditio* della nascita stessa, ossia presume una scelta di genitorialità che precede l'esistenza del soggetto che nascerà ed è diretta alla formazione di un embrione. In questo caso, l'irretrattabilità della scelta e la preclusione dell'impugnazione di cui all'art. 263 c.c. sono volte a proteggere il nascituro, evitando di esporlo a eventuali ripensamenti successivi e imponendo la responsabilizzazione di chi sceglie di farlo venire al mondo.

La difesa statale fa, inoltre, rilevare che l'esclusione di un legame parentale fra il donatore dei gameti e il nascituro (prevista dall'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004) sarebbe coerente con questa impostazione. La preclusione di azioni di contestazione o di rivendicazione della genitorialità, in contrasto con la volontà manifestata dagli attori della vicenda nel momento in cui vi hanno dato avvio, sarebbe volta a prevenire i possibili conflitti che la particolare situazione della fecondazione assistita eterologa potrebbe determinare.

Con la disciplina dell'art. 263 c.c., invece, il legislatore ha ritenuto di lasciare uno spazio al *favor veritatis*, sulla base del rilievo che nel breve arco di tempo indicato (un anno o al massimo cinque), l'identità personale potrebbe non essere considerevolmente incisa, ferma l'eventuale diversa valutazione giudiziale basata sull'interesse del minore, che è comunque sempre sotteso e immanente alla materia delle azioni di stato, come chiarito dalla citata sentenza n. 272 del 2017. In questo caso, l'accertamento della verità naturale, anche attraverso l'impugnazione da parte dell'autore di un riconoscimento non veritiero, appare un mezzo non irragionevole per prevenire successivi conflitti e per stabilizzare gli stati personali dei soggetti coinvolti.

Le scelte sottese alle discipline in esame sarebbero di peso diverso: l'una (quella del consenso alla procreazione assistita di tipo eterologo) investe profili di genito-

rialità che riguardano il nascituro sin da un momento antecedente al concepimento e sarebbe connotata dalla consapevolezza dell'irretrattabilità della decisione (al pari della genitorialità naturale) e della recisione definitiva di ogni legame con il donatore di gameti, con conseguente impossibilità di individuare in futuro altre figure genitoriali; l'altra (quella del riconoscimento consapevolmente non veritiero) riguarda lo *status* di un soggetto esistente, la cui genitorialità naturale potrebbe peraltro essere appurata anche successivamente, in virtù dell'esercizio delle opportune azioni di stato da parte di altri legittimati. Gli elementi caratterizzanti le diverse situazioni giustificano scelte normative diverse, non censurabili sul piano della ragionevolezza.

3.3.— Quanto alla lamentata violazione dell'art. 2 Cost., la difesa statale ribadisce che i diversi regimi impugnatori muovono da situazioni fattuali diverse ed hanno una ratio che poggia su un bilanciamento di valori, di competenza del legislatore, che non appare irragionevole. Da ciò discenderebbe la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 263 c.c. anche in riferimento all'art. 2 Cost.

Considerato in diritto. 1.— La Corte d'appello di Torino, sezione per la famiglia, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 del codice civile, nella parte in cui non esclude la legittimazione ad impugnare il riconoscimento del figlio da parte di chi lo abbia effettuato nella consapevolezza della sua non veridicità.

Ad avviso del giudice a quo, la disposizione censurata si porrebbe in contrasto innanzitutto con l'art. 3 della Costituzione, per l'irragionevole disparità di trattamento tra chi abbia consapevolmente effettuato il riconoscimento non veridico e chi abbia prestato il consenso alla fecondazione assistita eterologa: mentre, nel primo caso, l'art. 263 c.c. consente all'autore del riconoscimento di proporre l'impugnazione per difetto di veridicità, l'art. 9, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) preclude tale impugnazione a chi abbia prestato consenso al concepimento mediante fecondazione medicalmente assistita.

L'irragionevolezza della disposizione censurata consisterebbe, inoltre, nel consentire, a chi abbia consapevolmente scelto di instaurare un rapporto di filiazione, di sacrificare l'interesse del soggetto riconosciuto come figlio, sulla base di una personale riconsiderazione dei propri interessi, «accampando quale causa quello di cui fin dal principio egli era perfettamente consapevole, ossia la non veridicità del riconoscimento medesimo».

La disposizione censurata si porrebbe in contrasto, altresì, con l'art. 2 Cost., per la violazione dei principi di responsabilità individuale, di solidarietà sociale e di tutela dell'identità personale del figlio.

2.— In via preliminare, occorre esaminare le eccezioni formulate dal Presidente del Consiglio dei ministri, intervenuto nel giudizio incidentale per mezzo dell'Avvocatura generale dello Stato. La difesa statale ha eccepito l'inammissibilità delle questioni in quanto volte a ottenere una pronuncia additiva che, sostituendosi alla discrezionalità del legislatore, attribuisca rilevanza allo stato soggettivo di mala fede dell'autore del riconoscimento e ne escluda la legittimazione ad impugnare. Spetterebbe, viceversa, al legislatore stabilire se l'accoglimento di tale impugnazione debba essere subordinato all'interesse del minore all'appartenenza familiare.

Questa eccezione è priva di fondamento.

Il petitum del rimettente mira a precludere l'impugnazione del riconoscimento a chi lo abbia effettuato nella consapevolezza della sua non veridicità. L'obiettivo perseguito dal giudice a quo è volto a delimitare l'ambito dei soggetti legittimati a proporre l'azione, escludendone chi abbia consapevolmente effettuato un riconoscimento falso. L'intervento richiesto è, dunque, limitato alla verifica del fondamento costituzionale di questa legittimazione, che, ove risultasse manifestamente irragionevole e contraria all'art. 2 Cost., così come ipotizzato dal rimettente, sarebbe per ciò stesso estranea alle scelte discrezionali rimesse al legislatore. Del resto, sono rinvenibili nell'ordinamento altre fattispecie di preclusione dell'azione *ex art. 263 c.c.*, in considerazione di interessi ritenuti meritevoli di tutela. Nessuna manipolazione creativa deriverebbe, pertanto, dall'eventuale accoglimento delle questioni (in questo senso, *ex plurimis*, sentenze n. 212 e n. 113 del 2019).

2.1.— Non è fondata neppure l'ulteriore eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato, relativa all'insufficiente ricostruzione del quadro normativo, per l'omessa considerazione delle modifiche introdotte dal decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219).

In particolare, ad avviso dell'interveniente, il giudice a quo non avrebbe spiegato perché la previsione di rigorosi limiti temporali per l'impugnazione del riconoscimento, proposta dal suo autore, non valga a realizzare un ragionevole bilanciamento tra l'esigenza di accertamento della verità e l'interesse alla stabilità degli *status* personali.

Tuttavia, il giudice rimettente, dopo avere dato atto delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 154 del 2013, ha evidenziato che nel giudizio a quo l'impugnazione di cui all'art. 263 c.c. è stata proposta prima dell'entrata in vigore dello stesso d.lgs. n. 154 del 2013. Pertanto, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 14 febbraio 2017, n. 3834), a questo giudizio non era applicabile la disciplina dell'art. 263, secondo e quarto comma, c.c., come novellato dall'art. 28 del d.lgs. n. 154 del 2013, in vigore dal 7 febbraio 2014 e, in particolare, non erano applicabili i nuovi termini per la proposizione dell'azione. In quanto proposta nella vigenza della disciplina precedente, l'impugnazione proposta dall'autore del riconoscimento non era soggetta a termini. Pertanto, nel caso oggetto del giudizio a quo, l'impugnazione – ancorché proposta a distanza di otto anni dal riconoscimento – era tempestiva.

La rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. non è dunque scalfita dalle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 154 del 2013, né la motivazione del rimettente denota lacune nella ricostruzione del quadro normativo.

Va, inoltre, rilevato che le modifiche introdotte dall'art. 28 del d.lgs. n. 154 del 2013 sono intervenute sulle disposizioni dei commi secondo e quarto dell'art. 263 c.c. e non su quella oggetto di censura. Infatti, mentre la previsione dei soggetti legittimati ad impugnare è contenuta nel primo comma dell'art. 263 c.c., le condizioni e i termini per la proposizione dell'azione, invece, sono disciplinate nei successivi commi e sono proprio questi ad essere stati profondamente modificati dal disegno riformatore del 2013. È vero che tali modifiche non possono non incidere sul significato attuale dello stesso primo comma, rimasto per parte sua immutato, ma ciò attiene al merito della questione, non alla sua ammissibilità.

3.– Nel merito, non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. e alla denunciata disparità di trattamento con l'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004.

3.1.– La prospettazione del giudice a quo fa leva sulla ritenuta affinità della situazione dell'autore del riconoscimento consapevolmente falso rispetto a quella di chi abbia prestato il consenso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. L'art. 9 della legge n. 40 del 2004 preclude espressamente l'impugnazione di cui all'art. 263 c.c. – oltre che l'azione di disconoscimento della paternità, nei casi previsti dall'art. 235, primo comma, numeri 1) e 2), c.c. – al coniuge o al convivente che abbia

prestato il proprio consenso a tecniche di procreazione medicalmente assistita. È siffatta preclusione ad essere indicata dal rimettente come *tertium comparationis*, al fine di evidenziare la disparità di trattamento rispetto alla disposizione censurata.

Il giudice a quo richiama l'ordinanza n. 7 del 2012, in cui questa Corte ha ritenuto che la previsione dell'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004 configura «una ipotesi di intangibilità *ex lege* dello *status*» e ravvisa delle significative analogie tra la dichiarazione di riconoscimento consapevolmente falsa e il consenso prestato alla procreazione medicalmente assistita. L'elemento unificante delle due situazioni è individuato nella volontaria e consapevole instaurazione del rapporto di filiazione, con conseguente assunzione della responsabilità genitoriale. La ratio della preclusione di cui al suddetto art. 9, comma 1, sarebbe pertanto estensibile all'impugnazione del riconoscimento per compiacenza.

3.2.— Tuttavia, nel caso del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, il divieto d'impugnare il riconoscimento è riferito a particolari situazioni, specificamente qualificate dal legislatore, e riveste carattere eccezionale. Esso è volto a sottrarre il destino giuridico del figlio ai mutamenti di una volontà che, in alcuni casi particolari e a certe condizioni, tassativamente previste, rileva ai fini del suo concepimento. È per questo stesso motivo che la legge speciale nega – sempre in via d'eccezione – il diritto di anonimato della madre (art. 9, comma 2, della legge n. 40 del 2004). Si tratta, dunque, di eccezioni rispetto al regime generale della filiazione e il carattere derogatorio si accentua nell'ambito di una disciplina che connette effetti giuridicamente rilevanti a tecniche altrimenti espressamente vietate.

Né possono essere equiparate la volontà di generare con materiale biologico altrui e la volontà di riconoscere un figlio altrui: nel primo caso, la volontà porta alla nascita una persona che altrimenti non sarebbe nata; nel secondo caso, la volontà del dichiarante si esprime rispetto a una persona già nata. Invero, anche la condizione giuridica del soggetto riconosciuto risulta differente: mentre per la persona nata attraverso procreazione medicalmente assistita eterologa un eventuale accertamento negativo della paternità non potrebbe essere la premessa di un successivo accertamento positivo della paternità biologica, stante l'anonimato del donatore di gameti e l'esclusione di qualsiasi relazione giuridica parentale con quest'ultimo (art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004). Viceversa, nel caso del falso riconoscimento esiste un genitore “biologico”, la cui responsabilità può venire in gioco.

D'altra parte, il divieto di impugnazione del riconoscimento, previsto dall'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004, si riferisce a un contesto in cui operano alcune garanzie associate alla figura e all'intervento del medico. Viceversa, la fattispecie del riconoscimento per compiacenza è destinata a realizzarsi in situazioni "opache", al di fuori del circuito medico-sanitario disegnato dalla legge speciale, talora addirittura per aggirare la disciplina dell'adozione, come dimostra la previsione di cui all'art. 74 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), che prevede, infatti, l'attivazione di poteri ufficiosi di segnalazione, accertamento e di impugnazione, ove ricorrano indici del carattere fraudolento del riconoscimento.

Dal divieto di disconoscimento della paternità per il coniuge o il convivente che abbia prestato il proprio consenso non è, dunque, desumibile un principio generale in base al quale, ai fini dell'instaurazione del rapporto di filiazione, è sufficiente il solo elemento volontaristico o intenzionale, rappresentato dal consenso prestato alla procreazione, ovvero dall'adesione a un comune progetto genitoriale. È pur vero che lo sviluppo scientifico ha reso possibili forme di procreazione svincolate dal legame genetico e che l'ordinamento ne ha preso atto. Tuttavia, la disciplina del rapporto di filiazione rimane tuttora strettamente connessa all'esistenza di un rapporto biologico tra il nato ed i genitori.

Non è possibile, pertanto, fondare la valutazione di irragionevolezza postulata dal giudice a quo sulla disparità di trattamento con la disciplina di cui all'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004. La differente natura delle fattispecie impedisce, infatti, di considerare la scelta normativa dell'indicato art. 9 come un idoneo *tertium comparationis* ai fini della valutazione della ragionevolezza estrinseca della disposizione dell'art. 263 c.c. Si tratta di fattispecie differenti e la diversità delle rispettive discipline si sottrae ai dubbi di legittimità costituzionale sollevati in nome del principio d'eguaglianza.

4.– La questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. non è fondata neppure in riferimento alla violazione dell'art. 2 Cost., nonché all'irragionevolezza intrinseca della disposizione in esame.

4.1.– Occorre premettere che, per quanto le argomentazioni del giudice a quo ruotino principalmente attorno all'art. 3 Cost., sussiste un'intima connessione tra le censure che evocano il canone di ragionevolezza e quelle relative alla violazione del diritto all'identità personale, garantito dall'art. 2 Cost.

Nella prospettiva del rimettente, la norma censurata si porrebbe in contrasto con i richiamati principi costituzionali nella parte in cui essa consente l'impugnazione per difetto di veridicità anche a chi abbia effettuato il riconoscimento, pur essendo consapevole della sua falsità. L'irragionevolezza consisterebbe, quindi, nel consentire a chi abbia instaurato un rapporto di filiazione, nella consapevolezza della sua falsità, di vanificare il riconoscimento, sacrificando gli interessi del soggetto riconosciuto sulla base di una esclusiva riconsiderazione dei propri.

L'assunto del rimettente riflette la tradizionale interpretazione dell'art. 263 c.c. offerta dalla giurisprudenza di legittimità nei casi di riconoscimento consapevolmente falso (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenze 14 febbraio 2017, n. 3834, e 24 maggio 1991, n. 5886; ordinanza 21 febbraio 2019, n. 5242). Essa si fonda sulla assoluta prevalenza da attribuire all'interesse, di natura pubblicistica, all'accertamento della verità, rispetto a qualsiasi altro interesse che con esso venga in conflitto e quindi anche rispetto al diritto, anch'esso dotato di copertura costituzionale, all'identità sociale del soggetto riconosciuto, nonché alla necessità di far valere le responsabilità, inerenti alla qualità di genitore, assunte con il riconoscimento.

4.2.— Si tratta, tuttavia, di un'impostazione ormai superata dall'evoluzione normativa e giurisprudenziale, anche di questa Corte.

Sul rilievo che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale, siffatta evoluzione ha portato a negare l'assoluta preminenza del *favor veritatis* e ad affermare la necessità della sua ragionevole comparazione con altri valori costituzionali.

In più occasioni, infatti, il legislatore, cui l'art. 30, quarto comma, Cost. demanda il potere di fissare limiti e condizioni per far valere la genitorialità biologica nei confronti di quella legale, ha attribuito prevalenza al consenso alla genitorialità e all'assunzione della conseguente responsabilità rispetto al *favor veritatis*.

4.2.1.— È certo un significativo passaggio di questa evoluzione il richiamato art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004 che, in un caso di divergenza tra genitorialità genetica e genitorialità giuridica, tanto specifico e peculiare da non valere, come si è detto, come *tertium comparationis*, fa comunque prevalere l'interesse alla conservazione dello *status*, così riconoscendo che la corrispondenza tra lo stato di figlio e la verità biologica, pur auspicabile, non è elemento indispensabile dello *status filiationis*.

Anche le novità apportate dal d.lgs. n. 154 del 2013 si pongono nella direzione

indicata. Se, da un lato, è stato garantito senza limiti di tempo l'interesse primario ed inviolabile del figlio a ottenere l'accertamento della mancata corrispondenza tra genitorialità legale e genitorialità biologica, dall'altro lato sono stati introdotti rigorosi termini per la proposizione dell'azione da parte degli altri legittimati, assicurando così tutela al diritto alla stabilità dello *status* acquisito, in particolare laddove ad impugnare il riconoscimento sia il suo stesso autore. Il nuovo testo dell'art. 263 c.c. prevede, infatti, che il termine per proporre l'azione di impugnazione – originariamente imprescrittibile – è di un anno, se ad agire è l'autore del riconoscimento, e di cinque anni per gli altri legittimati.

Ciò dimostra la volontà di tutelare gli interessi del figlio, evitando il protrarsi di un'incertezza potenzialmente lesiva della solidità degli affetti e dei rapporti familiari. È stata così riconosciuta e garantita la tendenziale stabilità dello stato di filiazione, in connessione con il consolidamento in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche eventualmente in contrasto con la verità biologica della procreazione.

In questa prospettiva, va anche notata la decorrenza del termine per la proposizione dell'azione: non dalla nascita, ma da un momento successivo, quello dell'annotazione del riconoscimento nell'atto di nascita. In questo modo è stato attribuito rilievo, ai fini della proponibilità dell'azione e del consolidamento del diritto all'identità personale che essa ha di fronte, non all'età del figlio – in genere, ma non necessariamente, un minore – bensì alla durata del rapporto di filiazione, anche se iniziato in un momento successivo alla nascita.

4.2.2.– D'altra parte, l'assolutezza del principio di prevalenza dell'interesse all'accertamento della verità biologica della procreazione è stata superata anche dalla giurisprudenza di legittimità che, da tempo, ha riconosciuto come l'equazione tra “verità naturale” e “interesse del minore” non sia predicabile in termini assoluti, essendo viceversa necessario bilanciare la verità del concepimento con l'interesse concreto del figlio alla conservazione dello *status* acquisito (Corte di cassazione, sezione prima civile, ordinanza 21 febbraio 2020, n. 4791; sentenze 3 aprile 2017, n. 8617, 15 febbraio 2017, n. 4020, 22 dicembre 2016, n. 26767, 8 novembre 2103, n. 25213 e 19 ottobre 2011, n. 21651; sezione sesta civile, sentenza 23 settembre 2015, n. 18817).

4.2.3.– Anche la giurisprudenza di questa Corte ha preso atto di questa evoluzione, non solo con il riconoscimento che «il dato della provenienza genetica non

costituisce un imprescindibile requisito della famiglia» (sentenza n. 162 del 2014), ma anche con l'affermazione dell'immanenza dell'interesse del figlio, specie se minore, nell'ambito delle azioni volte alla rimozione dello *status* (sentenze n. 272 del 2017, n. 494 del 2002, n. 170 del 1999 e ordinanza n. 7 del 2012).

In particolare, proprio con riferimento alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., questa Corte ha sottolineato che «[l']affermazione della necessità di considerare il concreto interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano è fortemente radicata nell'ordinamento sia interno, sia internazionale [...]. Non si vede conseguentemente perché, davanti all'azione di cui all'art. 263 c.c., fatta salva quella proposta dallo stesso figlio, il giudice non debba valutare: se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo [...]; se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica [...] ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità» (sentenza n. 272 del 2017).

In definitiva, la necessità di valutare l'interesse alla conservazione della condizione identitaria acquisita, nella comparazione con altri valori costituzionalmente rilevanti, è già contenuta nel giudizio di cui all'art. 263 c.c. ed è immanente a esso. Si tratta, infatti, di una valutazione comparativa che attiene ai presupposti per l'accoglimento della domanda proposta ai sensi dell'art. 263 c.c. e non alla legittimazione dell'autore del riconoscimento inveridico.

4.3.– Pertanto, nel caso dell'impugnazione del riconoscimento consapevolmente falso da parte del suo autore, il bilanciamento tra il concreto interesse del soggetto riconosciuto e il favore per la verità del rapporto di filiazione non può costituire il risultato di una valutazione astratta e predeterminata e non può implicare *ex se* il sacrificio dell'uno in nome dell'altro. L'esigenza di operare una razionale comparazione degli interessi in gioco, alla luce della concreta situazione dei soggetti coinvolti, impone al giudice di tenere conto di tutte le variabili del caso concreto, sotteso alla domanda di rimozione dello *status* di cui all'art. 263 c.c.

È appena il caso di aggiungere che di tale apprezzamento giudiziale non può non far parte la stessa considerazione del diritto all'identità personale, correlato non soltanto alla verità biologica, ma anche ai legami affettivi e personali sviluppatasi all'interno della famiglia.

In conclusione, anche nell'impugnazione del riconoscimento proposta da chi

lo abbia effettuato nella consapevolezza della sua falsità, «la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi [deve] tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso» (sentenza n. 272 del 2017). Tra queste variabili, rientra sia il legame del soggetto riconosciuto con l'altro genitore, sia la possibilità di instaurare tale legame con il genitore biologico, sia la durata del rapporto di filiazione e del consolidamento della condizione identitaria acquisita per effetto del falso riconoscimento (in particolare nelle azioni, come quella oggetto del giudizio a quo, esercitate prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 154 del 2013), sia, infine, l'idoneità dell'autore del riconoscimento allo svolgimento del ruolo di genitore.

P.Q.M. La Corte costituzionale. Dichiaro non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 del codice civile, sollevata dalla Corte d'appello di Torino, Sezione per la famiglia, in riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione, con l'ordinanza indicata in epigrafe. (*Omissis*).

Azioni ablative di stato e interesse del figlio alla continuità affettiva

[ANDREA SASSI^(*)]

SOMMARIO: 1. *Filiazione-titolo e filiazione-rapporto*. – 2. *Favor veritatis* e affettività nella giurisprudenza costituzionale. – 3. L'interesse del nato quale principio adeguatore di attribuzione della genitorialità. – 4. Consolidazione dell'affettività e limiti alle azioni private. – 5. Accertamento della filiazione e divieto di *venire contra factum proprium*. – 6. Rilevanza dello stato soggettivo e improponibilità della domanda ablativa.

1. Con la presente sentenza, la Corte costituzionale prosegue nel solco tracciato dalla recente pronuncia n. 272 del 18 dicembre 2017⁽¹⁾, ribadendo la centralità dell'interesse del figlio al mantenimento dello *status* acquisito, anche se fondato sull'affettività, in tutte le azioni di accertamento negativo.

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ In questa *Rivista*, 2017, p. 263, con nota di A. SASSI, *Gestazione per altri e ruolo delle azioni di stato*.

In sostanza, detto interesse viene qualificato come clausola generale, a cui il giudice deve obbligatoriamente far riferimento nella ricerca del risultato ottimale di giustizia nel caso concreto, operazione ermeneutica ancor più delicata quando vengono in rilievo diritti fondamentali e scelte esistenziali della persona⁽²⁾.

Con riferimento all'accertamento dello stato di figlio, il ruolo del giudice delle leggi, divenuto vieppiù rilevante a partire dalla fine degli anni novanta del secolo scorso, ha condotto nell'ultimo lustro al riconoscimento di un diritto alla genitorialità a tutto tondo, sia nella prospettiva filiale che in quella genitoriale, fondato sulla tutela della salute e dell'identità personale, espressione generale del diritto alla salute psico-fisica dell'individuo. Detti principi, nell'ambito della costituzione del rapporto filiale e dei suoi effetti, hanno consentito il pieno sviluppo dell'identità della persona, che si esplica essenzialmente nella possibilità di ricerca della verità biologica, ma anche nella tutela del benessere psico-fisico dell'individuo, dell'affettività e della certezza dello stato acquisito.

In una prima fase, la Corte costituzionale ha per anni operato attraverso un bilanciamento tra tutela della famiglia legittima e accertamento della verità biologica, per poi arrivare, in una seconda e soltanto in questi ultimi tempi, ad una svolta, che ha posto al centro l'interesse del figlio e lo sviluppo equilibrato della sua personalità mediante la tutela dell'identità personale.

È nella prima fase che si comincia a delineare quella dicotomia tra *filiazione-titolo* e *filiazione-rapporto*⁽³⁾, dicotomia che è stata poi presa a modello dal legislatore con l'ultima riforma. La Corte, tuttavia, aveva indicato una soluzione sostanzialmente diversa da quella poi accolta dalla l. n. 219/2012 e dal successivo decreto delegato n. 154/2013, propendendo per un indirizzo

⁽²⁾ Sulla centralità dell'interesse del figlio come clausola generale e principio adeguatore, v. A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 2^a ed., Milano, 2013, spec. p. 251 ss. e 532 ss.; A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 2^a ed., Torino, 2018, spec. pp. 3 ss., 221 ss., 351 ss. e 515 ss. Da ultimo, il tema è stato sviluppato da M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, spec. p. 99 ss.

⁽³⁾ Si rinvia a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 6 ss.

di netta chiusura verso gli interessi del figlio nato fuori del matrimonio nella *filiazione-rapporto*, ad esempio distinguendo tra parentela e consanguineità e confermando la ragionevolezza dell'opzione legislativa in tema di commutazione⁽⁴⁾, ma al contempo aprendo alla possibilità nella *filiazione-titolo* di accedere alla ricerca della verità biologica, con effetti acquisitivi o privativi dello stato, attraverso la rimozione di condizioni di ammissibilità dell'azione e di limiti alla ricerca della prova⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Sulla parentela, ad esempio, Corte cost., 23 novembre 2000, n. 532, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 591, con nota di C.M. BIANCA, *I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua*; in *Fam. e dir.*, 2001, p. 361, con nota di G. FERRANDO, *Principio di eguaglianza, parentela naturale e successione*; in *Corr. giur.*, 2001, p. 1034, con nota di E. GUERINONI, *La Corte costituzionale ancora sulla successione legittima dei parenti naturali*; in *Familia*, 2001, p. 498, con nota di M. DELLA CASA, *La vocazione a succedere dei parenti naturali tra garanzie costituzionali e normativa codicistica*. In tema di commutazione, Corte cost., 18 dicembre 2009, n. 335, in *Giur. it.*, 2010, p. 784, con nota di C. SGOBBO, *Il diritto di commutazione nel rispetto del principio di eguaglianza e del divieto di differenziazioni basate su condizioni personali e sociali*; in *Foro it.*, 2010, I, c. 2983; in *Corr. giur.*, 2010, p. 899, con nota di M.R. SAN GIORGIO, *Il criterio della «compatibilità» della tutela dei figli naturali con i diritti della famiglia legittima nelle successioni ereditarie*; commentata da C. MAZZÙ, *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, Torino, 2011, 1, p. 76 ss.

⁽⁵⁾ Cfr., in relazione all'ammissibilità della dichiarazione giudiziale di genitorialità per il figlio nato fuori del matrimonio, Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Foro it.*, 2006, I, c. 966; in *Giur. it.*, 2006, p. 2242; in *Notariato*, 2006, p. 250; in *Fam. e dir.*, 2006, p. 237, con nota di M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore*; in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 403, con nota di G.F. BASINI, *La morte del Minotauro: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c.*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 497, con nota di V. CARBONE, *Paternità naturale: incostituzionale la fase preliminare del giudizio*; in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 503, con nota di A. D'ALESSIO, *Quali prospettive per il giudizio di riconoscimento della paternità e maternità dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 50/2006?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 172, con nota di A. ASTONE, *La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: solo l'interesse del minore può impedire la ricerca della paternità biologica*. Riguardo alla prova della discendenza, Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Guida dir.*, 30/2006, p. 30, con nota di M. FIORINI, *Disconoscimento di paternità: prove genetiche senza più dimostrare l'adulterio della moglie*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 1367, con nota di V. CARBONE, *Basta la prova del Dna e non più l'adulterio per disconoscere la paternità*; in *Fam. e dir.*, 2006, p. 461, con nota di E. BOLONDI, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*; in *Notariato*, 2006, p. 537; in *Foro it.*, 2006, I, c. 3290 ed *ivi*, 2007, I, c. 705, con nota di M. FORTINO, *Diritto di famiglia: il favor veritatis vince un'altra battaglia, ma non diventa valore assoluto*; in *Giur. it.*, 2007, p. 1381; in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 628, con nota di M.D. BEMBO, *Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche: la svolta della Consulta*, che ha dichiarato l'illegittimità co-

Viceversa, con la riforma del 2012-2013, sempre nell'ottica di privilegiare la ricerca della discendenza biologica, si è scelto di mantenere nei titoli costitutivi dello stato (siano essi contestuali o successivi alla nascita) strumenti ad efficacia differenziata per la filiazione in matrimonio e fuori di esso, mentre, andando al di là delle indicazioni della Corte costituzionale, si è condivisibilmente deciso di parificare gli effetti del rapporto filiale, come si ricava dal principio sancito dal novellato art. 315 c.c., secondo cui, appunto, «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico», a prescindere dal legame che unisce gli autori della procreazione o, comunque, i partecipanti al progetto generativo. E in quest'ottica si inseriscono le modifiche agli artt. 74 e 258 c.c. in tema di parentela e alla disciplina successoria (spec. artt. 565 ss. c.c.), che oggi prescinde dai caratteri del titolo costitutivo⁽⁶⁾.

2. Riguardo al profilo identitario e allo sviluppo della personalità del figlio, è soprattutto in questi ultimi tempi che il giudice delle leggi ha riconosciuto l'importanza di questo fondamentale aspetto, centrale nell'esistenza di ogni perso-

stuzionale del precedente art. 235 c.c. (ora abrogato), relativo al disconoscimento di paternità, nella parte in cui subordinava la prova diretta del Dna a quella indiretta dell'adulterio: v. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 264 ss.; e, per i profili attuali, ID., *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 250 ss.; sull'importanza dell'accertamento veridico della discendenza nella realtà attuale, G. CHIAPPETTA, P. GAUDIO, V. VITTORIO, F. MANDATO, A. DE RASIS, L. GRAVINA, M. LOIRA, *Gli status filiationis ed il favor veritatis*, in G. CHIAPPETTA (a cura di), *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le corti*, Napoli, 2011, spec. p. 355 ss.; e, più di recente, E. ANDREOLA, *Il principio di verità nella filiazione*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 88 ss. Ancor più esplicita – sebbene nell'ottica del bilanciamento tra *favor veritatis* e *favor legitimitatis*, a proposito dei diversi termini per agire in rimozione previsti dalla precedente normativa – Corte cost., 12 gennaio 2012, n. 7, in *leggiditalia.it.*, che ha evidenziato come «la crescente considerazione del *favor veritatis* (la cui ricerca risulta agevolata dalle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dell'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini: sentenze n. 50 e n. 266 del 2006) non si ponga in conflitto con il *favor minoris*, poiché anzi la verità biologica della procreazione costituisce un componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico (sentenze 322 del 2011, n. 216 e n. 112 del 1997)».

⁽⁶⁾ V. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 6 ss., 46 ss. e 704 ss.

na. Oltre ai provvedimenti concernenti la posizione processuale del minore e la tutela della sua affettività attraverso l'esclusione della decadenza automatica dalla responsabilità genitoriale per il soggetto che sia stato ritenuto colpevole di uno dei delitti contro lo stato civile⁽⁷⁾, è opportuno richiamare sul piano sistematico almeno due fondamentali arresti, che hanno segnato una svolta nella tutela dei diritti fondamentali del nato. Intendiamo riferirci ai provvedimenti in tema di parto anonimo e trasmissione del cognome.

Nel primo⁽⁸⁾, la ricerca delle origini biologiche è vista essenzialmente in funzione della salute psico-fisica del figlio e, quindi, della ricostruzione della

⁽⁷⁾ Sulla posizione di parte processuale del minore, Corte cost., 11 marzo 2011, n. 83, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1289; in *Fam. e dir.*, 2011, p. 545, con nota di F. TOMMASEO, *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*, in *Giur. it.*, 2012, p. 270, con nota di G. GRISI, *Chi rappresenta e difende il minore infrasedicenne, parte del giudizio di opposizione di cui all'art. 250 c.c.? Ombre e luci di una sentenza interpretativa di rigetto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 167, con nota di M. CINQUE, *Il minore è parte del procedimento ex art. 250, comma 4°, c.c.: luci ed ombre nella sentenza della Consulta*. Sulla decadenza dalla responsabilità, Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1992; in *Corr. giur.*, 2012, p. 569; in *Fam. e dir.*, 2012, p. 437, con nota di D. CHICCO, *Se proteggere un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l'automatismo della perdita della potestà genitoriale*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 364, con nota di Mar. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*; in *Dir. pen. e processo*, 2012, p. 415; e Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, in *Giur. cost.*, 2013, p. 169, con nota di Mar. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p., sempre in nome del dio minore*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, p. 552, con nota di S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*; in *Foro it.*, 2014, I, c. 1402.

⁽⁸⁾ Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Corr. giur.*, 2014, p. 471, con nota di T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*; in *Fam. e dir.*, 2014, p. 11, con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 279, con note di V. MARCENÒ, *Quando da un dispositivo di incostituzionalità possono derivare incertezze*, e di J. LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*; su cui S. STEFANELLI, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 4031 ss.; G. SAVI, *La Corte costituzionale rimedita l'anteriore indirizzo sulla rigida irreversibilità dell'opzione materna per l'anonimato della genitura*, in *Avvocati fam.*, 4/2013, p. 38; B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 3 ss.; A. MORACE PINELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'Ospedale Sandro Pertini*, *ivi*, 2016, p. 242 ss., spec. p. 246 ss. Per un inquadramento sistematico della questione v. già S. STEFANELLI, *Parto*

sua identità, che costituisce elemento fondamentale per il suo sviluppo equilibrato. Nel secondo⁽⁹⁾, si riafferma e rafforza l'importanza del profilo identitario, poiché si vede la trasmissione del cognome non tanto quale segno di appartenenza ad una determinata comunità familiare, ma specialmente come diritto della personalità del nato: un segno distintivo che fa parte della sua identità e contribuisce pienamente allo sviluppo e alla completa realizzazione del soggetto⁽¹⁰⁾.

In questo quadro, si innesta perfettamente la riforma delle azioni di stato di recente varata dal legislatore⁽¹¹⁾. Il figlio, infatti, sia esso matrimoniale o meno, è divenuto l'interprete privilegiato del suo interesse allo stato, che è principio cardine della rilevanza giuridica della filiazione, sotto il profilo della sua identità personale. Attraverso la previsione di termini per i legittimati diversi dal figlio (semestrale, annuale o, al massimo, quinquennale), che pregiudicano

anonimo e conoscenza delle proprie origini, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzolo*, Torino, 2009, 2, p. 833 ss.; ID., *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, in *Dir. fam.*, 2010, p. 426 ss.; e, più di recente, R. PANE, *Ancora sul diritto di conoscere le proprie origini*, in *Dir. succ. e famiglia*, 2015, p. 435 ss., spec. p. 443 ss.; in prospettiva europea, V. COLCELLI, *La tutela privata e familiare attraverso il diritto di conoscere le proprie origini*, in L. CASSETTI (coord.), *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, consultabile in diritti-cedu.unipg.it.

⁽⁹⁾ Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1, con nota di richiami di G. CASABURI; in *Giur. it.*, 2017, p. 815, con nota di R. FAVALE, *Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 165, con nota di V. CARBONE, *Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 818, con nota di C. FAVILLI, *Il cognome tra parità dei genitori ed identità dei figli*; in *Fam. e dir.*, 2017, p. 213, con nota di E. AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*; in *Dir. fam.*, 2017, p. 13; su cui C. FIORAVANTI, *La Consulta (finalmente!) dichiara incostituzionale l'automatismo nell'assegnazione del cognome paterno*, in *Studium iuris*, 2017, p. 678 ss.

⁽¹⁰⁾ In questo senso, il progetto di legge approvato in prima lettura alla Camera nella passata legislatura, prevedeva che il maggiorenne potesse modificare il proprio cognome, adottando quello del padre, della madre o di entrambi, a seconda di quello che ritenesse più rispondente alla propria identità e alle proprie inclinazioni: d.d.l. n. 1628, approvato dalla Camera dei Deputati il 24 settembre 2014, recante disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli, cui erano stati unificati i d.d.l. nn. 360, 1943 e 2044: v. sul punto, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 466 ss.

⁽¹¹⁾ Su cui, ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 351 ss.

l'azionabilità del diritto all'accertamento negativo, soltanto il figlio potrà, in qualsiasi tempo, considerare più favorevole la rimozione dello stato (ovviamente se non corrisponde a verità biologica), per costituirne o meno uno diverso verso il genitore biologico, ovvero potrà decidere di conservarne *sine die* l'efficacia, sebbene non corrisponda alla propria discendenza genetica, ma all'affettività e all'identità familiare consolidata, ferma restando la possibilità di accertamento indiretto a fini patrimoniali verso l'autore della procreazione⁽¹²⁾.

Detto impianto supera le tesi che vedevano nella veridicità dello *status* l'espressione di un interesse pubblico assoluto, alla pari di quanto ha insegnato, anche nell'applicazione pratica, la disciplina degli artt. 122, 4° comma, e 119, 2° comma, c.c., che dettavano il brevissimo termine mensile per l'annullamento del matrimonio per errore, violenza o interdizione, a tutela della famiglia come istituzione portatrice di interessi superiori a quelli dei suoi componenti⁽¹³⁾.

Inoltre, attribuendosi rilevanza all'intersoggettività e alla volontà del figlio, con la nuova concezione viene meno la centralità del *favor veritatis* come insuperabile criterio di attribuzione della discendenza familiare, in modo da soddisfare in maniera il più possibile compiuta i suoi bisogni primari, che non è detto si realizzino sempre attraverso l'accertamento della discendenza biologica. In sostanza, la riforma ha aperto la strada all'applicazione da parte del giudice di più criteri di individuazione della genitorialità, che possono essere applicati secondo un minimo comune denominatore, rappresentato dall'interesse primario del nato. Quindi, e in ultima istanza, è proprio questo l'interesse avuto di mira dall'ordinamento, interesse che di volta in volta può essere attuato attraverso l'accertamento della verità biologica con effetti ac-

⁽¹²⁾ V. ancora A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., pp. 397 ss. e 716 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. G. FERRANDO, A. QUERICI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, 67; E. GIACOBBE, *Il matrimonio*, I, *L'atto e il rapporto*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2011, spec. pp. 319 ss. e 335 ss.; in giurisprudenza, Cass., 7 febbraio 1972, n. 2633, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1698. Il medesimo interesse alla stabilità dello *status* giuridico e sociale fonda l'apprezzamento, riservato alla p.a., delle ragioni che possono ostare al mutamento del cognome, secondo Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 13 marzo 2013, n. 676, in *leggiditalia.it*.

quisitivi o privativi dello stato, o, di contro, mediante la tutela dell'affettività consolidata e/o dello stato esistente.

Consegue che la stabilità affettiva del figlio giustifica il mantenimento di uno *status* inveridico ogni volta che lui stesso lo ritenga coincidere con i propri bisogni essenziali prima che patrimoniali⁽¹⁴⁾, fermo restando la possibilità di realizzare verso l'autore della procreazione le proprie aspettative di natura economica attraverso la responsabilità per mantenimento di cui all'art. 279 c.c., che traduce in atto l'obbligo di cui all'art. 30, 1° comma, Cost., pur senza costituire quello *status* che è anche il presupposto della responsabilità genitoriale e della cura del minore, che non a caso sono escluse dal dettato della disposizione citata.

3. Nel panorama tracciato dal giudice delle leggi e completato dalla recente riforma legislativa, la giurisprudenza della Cassazione si è mossa quasi sempre tenendo ben presente i problemi derivanti da una realtà sociale, culturale e giuridica, in cui il fenomeno procreativo non è più soltanto affidato a regole naturali sulla base delle quali la partoriente necessariamente trasmette gameti al nato, ma si assiste vieppiù al ricorso a tecniche di procreazione eterologa o alla gestazione per altri, con conseguenti problemi di attribuzione non solo della paternità, ma anche e soprattutto della maternità.

Il giudice di legittimità ha così enucleato un minimo comune denominatore rappresentato dall'interesse primario del nato, che viene concretamente soddisfatto, con un procedimento sostanzialmente equitativo⁽¹⁵⁾, mediante

⁽¹⁴⁾ Il principio ha trovato di recente corretta applicazione da parte di Cass., 24 febbraio 2020, n. 4791, in *Osservatorio dir. fam.*, 2/2020, p. 76, con nota di M. LABRIOLA, *Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità: il bilanciamento tra favor veritatis e interesse del figlio*, secondo cui nel bilanciamento dell'interesse del figlio a non perdere un legame identitario con il genitore che impugna per il riconoscimento per difetto di veridicità e il *favor veritatis* deve prevalere il primo quale diritto costituzionalmente garantito, che non può retrocedere di fronte alla ricerca della verità genetica, quando il figlio, ascoltato e in età di discernimento, si oppone a un cambio esistenziale così radicale per la sua vita.

⁽¹⁵⁾ Si rinvia sul punto a A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, rist. 2011, spec. p. 339 ss.; il procedimento, del resto, fonda le sue radici nella storia del diritto e nell'incontro, avvenuto con la rinascita degli studi giuridici nel medioevo, tra di-

l'applicazione o il bilanciamento di vari criteri fondamentali, quali la ricerca della verità biologica, la tutela dell'affettività adeguatamente consolidata, il diritto ad avere uno stato ovvero a mantenere quello acquisito anche se non corrispondente alla discendenza ingenua.

In sostanza, il richiamato interesse può qualificarsi nel sistema attuale come il principio adeguatore dell'attribuzione della genitorialità, con la conseguenza che il riconoscimento della genitorialità avviene con i caratteri dell'adattabilità alla singola fattispecie, senza che vi sia un criterio necessariamente prevalente, sebbene l'ordinamento accordi preminenza a quello della trasmissione dei geni⁽¹⁶⁾. Nell'ottica di un'interpretazione adeguatrice, infatti, indipendentemente dal tenore letterale delle norme, è sempre l'interesse concreto ed attuale del figlio a dover guidare il giudice nelle valutazioni, che incidono in maniera irreversibile sulla sua esistenza, come del resto esplicitamente affermato dalla Consulta anche a proposito del riconoscimento di provvedimenti stranieri in tema di adozione⁽¹⁷⁾.

Così, nell'adozione in casi particolari del figlio del partner *ex art. 44, lett. d)*, l. adozione nella coppia omoaffettiva (c.d. *stepchild adoption*) è il preminente interesse del minore alla costituzione dello stato nei confronti di un soggetto che lo accudisce e verso il quale si sono costituiti legami affettivi forti e duratu-

ritto giustiniano e diritto canonico: cfr. le importanti indagini di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, 7^a ed., Roma-Bari, 2014, spec. pp. 175 ss. e 203 ss.; e, con uno sguardo sistematico alla cultura giuridica europea, ID., *L'Europa del diritto*, 2^a ed., Roma-Bari, 2017, p. 48 ss.

⁽¹⁶⁾ Emblematico, in tal senso, il percorso compiuto da Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *articolo29.it*, con nota di S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*; in *Guida dir.*, 28/2017, p. 54, con nota di M. FINOCCHIARO, *Quel «vizio» ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore*, che ha consentito, nell'interesse del figlio, la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero anche verso la donna né partoriente, né fornitrice di gameti.

⁽¹⁷⁾ Corte cost., 7 aprile 2016, n. 76, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1172, con nota di L. MARZIALETTI, *Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di delibazione*; tanto più che il compilatore ha recentemente sancito in maniera esplicita la rilevanza del diritto del minore alla continuità affettiva, diritto attuato mediante la tutela del rapporto o delle relazioni che risultino consolidati (art. 4, commi 5-*bis* e 5-*ter*, l. adozione, inseriti con l. 19 ottobre 2015, n. 123).

ri ad aver guidato il giudice verso la corretta soluzione del caso⁽¹⁸⁾; nell'ipotesi in cui due donne, condividendo il progetto genitoriale, abbiano fornito l'una il materiale genetico e l'altra l'utero portando a termine la gestazione, è proprio la trasmissione dei geni a consentire il riconoscimento della piena genitorialità della prima, con la costituzione dello *status* in aggiunta a quello già esistente in capo alla partoriente ed esclusione dell'inquadramento della fattispecie nella gestazione per altri sul presupposto del comune programma procreativo⁽¹⁹⁾; nel caso di richiesta di rimozione dello stato inveridico è sempre l'accertamento del concreto interesse del minore (che va sempre e comunque valutato nelle azioni di stato) a dover condurre l'interprete verso una decisione che tenga conto di tutti gli interessi in giuoco, rigettando la domanda ablativa quando dal suo accoglimento possa derivarne un pregiudizio⁽²⁰⁾; e nel bilanciamento

⁽¹⁸⁾ Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2342; in *Giur. it.*, 2016, p. 2573, con nota di A. SPADAFORA, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità e rischi di eclissi della volontà legislativa*, e di I. RIVERA, *La sentenza della Corte di cassazione n. 21692/2016 e il superiore interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1135; in *Corr. giur.*, 2016, p. 1203, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, e di L. ATTADEMO, *La «stepchild adoption» omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), L. n. 184/1983 e nella L. n. 218/1995*; in *Fam. e dir.*, 2016, p. 1025, con nota di S. VERONESI, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*.

⁽¹⁹⁾ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 362, con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Vita notarile*, 2017, p. 131, con nota di S. DI GESU, *La tutela dei rapporti di filiazione sorti all'estero in coppia omogenitoriale*; in *Dir. fam.*, 2017, p. 297, con nota di P. DI MARZIO, *Figlio di due madri?*; su cui S. STEFANELLI, *Status, discendenza e affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 83 ss.; I. RIVERA, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in *Genius*, 1/2017, p. 70 ss. Il provvedimento della S.C. supera la tesi secondo cui è soltanto la partoriente la madre giuridica del nato, correttamente affermando che la riferibilità del parto (art. 269, 3° comma c.c.) costituisce soltanto uno dei mezzi di prova della maternità – che può essere data con ogni mezzo, al pari di quella della paternità (art. 269, 2° comma, c.c.) – e non un principio fondamentale dell'ordinamento; assunto ribadito in motivazione, da ultimo, da Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit. Cfr. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 391 ss.

⁽²⁰⁾ Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Giur. it.*, 2017, p. 5; in *Foro it.*, 2017, I, c. 119; su cui F. SCIA, *Disconoscimento della paternità tra favor veritatis e interesse del minore*, in *Nuova giur.*

tra l'interesse del figlio a non perdere il legame giuridico, e quindi identitario, con il genitore affettivo e l'accertamento della verità biologica, deve prevalere il primo, quale diritto costituzionalmente garantito, che non può retrocedere di fronte alla ricerca della verità quando il figlio, in età di discernimento, si opponga ad un cambio esistenziale così radicale nella sua vita⁽²¹⁾.

La preminenza dell'esigenza di tutela dell'interesse del nato, anche se in maniera meno decisa, si rinviene anche nel percorso compiuto dalla Corte EDU, nei casi posti al suo vaglio e riferibili alla *filiazione-titolo*.

In generale, si può notare che in proposito la Corte ha affermato per lo più la libertà e l'autonomia dei singoli Paesi, che godono di un certo margine di apprezzamento nella previsione di meccanismi costitutivi o privativi dello stato di figlio, nell'ambito di una concezione secondo cui la responsabilità genitoriale va tendenzialmente attribuita al soggetto che sia disposto ad assumerla e a costruire legami affettivi seri e duraturi con il minore, a prescindere dal fondamento dell'attribuzione (trasmissione dei geni o meno) e/o dal titolo costitutivo dello stato (che normalmente varia tra figlio matrimoniale, non matrimoniale e adottivo)⁽²²⁾.

civ. comm., 2017, p. 851 ss. I principi enunciati dalla sentenza rappresentano la sintesi della nostra concezione dell'accertamento dello stato di filiazione (seguendo A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 251 ss.); questa la massima: la tutela dell'interesse concreto del minore è centrale anche nell'azione di disconoscimento della paternità ed in generale in quelle di stato, atteso che la ricerca della verità biologica (c.d. *favor veritatis*) non ha preminenza assoluta, in quanto, in un'ottica di bilanciamento, debbono garantirsi anche la certezza e la stabilità degli *status*, nonché i rapporti affettivi sviluppatasi all'interno della famiglia e l'identità così acquisita dal figlio, non necessariamente correlata al dato genetico, anche allorché l'azione sia stata proposta da un curatore speciale nominato dal p.m. Conf., Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1532.

⁽²¹⁾ Cass., 24 febbraio 2020, n. 4791, cit.

⁽²²⁾ Emblematico è il caso deciso da Corte EDU, 21 dicembre 2010, *Chavdarov c. Bulgaria*, in *giustizia.it*, sulla mancata possibilità per il padre biologico di allevare i figli abbandonati dalla madre e dal di lei marito ed iscritti come figli matrimoniali, non potendosi rimuovere lo stato costituito da parte di un soggetto estraneo alla famiglia legittima (il problema esiste anche nel nostro sistema giusta la legittimazione ad agire di cui all'art. 243 *bis* c.c., ed è superabile soltanto attraverso la nomina di un curatore speciale che agisca nell'interesse del minore al fine di rimuovere lo stato inveridico pregiudizievole al figlio): la Corte ha escluso la violazione delle norme CEDU, in particolare sul presupposto che,

In questo contesto, talune peculiarità presentano quelle fattispecie in cui manca il legame biologico tra il minore e il soggetto che si è assunto la responsabilità (sovente attraverso il ricorso alla gestazione per altri), verso le quali la Corte ha mostrato un atteggiamento più severo, talvolta misconoscendo l'esistenza di un'affettività consolidata e, quindi, la violazione dell'art. 8 della Convenzione: in particolare, la soluzione giuridica viene determinata dalle singole circostanze del caso concreto, con specifico riferimento alla tutela della predetta affettività e, quindi, del profilo identitario del figlio.

4. L'approccio del giudice di legittimità e della Corte EDU, descritto nel precedente paragrafo, evidenzia come la questione principale concernente le azioni ablative di stato risieda nell'individuazione dell'arco temporale idoneo a stabilizzare il legame affettivo tra minore e genitore⁽²³⁾.

La soluzione non è agevole, potendo variare anche in funzione dell'età del figlio e del suo grado maggiore o minore di instaurare relazioni con l'adulto, ma è indubbio che in una materia così delicata l'individuazione di

se anche non è gli consentito di agire per contestare la presunzione di paternità, la legge non lo priva della possibilità di stabilire un rapporto di paternità verso i figli, facendo in particolare ricorso all'adozione, o domandando ai servizi sociali il loro affidamento, come persona con un legame più stretto con i bambini. In questo modo però, tra l'altro, si sovrappone genitorialità biologica e genitorialità affettiva, obbligando il genitore biologico ad utilizzare un istituto in cui il titolo costitutivo della filiazione è fondato sull'affettività e non sulla discendenza.

⁽²³⁾ V., a titolo esemplificativo, sui legami familiari di fatto Corte EDU, 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 956; Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson et al. c. Francia*, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 561; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1123, con nota di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*; sul consolidamento dell'affettività, Corte EDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Foro it.*, 2015, IV, c. 117; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 828, con nota di A. SCHUSTER, *Gestazione per altri e Conv. eur. dir. uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*; diversamente, Corte EDU, Gr. Ch., 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, *ivi*, 2017, p. 501, con nota di L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*; su cui A. VIVIANI, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le «famiglie di fatto»?*, in *Genius*, 1/2017, p. 78 ss.; E. FALLETTI, *Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 729 ss.

taluni elementi obiettivi potrebbe essere d'aiuto per assicurare coerenza e uniformità nelle soluzioni adottate.

Nel sistema italiano possono richiamarsi alcune norme dettate in tema di azioni di stato a contenuto negativo (spec. artt. 244 e 263 c.c.), nelle quali il legislatore prevede limiti temporali specifici, superati i quali lo stato inveridico diviene contestabile soltanto dal figlio a tutela della sua affettività e dell'identità acquisita. In particolare, il compilatore ha individuato normalmente in un anno il termine utile al consolidamento del legame giuridico verso il genitore che non sia stato autore della procreazione, termine che, per tale ragione, decorre verso quest'ultimo dalla acquisita consapevolezza della mancata generazione nel caso di ignoranza dell'impotenza o dell'adulterio della moglie. Ora, ci sembra che detto termine, considerato dal legislatore congruo a tutela della reciproca affettività consolidata (sebbene con effetti limitati alle azioni private dello stato) possa soccorrere, almeno tendenzialmente, in tutti quei casi in cui si tratti di stabilire l'esistenza di un legame affettivo duraturo, tanto più che la normativa attuale ha consentito il superamento delle teorie che attribuivano preminenza all'interesse pubblico alla veridicità dello *status*.⁽²⁴⁾

⁽²⁴⁾ Il termine annuale, del resto, ricorre sovente nel diritto della famiglia ai fini del consolidamento degli effetti (cfr., nel matrimonio, gli ultimi commi degli artt. 119, 120, 122 e 123 c.c.); inoltre, la tutela dell'affettività consolidata è al centro del recente intervento di compilatore in tema di adozione (art. 4, commi 5 *bis* e 5 *ter*, l. adozione, inseriti con l. n. 123/2015). Sulla rilevanza della predetta affettività nelle dinamiche familiari a prescindere dal titolo costitutivo, A. VESTO, *La rilevanza del fattore temporale nella dinamica dei rapporti familiari*, in questa *Rivista*, 2014, p. 13 ss., a proposito di Cass., Sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379 (in *Giur. it.*, 2014, p. 2111, con nota di N. COLAIANNI, *Convivenza «come coniugi» e ordine pubblico: incontro ravvicinato ma non troppo*; in *Corr. giur.*, 2014, p. 1196, con nota di V. CARBONE, *Risolto il conflitto giurisprudenziale: tra anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio*; in *Foro it.*, 2015, I, c. 588, con nota di G. CASABURI, *Nullità del matrimonio-atto e convivenza post matrimoniale: le matrioske di piazza Cavour*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 36, con nota di U. ROMA, *Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità di matrimonio: le Sezioni unite suppliscono all'inerzia legislativa con una sostanziale modifica dell'ordinamento*; in *Fam. e dir.*, 2015, p. 220, con nota di L. GRAZIANO, *Per le Sezioni Unite la stabile convivenza coniugale ultra-triennale è situazione di ordine pubblico ostativa alla deliberazione di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*), che ha sancito la preminenza del matrimonio-rapporto, negando efficacia alle sentenze ecclesiastiche di nullità del vincolo in presenza di convivenza consolidata; conf. la coeva Cass., Sez. un., 17 luglio 2014, n. 16380, in *leggiditalia.it*.

Inoltre, il giudice deve sempre valutare l'interesse particolare del figlio, a prescindere dalle circostanze che hanno determinato il sorgere dello stato, poiché, se si ritenesse diversamente, si darebbe ingresso ad un esito sanzionatorio ricadente essenzialmente su un soggetto debole, che in nessun modo ha concorso a determinare il sorgere della situazione vagliata, ricreando quella automaticità dell'effetto ablativo che l'ultimo orientamento della S.C. ha giustamente sanzionato, correttamente individuando la centralità dell'interesse del minore e la sua necessaria valutazione in tutte le azioni di stato⁽²⁵⁾.

I concetti ora espressi introducono all'esame specifico dei problemi pratici che derivano dall'applicazione dei principi enunciati dal giudice delle leggi nella sentenza in esame e nella precedente del 2017⁽²⁶⁾, entrambe riguardanti la compatibilità del disposto dell'art. 263 c.c. con i dettami costituzionali.

Nelle azioni a contenuto privativo l'interesse del figlio concerne il mantenimento o meno di uno stato giuridico fondato sull'affettività e non sulla discendenza ingenita, con la conseguenza che è necessario indagare essenzialmente il suo profilo identitario, su cui necessariamente incide l'accoglimento della domanda ablativa, tenendo presente anche le prospettive che derivano dalla rimozione dello stato e, quindi, la possibilità o meno di poter procedere successivamente alla costituzione di uno nuovo verso il genitore biologico. Infatti, le azioni di accertamento negativo dello stato costituiscono elemento essenziale del sistema, poiché sovente rappresentano il presupposto per l'applicazione del principio del *favor veritatis*: la discendenza ingenita non può essere dichiarata laddove esista uno stato, sebbene basato sull'affettività, che, pertanto, necessita di essere preventivamente rimosso (cfr. art. 253 c.c.).

In detta tipologia di azioni, l'interesse del figlio, soprattutto se incapace di discernimento, dev'essere valutato in maniera ancora più pregnante da tutti i protagonisti della vicenda processuale, in quanto l'accertamento compiuto dal giudice ha effetto di giudicato e il rapporto filiale cessa o rimane in essere per sempre, senza possibilità successiva di ricostituzione o rimozione, nemmeno ad opera del figlio stesso.

⁽²⁵⁾ Cfr. Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, cit.; e Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, cit.

⁽²⁶⁾ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

In quest'ottica, come dimostra anche la fattispecie concreta oggetto della controversia in esame, si rivelano quindi essenziali l'attività e la sensibilità del curatore speciale, la cui nomina è sempre necessaria quando il figlio del cui stato si discute sia minore di età⁽²⁷⁾. La richiamata figura, sia che promuova l'azione su stimolo del figlio che abbia compiuto i quattordici anni, ovvero del pubblico ministero o dell'altro genitore, quando si tratti di figlio di età inferiore⁽²⁸⁾, sia che assuma la qualità di convenuto nel giudizio promosso da altri, è responsabile verso il minore che rappresenta di cristallizzare in via definitiva una situazione secondo le statuizioni del giudice adito, il quale ne valuta l'interesse al momento della domanda, o comunque in corso di causa. E non è detto che esso sia coincidente con quello futuro, o con quello ritenuto preminente dal figlio una volta compiuta la maggiore età⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ La S.C. ha di recente affermato, disattendendo l'orientamento espresso da qualche giurisprudenza di merito, l'esistenza di un litisconsorzio necessario tra entrambi i genitori e il figlio, con la conseguenza che, essendo sempre configurabile un conflitto di interessi tra il minore e chi lo rappresenta sul piano processuale, questi ha diritto di contraddire nel giudizio attraverso la nomina di un curatore speciale: Cass., 2 febbraio 2016, n. 1957, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1032, con nota di A. NASCOSI, *La nomina di curatore speciale nel giudizio di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità*, che ha precisato come il difetto di nomina sin dalla apertura del giudizio di primo grado comporta la nullità del giudizio per violazione del principio del contraddittorio di cui all'art. 111, 2° comma, Cost., nonché per mancato perseguimento dell'interesse superiore del fanciullo a prendere parte a tutti i procedimenti che lo riguardano, come stabilito dalle disposizioni contenute nelle fonti internazionali; diversamente, per la giurisprudenza di merito Trib. Napoli, 28 aprile 2000, in *Giur. napoletana*, 2000, p. 277, secondo cui il rapporto processuale si instaura tra il figlio e il genitore che ha effettuato il riconoscimento la cui veridicità è contestata, e non sussiste litisconsorzio necessario con l'altro genitore di cui va esclusa la legittimazione passiva, tuttavia precisando che questi, mentre non può essere convenuto, può intervenire volontariamente nel giudizio, essendo comunque portatore di un interesse alla decisione.

⁽²⁸⁾ Come si ricava dal principio di cui all'art. 2, 1° comma, lett. f), della l. delega n. 219/2012, attuato – ancora una volta in termini di assoluta parificazione tra filiazione matrimoniale e non – dagli artt. 244, 6° comma, e 264 c.c.

⁽²⁹⁾ Il genitore, spirato il termine quinquennale per l'azione *iure proprio*, mantiene fino al compimento del quattordicesimo anno del figlio, un potere di stimolo, indirizzato al p.m. che è parte esercitando l'azione ex art. 69 c.p.c., vertendo l'accertamento su fattispecie connotata da prevalente interesse pubblico, così argomentando, tra le altre, Cass., Sez. un., 13 novembre 2008, n. 27145, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 1085, con nota di F. TOMMASEO, *Procedimenti*

5. La questione più rilevante che l'intervento della Consulta induce a considerare, anche sul piano squisitamente dogmatico, è quella relativa all'applicazione del divieto di *venire contra factum proprium* nell'ipotesi in cui l'autore del riconoscimento fosse consapevole della sua falsità nel momento in cui lo ha compiuto, con conseguente impossibilità per lo stesso di esperire l'impugnativa.

Il giudice delle leggi, nella sostanza, ritiene che la necessaria valutazione da parte del giudice della controversia di stato dell'interesse del figlio nel caso concreto consenta di superare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., imponendosi sempre il bilanciamento di due interessi fondamentali rappresentati, da un lato, dall'accertamento della verità biologica e, dall'altro, dalla tutela dell'affettività e dell'identità del figlio. Deriva che su detta attività ermeneutica deve fondarsi la soluzione del caso indipendentemente dalla natura giuridica dell'attività compiuta all'atto del riconoscimento dal suo autore.

Tuttavia, a nostro avviso, il ragionamento della Corte è inficiato da un erroneo presupposto: trattare allo stesso modo fattispecie differenti.

Si è visto, infatti, a proposito della natura di atto di accertamento del riconoscimento, che l'inquadramento è diverso nel caso in cui l'autore sia consapevole della mancata discendenza biologica, poiché nella fattispecie l'assunzione di responsabilità non deriva dall'accertamento di un fatto, ma si fonda esclusivamente sulla volontà del soggetto di costituire un rapporto filiale basato sull'affettività, rapporto tutelato dal sistema, sebbene sempre soggetto alla possibilità di rimozione a seguito dell'accertamento della discendenza biologica da parte del giudice⁽³⁰⁾.

camerali e impugnazioni di Pubblico Ministero: davvero inammissibile il ricorso per cassazione proposto nel caso Englaro?; sulle funzioni del p.m. a tutela del minore nei procedimenti giudiziali e stragiudiziali, v. l'ampio quadro di ID., *Il P.M. e la tutela del minore dinanzi al Tribunale ordinario e per i minorenni*, *ivi*, 2016, p. 1195 ss.

⁽³⁰⁾ A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 221 ss.; sulla scia di A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 418 ss., il quale, tra l'altro, sottolinea come l'accertamento del fatto procreativo naturale non ha natura volontaria ma conoscitiva, potendo avvenire anche contro la volontà del soggetto interessato.

Nell'ipotesi di consapevolezza, la fattispecie potrebbe concretare i presupposti per l'applicazione dell'art. 567 c.p. (alterazione di stato) o, se l'atto di nascita è stato già formato, quelli di cui all'art. 495 c.p. (falsa attestazione o dichiarazione al pubblico ufficiale), salvo che l'accertamento della filiazione sia atto dovuto a seguito del preventivo consenso all'inseminazione eterologa, ove però l'impugnativa è espressamente esclusa⁽³¹⁾, per cui è improbabile che l'autore del riconoscimento si decida all'azione dichiarando espressamente la consapevolezza della inveridicità⁽³²⁾. In ogni caso, sul piano civile, occorre domandarsi se lo stato inveridico possa essere rimosso con l'impugnazione del riconoscimento ad opera del suo autore.

Ci sembra che la risposta debba essere negativa, non tanto sul piano della contrarietà a parametri costituzionali, che la normativa attuale soddisfa, anche secondo i parametri enunciati dalla sentenza in commento, quanto, piuttosto, in relazione ai principi che governano il processo civile, con particolare riferimento ai caratteri dell'azione.

Si è detto che il riconoscimento, quale atto di autoresponsabilità, comporta da parte del genitore, oltre che l'accertamento della discendenza, anche l'assunzione degli obblighi derivanti dalla procreazione. E la responsabilità può fondarsi, oltre che sulla trasmissione genetica, anche su una scelta di affettività compiuta dal genitore, affettività rilevante per il diritto e posta dal sistema a fondamento, oltre che dell'istituto dell'adozione (l. n. 184/1983), anche del divieto di accertamento negativo contenuto nell'art. 9,

⁽³¹⁾ V. ancora A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 232 ss.; da ultimo, la pregevole analisi di S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, 2021 (ma 12/2020), spec. p. 10 ss. Sul profilo v. anche M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, cit., 463 s., il quale nota come il limite temporale all'impugnazione del falso riconoscimento fissato nel massimo di cinque anni dalla nascita, potrebbe comportare che un soggetto conservi il suo *status* di genitore, al contempo subendo una condanna penale. E ciò, a nostro avviso, è perfettamente coerente con la tutela dello stato di affettività del figlio e con i principi cardine della riforma, che attribuisce soltanto a quest'ultimo la scelta tra stato affettivo e stato veridico senza limiti di tempo.

⁽³²⁾ Essa potrebbe sempre emergere nel corso del giudizio, a cui, è bene ricordarlo, partecipa necessariamente il p.m., trattandosi di azione di stato (art. 70 c.p.c.).

l. n. 40/2004 e, specularmente, del diritto del figlio ad acquisire lo stato su di essa fondato⁽³³⁾.

La Corte costituzionale, nella sentenza in esame, si preoccupa più volte di sottolineare l'eccezionalità della disciplina speciale e la sua irrilevanza sui caratteri del sistema, anche con riferimento al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

A prescindere dalla correttezza di tale impostazione sistematica, è però indubbio che, al pari delle ipotesi di adozione e di fecondazione eterologa, l'accertamento consapevolmente inveridico della filiazione si fonda inevitabilmente sull'elemento intenzionale⁽³⁴⁾. Di conseguenza, alla fattispecie non possono essere applicati i medesimi principi che regolano l'accertamento fondato sul fatto procreativo che, di regola, è alla base della dichiarazione di nascita e, quindi, della conseguente formazione del relativo atto e dell'eventuale inserimento delle annotazioni successive che lo concernono (cfr. spec. artt. 29, 43 e 49, d.P.R. sull'ordinamento di stato civile, n. 396/2000).

Questi concetti sono stati recepiti anche di recente dalla S.C., che ha parificato l'inseminazione furtiva con gameti esterni alla coppia all'adulterio, attribuendo la medesima rilevanza alla (in)consapevolezza del partner⁽³⁵⁾. In sostanza, a prescindere dal mezzo procreativo utilizzato, sia esso naturale o medicale, il consenso del soggetto che non trasmette gameti deve sempre assumere rilevanza, giungendosi diversamente a conclusioni incoerenti: così,

⁽³³⁾ Su cui, da ultimo, v. ancora S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, cit., spec. p. 7 ss.

⁽³⁴⁾ Cfr. sul punto le osservazioni della migliore dottrina: E. DEL PRATO, *La scelta come strumento giuridico di filiazione?*, in *Famila*, 2001, p. 1035 ss., ora in ID., *Lo spazio dei privati. Scritti*, Bologna, 2016, p. 487 ss.; ID., *Intento e procreazione*, in *dimt.it/2014*, ora in ID., *Lo spazio dei privati*, cit., p. 577 ss.

⁽³⁵⁾ Cass., 11 luglio 2012, n. 11644, in *Foro it.*, 2012, I, c. 3348; in *Fam. e dir.*, 2012, p. 1150; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 51, con nota di C. COSSU, *Inseminazione eterologa, non scienza del marito, «diritto vivente» e disconoscimento di paternità*; Cass., 28 marzo 2017, n. 7965, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1532. Ma v. sul punto le osservazioni di M. GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'art. 8, legge 40*, in *Giudice donna*, 1/2017, consultabile in *giudicedonna.it*, spec. p. 30 ss., che distingue nettamente «i due mondi della procreazione naturale e della procreazione artificiale: biologia v. volontà».

ad esempio, il marito (o il compagno) che abbia consentito consapevolmente all'adulterio può esercitare nei termini previsti il ripensamento attraverso l'azione privativa, mentre chi si è rivolto alla "donazione" di gameti non lo può fare, pur trovandosi in analoga situazione giuridica di stato basato sulla mera volontà. Per di più, in questo caso, la rimozione del titolo della filiazione incide sul rapporto già costituito, con la conseguenza che una diversità di trattamento tra figli trova ora ancor minore giustificazione, stante il dettato dell'art. 315 c.c.

6. Se le considerazioni compiute sono corrette, è evidente che gli effetti dell'atto di autoresponsabilità non possono essere rimessi all'arbitrio del suo autore, tra l'altro incidendo su situazioni fondamentali del figlio⁽³⁶⁾.

In questi casi, è quindi opportuno che la legittimazione all'impugnazione sia preclusa all'autore del riconoscimento consapevolmente inveridico. Ciò, in particolare, a tutela del figlio, poiché l'impugnazione da parte del suo autore nel breve termine previsto dalla legge quasi sempre non consente quel corretto apprezzamento del suo diritto all'identità, apprezzamento indicato dalla Consulta quale chiave ermeneutica costituzionalmente orientata: il rapporto affettivo difficilmente può dirsi consolidato e il figlio è incapace di discernimento, con la conseguenza che la valutazione del suo profilo identitario è rimessa essenzialmente all'abilità e alla coscienza del curatore speciale che lo rappresenta, oltre che del giudice della controversia di stato.

La preclusione all'impugnazione, del resto, è stata anche di recente più volte ribadito dalla giurisprudenza di merito, che non ha dato ingresso alla domanda proposta da chi all'atto del riconoscimento fosse consapevole di riconoscere come proprio un figlio altrui⁽³⁷⁾. Viceversa, la giurisprudenza di

⁽³⁶⁾ Analogamente, in maniera del tutto condivisibile, A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 300; ID., *I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012*, in R. CIPPITANI e S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 22 s; dopo l'emanazione del d.lg. n. 154/2013, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 5^a ed., Milano, 2014, p. 397 s.; in precedenza, v. altresì le fondamentali osservazioni di F.D. BUSNELLI, *La disciplina dei vizi del volere nella confessione e nel riconoscimento dei figli naturali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1262.

⁽³⁷⁾ Trib. Roma, 17 ottobre 2012, in *Foro it.*, 2012, I, c. 3349; in *Giur. it.*, 2013, p. 1545, con nota di G. SAVI, *L'impugnazione dello status filiationis per difetto di veridicità da parte dell'autore*

legittimità ha prima affermato e poi ribadito, sebbene in un caso peculiare, la proponibilità dell'azione privativa anche da parte di chi fosse consapevole della falsità, sul presupposto della irrilevanza degli stati soggettivi⁽³⁸⁾.

del riconoscimento in malafede; in *Dir. fam.*, 2013, p. 571; in *Fam. e dir.*, 2013, p. 909, con nota di F. FAROLFI, *Riconoscimento per compiacenza e legittimità dell'impugnazione*; in *Corr. giur.*, 2013, p. 343, con nota di F. TESTI, *Riconoscimento consapevolmente non veritiero del figlio nato fuori del matrimonio e ripensamento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 349, con nota di M.G. STANZIONE, *«Interesse del minore» e verità biologica nel riconoscimento di compiacenza*; in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 927, con nota di P. VIRGADAMO, *Falso e consapevole «riconoscimento» del figlio naturale o vero atto (illecito) comportante l'assunzione della responsabilità genitoriale? Per un'interpretazione non formalistica dell'atto di diritto privato*; Trib. Napoli, 11 aprile 2013, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2040, con nota di richiami di G. CASABURI; in *Fam. e dir.*, 2013, p. 719; in *Corr. merito*, p. 596; Trib. Civitavecchia, 23 febbraio 2009, in *Giur. it.*, 2009, p. 2205, con nota di E. CARBONE, *Abuso del diritto e filiazione naturale. Osservazioni sul riconoscimento di compiacenza*; conf. Trib. Firenze, 30 luglio 2015, in *articolo29.it.*; in *Foro it.*, 2015, I, c. 3113, che, in applicazione del principio, ha escluso la possibilità di impugnazione degli eredi, impedendo, a tutela l'affettività, la riesumazione del cadavere. Tale condivisibile orientamento giurisprudenziale trova le proprie ascendenze nell'ottica paidocentrica disegnata da A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 421.

⁽³⁸⁾ Cass., 24 maggio 1991, n. 5886, in *Foro it.*, 1992, I, c. 449; in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 775; da ultimo, Cass., 14 febbraio 2017, n. 3834, in *Foro it.*, 2017, I, c. 832, che in parte motiva afferma: «Né appare condivisibile l'altro profilo, fondato sull'improponibilità dell'impugnazione allorché proveniente da autore di un riconoscimento in malafede, sia perché in contrasto con l'orientamento di legittimità che afferma l'irrilevanza degli stati soggettivi dell'autore del riconoscimento (Cass., 24 maggio 1991, n. 5886), ma soprattutto perché nella specie l'impugnazione è stata effettuata da terzi, dotati al riguardo di autonoma legittimazione, laddove la stessa giurisprudenza di merito invocata dalla ricorrente esclude la proponibilità dell'azione “contra factum proprium” – assimilandola, sostanzialmente, a una revoca – nei confronti del solo autore del riconoscimento in malafede». In sostanza, la S.C. ha dato ingresso all'azione essenzialmente perché proposta da soggetti diversi dall'autore del riconoscimento, dotati di autonoma legittimazione *ex art.* 263 c.c., tanto è vero che la sentenza è stata correttamente così massimata: «È proponibile l'impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio, benché il riconoscimento sia avvenuto in malafede, quando sia proposta da terzi (nella specie gli eredi dell'autore del riconoscimento), dotati al riguardo di autonoma legittimazione». In precedenza, tra i giudici di merito, per la proponibilità dell'azione privativa, App. Roma, 14 settembre 2005, in *leggiditalia.it.*; e più di recente, Trib. Treviso, 26 gennaio 2016, *ivi*, secondo cui risultano del tutto ininfluenti gli eventuali stati soggettivi di buona o mala fede dell'autore del riconoscimento al momento della sua effettuazione, oltre che la consapevolezza dell'altrui paternità.

Sul problema cfr. anche Cass., 31 luglio 2015, n. 16222, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3113; in *Fam. e dir.*, 2016, p. 238, con nota di A. THIENE, *Figli, finzioni e responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*,

In punto, tuttavia, meritano di essere compiute alcune considerazioni.

Anzitutto non appare corretto escludere in maniera così categorica la rilevanza degli stati soggettivi dell'autore del riconoscimento, come dimostra la possibilità di impugnazione, oltre che per difetto di veridicità, anche per violenza e interdizione: diversamente, sarebbe stato sufficiente prevedere soltanto la prima, unica fondata sul principio del *favor veritatis*, principio che comunque può incidere anche nelle altre ipotesi di impugnazione in virtù dei meccanismi riconvenzionali (eccezione o domanda)⁽³⁹⁾.

Inoltre, in un sistema dove la discendenza biologica non è più l'unico criterio di attribuzione della genitorialità, la possibilità per il genitore di ripensarci e revocare il riconoscimento non dovrebbe poter trovare ingresso. Del resto, già nell'impianto originario del codice civile era prevista l'irrevocabilità del riconoscimento, principio ribadito dalla riforma del 1975 e confermato dall'ultima, che non ha modificato il disposto dell'art. 256 c.c. È vero che l'azione è un mezzo di accertamento di grado poizore rispetto all'assunzione consapevole della responsabilità da procreazione, ma, qualora venga promossa dallo stesso suo autore che abbia agito consapevolmente, come rilevato da una parte della giurisprudenza di merito⁽⁴⁰⁾, gli effetti sarebbero nella sostanza quelli di una revoca, sebbene ottenuta con una sentenza e, quindi, con effetti preclusivi di grado massimo.

Infatti, come detto⁽⁴¹⁾, a prescindere dall'applicazione nella fattispecie concreta dei principi di cui alla l. n. 40/2004, l'accertamento della filiazione presenta presupposti ed elementi giuridici diversi, a seconda della consa-

2016, p. 189, con nota di L. GAUDINO, *Riconoscimento del figlio «per compiacenza», impugnazione ex art. 263 c.c. e risarcimento del danno*, che ha accordato il risarcimento del danno (illecito endofamiliare) al figlio e alle nipoti di un soggetto che aveva impugnato ex art. 263 c.c. (nel vigore della precedente normativa, che non prevedeva alcun termine) il riconoscimento consapevole falso da lui effettuato cinquant'anni prima: in questo caso, tuttavia, il figlio convenuto e le nipoti non si erano opposti all'accertamento della verità biologica, domandando in riconvenzionale il risarcimento del danno derivatogli dall'incoerente comportamento dell'ascendente.

⁽³⁹⁾ V. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 416 ss.

⁽⁴⁰⁾ Trib. Roma, 17 ottobre 2012, cit.; Trib. Civitavecchia, 23 febbraio 2009, cit.; Trib. Napoli, 11 aprile 2013, cit.; Trib. Firenze, 30 luglio 2015, cit.

⁽⁴¹⁾ *Retro*, § 5.

pevolezza o meno nell'autore del riconoscimento. E tale diversità si fonda proprio sullo stato soggettivo dell'autore stesso: nel caso di inconsapevolezza della falsità, siamo comunque di fronte all'accertamento di un fatto (procreazione, che poi si rivela non corrispondente alla realtà); nel caso contrario, vi è sempre alla base una scelta consapevole e, quindi, comunque la si voglia denominare, prestazione di consenso all'assunzione di responsabilità in difetto del relativo obbligo, sancito anzitutto dall'art. 30, 1° comma, Cost.

Ciò posto, occorre individuare lo strumento tecnico che sul piano processuale impedisce la tutela giurisdizionale invocata dall'autore cosciente della falsità.

Esso va a nostro avviso ravvisato nella improponibilità della domanda.

La legge, infatti, esclude l'accesso alla giurisdizione in varie ipotesi in cui le attività poste in essere dalla parte, siano esse negoziali o meno, risultano incompatibili con l'oggetto dell'invocata tutela: basti pensare, nel campo familiare, alla disciplina dei vizi del matrimonio, ove il mero fatto della coabitazione protratta per un anno rende improponibile l'impugnazione, anche a tutela della stabilità dello stato acquisito, che involge diritti fondamentali della persona, nonché la sua posizione identitaria e sociale⁽⁴²⁾.

Così, si può procedere a riconoscimento, o a dichiarazione di nascita con effetti espansivi derivanti dal sistema di matrimonialità, nella consapevolezza dell'inveridicità della discendenza, perché si vuole comunque una prole, per compiacere il partner, per evitare un temuto giudizio di riprovevolezza sociale, ecc.: in tutti questi casi, considerare revocabile (sebbene attraverso l'accertamento di grado poziore rappresentato dall'azione di stato) la scelta del genitore affettivo, significherebbe sminuire l'atto con cui egli si è assunto la responsabilità verso il nato, a mezzo del quale questi è divenuto figlio.

In sostanza, si deve ritenere che l'ordinamento vede nel comportamento adottato, che manifesta una specifica volontà di assunzione della genitoriali-

⁽⁴²⁾ Cfr. sul punto almeno F. GAZZONI, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico e volontà degli effetti civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 524; E. GIACOBBE, *Il matrimonio*, I, *L'atto e il rapporto*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2011, p. 329 s., che correttamente sottolineano l'importanza del fatto in sé, indipendentemente dai motivi che hanno indotto il soggetto al protrarsi della coabitazione, e i suoi effetti sul piano della decadenza dall'azione.

tà basata sull'affettività, a prescindere dalle ragioni che l'hanno determinata, un'ipotesi di rinuncia all'azione privativa da parte del suo autore, che ne determina la successiva improponibilità⁽⁴³⁾.

Del resto, se è vero che il principio di verità biologica non è più l'unico criterio di attribuzione della genitorialità ed è quindi venuta meno la rilevanza assoluta dell'interesse pubblico alla veridicità dello stato⁽⁴⁴⁾, si può certamente configurare una rinuncia convenzionale all'azione che, trattandosi di diritti indisponibili, ovviamente non incide sul diritto in sé, ma soltanto sul suo esercizio.

Si riproduce di tal guisa una situazione analoga a quella ricollegabile al verificarsi della decadenza, in cui, quando vengono in rilievo diritti sottratti alla disponibilità delle parti, il giudice d'ufficio dichiara l'improponibilità dell'azione (art. 2969 c.c.). E non a caso la Corte costituzionale ha qualificato i termini dell'impugnativa da parte dei soggetti diversi dal figlio del cui stato si discute come decadenziali, espressamente affermando: «Gli altri legittimati, laddove intendano proporre le suddette azioni di contestazione degli *status*, sono tenuti a rispettare i termini di decadenza previsti dalla nuova disciplina»⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ Peraltro, questa non è prerogativa esclusiva delle situazioni familiari in cui sono coinvolti diritti fondamentali della persona. La rinuncia può essere anche convenzionale: si possono richiamare, a titolo esemplificativo, gli interventi in materia di arbitrato irrituale previsto nel contratto di prestazione sportiva o, più in generale, nella clausola compromissoria per arbitrato libero. In questi casi, la giurisprudenza ritiene che la predetta clausola determina l'improponibilità della domanda per rinuncia convenzionale all'azione: cfr., in generale, Cass., 3 dicembre 1994, n. 10396, in *Mass. Giur. it.*, 1994; Trib. Ivrea, 1° ottobre 2016, in *leggiditalia.it*; riguardo al contratto di prestazione sportiva, Cass., 2 aprile 1998, n. 3420, in *Mass. Giur. it.*, 1998; sui caratteri della "giurisdizione" sportiva, che discendono dalla rinuncia all'azione ordinaria da parte degli appartenenti alle varie federazioni, v. la pregevole analisi di G. BRUNO, *Autonomia sportiva e fenomeni negoziali*, Napoli, 2012, spec. p. 430 ss.

⁽⁴⁴⁾ V. anche *retro*, § 4.

⁽⁴⁵⁾ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.; in dottrina, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 430 e, più in generale, sul ruolo delle decadenze nelle azioni privative proposte da soggetti diversi dal figlio, p. 428 ss.

Giustizia predittiva e situazioni familiari tra diritti e processo

[STEFANIA STEFANELLI^(*)]

SOMMARIO: 1. Modelli matematici, codici e interpretazione della legge. – 2. Banche di dati certificati e *data snooping*. – 3. Mediazione familiare e *online dispute resolution*. – 4. Decisione automatizzata e trattamento dei dati personali.

1. L'applicazione dell'intelligenza artificiale al processo civile, per ora a supporto e non in sostituzione giudice, in funzione acceleratoria dei tempi di definizione ma anche della riduzione del contenzioso, attraverso l'auspicata prevedibilità delle decisioni, è oggetto di viva attenzione non solo in ambito accademico, moltiplicandosi gli esperimenti presso i diversi circondari, ma anche nelle intenzioni dei legislatori.

Per l'efficientamento della giustizia al Sud è in corso di istituzione una commissione di esperti incaricati di formulate proposte proprio a questo scopo, connesso all'Obiettivo 16 dell'Agenda ONU 2030, e più in generale, nell'ambito della riforma del processo civile i fondi del Piano nazionale di ripresa e resilienza *Next generation EU*, saranno specificamente destinati alla forte espansione dei servizi digitali nell'amministrazione della giustizia, per migliorare l'efficienza del sistema giudiziario e contrarre i tempi della decisione.

Si tratta in particolare di introdurre strumenti evoluti di conoscenza, utili sia per l'esercizio della giurisdizione sia per adottare scelte consapevoli, e sulla relativa definizione è necessario fare chiarezza, alla luce degli insegnamenti dell'informatica.

Il termine algoritmo, abusato quanto spesso frainteso, deriva dall'opera *Al-jabr w'al-muqabâlai* – da cui anche il termine algebra – del matematico Muḥammad ibn Mūsā al-Khwārizmī, vissuto intorno all'800 d.C., ma algoritmi numerici furono applicati dai matematici babilonesi e indiani più di 3000

^(*) Università degli Studi di Perugia.

anni orsono e sono algoritmi anche quello sviluppato da Euclide per il calcolo del massimo comun divisore o il crivello di Eratostene per la generazione dei numeri primi, in quanto il termine definisce, nella scienza dell'informazione, la regola di trattamento di un valore attraverso una sequenza di istruzioni elementari codificate in modo esplicito, preciso, inequivocabile o, più banalmente, la ricetta per risolvere uno specifico problema. Considerati i dati di partenza, l'algoritmo è dunque la procedura di calcolo che restituisce un determinato *output*, attraverso un numero determinato di passi non ambigui⁽¹⁾.

Gli algoritmi possono essere espressi in notazione formale, attraverso un linguaggio di programmazione, ossia un codice.

Il costituzionalista dell'Università di Harvard Lawrence Lessig, già noto per gli studi sul diritto d'autore e per le licenze *creative commons*, intuì, all'inizio del nuovo millennio, che il codice⁽²⁾, generato da *hardware* e *software*, è la regola del cyberspazio, una *lex informatica*⁽³⁾ rispetto alla quale è necessario un controllo collettivo e politico, se si vuole edificare il cyberspazio in funzione della protezione delle libertà e dei diritti fondamentali. Di qui l'interesse alle analogie tra informatica e diritto, e la suggestione per cui, al pari dell'ordinamento giuridico, vi sia nel codice informatico un vincolo interno, che all'applicazione (ma anche alla produzione) del diritto può essere esteso, ma anche l'aspirazione a restituire certezza al diritto tramite l'utilizzo di modelli matematici, integrativi o sostitutivi dell'attività del giurista⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Cfr. M. CHIRIATTI, #Humanless. *L'algoritmo egoista*, Hoepli, 2019, p. 30 ss., chiarisce come gli algoritmi «sono dappertutto, nei prodotti che si sono trasformati (con i dati) in servizi e nei servizi (con le informazioni) diventati esperienza».

⁽²⁾ L. LESSIG, *Code is Law. On liberty in Cyberspace*, in *Harvard Magazine*, 2000, ora in ID., *Code*, 2ª ed., New York, 2006, p. 5 ss. La tesi era già stata sviluppata in L. LESSIG, *Code and other Laws of cyberspace*, New York, 1999, e poi in ID., *Law Regulating Code Regulating law*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2003, p. 35.

⁽³⁾ J. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, in *Texas Law Review*, 76 (1998), p. 553.

⁽⁴⁾ L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, 2ª ed., Milano, 2018, *passim*. Sottolinea però N. IRTI, *Tecno-diritto*, in ID., *Il diritto nell'età della tecnica*, 2007, p. 17 s., che il diritto, attraverso la politica che sceglie gli scopi, determinando il contenuto dei precetti, rifiuta e si impone contro ogni minaccia tecnocratica.

Antoine Garapon, magistrato, e Jean Lassègue, antropologo ed epistemologo⁽⁵⁾, sviluppano questo concetto spiegando che, se è vero che il digitale introduce una nuova legalità, stabilendo correlazioni, non si occupa tuttavia del significato, non distingue il segno dal senso, e per questo l'efficienza informatica non coincide con la comprensione. Deriva che, una volta che si sia correttamente circoscritto, ai fini della nostra indagine, il concetto di intelligenza artificiale a quello di *automated decision-making* (ADM), rintracciare delle regolarità nel ragionamento del giudice, stabilendo correlazioni tra alcuni elementi – selezionati per l'analisi – e la decisione giudiziale, non garantisce che il risultato corrisponda all'applicazione della legge, ma soltanto a regolarità statistiche⁽⁶⁾.

In questo senso, le applicazioni di giustizia predittiva, sviluppate a partire da dati, cioè da informazioni relative a casi simili, disconoscono la razionalità logica e la gerarchia delle fonti che caratterizzano ogni ordinamento, imponendo di interpretare ogni regola alla luce del principio o della regola superiore. Trattano, in altri termini, il diritto come un qualsiasi fatto, ricercando la prevedibilità della decisione a partire dalla regolarità statistica tra i dati selezionati per la ricerca ed il contenuto del dispositivo, e dunque possono servire da ausilio nel processo decisionale, ma non sostituire il giudizio umano, specialmente con riguardo all'obbligo di motivazione, del provvedimento amministrativo come della sentenza⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, 2018, *passim*.

⁽⁶⁾ La regolarità statistica, o convergenza in senso statistico-probabilistico, consente di associare a un evento una misura del grado di verosimiglianza dell'evento, in un intervallo compreso tra 0 e 1 (pari al 100%), in una successione di osservazioni replicate. Se ne trova una applicazione, secondo il bayesianesimo giuridico, in Gip Trib. Milano, sez. gip., sent. 18 giugno 2015, in *penalecontemporaneo.it*, allorquando è stato escluso che un'impronta dattiloscopica, verificata con un errore inferiore al 99,9%, sia sufficiente per suffragare una sentenza di condanna in quanto, data una probabilità iniziale di colpevolezza pari a 0,1% in ragione delle altre risultanze istruttorie, tale prova scientifica offre una probabilità di colpevolezza pari soltanto al 50%, e dunque non sufficiente ad escludere il ragionevole dubbio e la presunzione di innocenza.

⁽⁷⁾ Cons. Stato, 8 aprile 2019, n. 2270, in *Foro it.*, 2019, III, c. 606; Tar Lazio, Sez. III-*bis*, 13 settembre 2019, n. 10964, rese a proposito dell'algoritmo "Buona scuola", utilizzato per

Ne è un esempio lo studio condotto dall'University College of London sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, inteso a dimostrare che un algoritmo di apprendimento automatico possa predire l'esito di una causa, in termini di accoglimento o meno del ricorso. I risultati sono entusiasmanti, avendo raggiunto un grado di accuratezza pari al 79%, ma solo rispetto alla parte descrittiva dei fatti di causa, piuttosto che circa la motivazione della Corte riguardo all'applicazione della Convenzione EDU. Ciò in quanto la probabilità statistica è desunta da elementi lessicali tratti in gran parte dalle motivazioni delle pronunce esaminate, e non invece desunti dal testo del ricorso introduttivo, sicché in nessun caso l'algoritmo si è dimostrato in grado di riprodurre l'*iter* motivazionale, né, tantomeno, di predire l'esito di un giudizio sulla base dei soli fatti lamentati dal ricorrente.

Questa è la condanna senza appello che all'esperimento riserva la Carta europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nei loro ambienti, elaborata dalla Commissione europea per l'efficienza della giusti-

l'assegnazione delle cattedre agli insegnanti di scuola secondaria di secondo grado: il primo provvedimento impone alla soggezione della regola algoritmica alla piena cognizione e al pieno sindacato del giudice amministrativo, a garanzia del diritto di difesa, e il secondo, in termini ancora più netti, definisce la possibilità stessa di una tale piena automazione come una «deleteria prospettiva orwelliana». Sul carattere discriminatorio di taluni algoritmi di gestione del personale cfr. anche Trib. Bologna, 31 dicembre 2020, in *Giur. it.*, 2021, p. 1158, con nota di A. BIAGIOTTI, *Distorsioni e (ab)usi delle piattaforme digitali*, ha accolto la domanda di risarcimento del danno conseguente all'utilizzo di un algoritmo che gestisce le prestazioni dei c.d. *riders* impiegati da una nota impresa di consegna pasti a domicilio, stabilendo le modalità di accesso alla prenotazione delle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale. L'algoritmo aveva carattere discriminatorio, sanzionando con perdita di punteggio i *riders* che non rispettavano le sessioni di lavoro, senza distinguerne le cause, con conseguenti diminuzione del punteggio reputazionale agli stessi assegnato, retrocessione nella fascia di prenotazione e, in sostanza, minori occasioni di lavoro. Lo notava già A. SORO, *Democrazia e potere dei dati. Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Milano, 2019, 136 ss., sottolineando che l'invasività dei controlli da parte della piattaforma, che monitora percorsi e tempistiche e da ciò desume condizioni contrattuali di impiego, finisce per esasperare l'asimmetria del rapporto, ben oltre gli schemi classici del controllo a distanza, citando anche il caso Uber, deciso da Vara do Trabalho de Belo Horizonte, il 14 febbraio 2017. Cfr. anche Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, in *Giur. it.*, 2020, p. 5, con nota di F. D'ADDIO, *La Cassazione, i riders e la via «semplice» del lavoro subordinato*, su cui P. DE PETRIS, *La tutela contro le discriminazioni dei lavoratori tramite piattaforma digitale*, in *dirittifondamentali.it*.

zia⁽⁸⁾, concludendo nel senso che, sebbene la previsione delle decisioni dei giudici in materia civile, commerciale e amministrativa possa essere un vantaggio potenzialmente auspicabile, sia per i responsabili della politica giudiziaria pubblica che per i professionisti privati del diritto, dell'intelligenza artificiale sono già auspicabili solo alcuni usi, come ad esempio l'elaborazione di tabelle – già adottate, nell'ordinamento italiano, quelle per il risarcimento del danno alla persona e, in altri sistemi statali, per gli assegni divorzili – mediante un approccio probabilistico o attuariale, che possono dimostrare come il risarcimento medio accordato in una determinata zona geografica sia più elevato di quello accordato in altra, per ragioni indipendenti dall'arbitrio giudiziale, oppure evidenziare la fallibilità di alcune tesi giuridiche, come è avvenuto quando sono stati ripensati i criteri di attribuzione dell'assegno divorzile, dopo aver preso atto che dalla crisi coniugale deriva il generale impoverimento di tutti i componenti della famiglia disgregata⁽⁹⁾. Sono invece lontani dalla concreta applicazione, e devono ancora essere sottoposti al controllo dei giuristi, pratici ed accademici, gli algoritmi che si definiscono ADM di giustizia predittiva, che si propongono di garantire la certezza del diritto e la deflazione del conflitto giudiziario, attraverso lo stimolo a transigere che deriverebbe dalla possibilità di conoscere, in anticipo, gli esiti dell'eventuale lite.

La stessa Carta dà atto della sperimentazione, per iniziativa del Ministero della giustizia francese, nella primavera del 2017, presso le Corti di appello di Rennes e di Douai, di un *software* di giustizia predittiva fondato sull'analisi delle decisioni in materia civile, sociale e commerciale di tutte le Corti di appello francesi, già disponibili in banche dati gratuite, messe a disposizione degli sviluppatori per valutare la qualità di un'analisi quantificata (innovativa) delle somme assegnate dalle due Corti, nonché la classificazione geografica delle discrepanze rilevate tra ricorsi e processi simili.

⁽⁸⁾ CEPEJ, *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, adottata a Strasburgo il 3-4 dicembre 2018, e pubblicata dal Consiglio d'Europa nel febbraio 2019.

⁽⁹⁾ Cfr. E. AL MUREDEN, R. ROVATTI, *Metodi a confronto, e Conclusioni*, in E. AL MUREDEN, R. ROVATTI, *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, Milano, 2020, pp. 333 ss. e 359 ss.

Ne doveva risultare uno strumento di ausilio alla decisione, non sostitutivo dell'apprezzamento del giudice umano, funzionale a da ridurre, se necessario, l'eccessiva variabilità delle decisioni giudiziarie, in attuazione del canone di uguaglianza e pari trattamento.

Malauguratamente, la sperimentazione ha dimostrato l'assenza di valore aggiunto rispetto all'impegno e al processo decisionale dei magistrati, ma anche l'esito, ben peggiore, di evidenziare difetti del ragionamento artificiale, che hanno condotto ad effetti aberranti o inappropriati, dovuti alla confusione tra semplici occorrenze lessicali presenti nelle motivazioni dei provvedimenti assunti come base di dati, e i nessi causali decisivi dei relativi dispositivi.

Un esperimento analogo è stato avviato nel 2019 da Giovanni Comandé e Denise Amram: un processo decisionale automatizzato all'interno del sistema giudiziario, presso Lider Lab della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, in collaborazione con EMbeDS, KDD Lab e Tribunale di Genova, che consente di accedere e analizzare – attraverso tecniche di *machine learning* – il *corpus* delle sentenze pronunciate dalla magistratura del capoluogo ligure, allo scopo di estrarre informazioni significative per ulteriori elaborazioni, a partire dall'identificazione di tendenze comuni nella giurisprudenza locale, in particolare in materia di risarcimento del danno non patrimoniale alla persona e assegno divorzile⁽¹⁰⁾.

2. Meno evidente, ma ancor più subdola, è quella che la Carta definisce sfida qualitativa, consistente nella selezione di dati certificati, da “dare in pasto” all'algoritmo, perché ne desuma una regolarità statistica. Si trattava, certo, di sentenze originali, certificate dal Ministero nel loro testo integrale, ma era stato necessario un lavoro di “arricchimento”⁽¹¹⁾, per distinguere, nel

⁽¹⁰⁾ I risultati dell'esperimento sono stati spiegati dai ricercatori a AlgorithmWatch, Bertelsmann Stiftung, *Report Automating society 2020, Italy*, in automatingsociety.algorithmwatch.org, descrivendo cinque stadi, l'ultimo dei quali mira a strutturare l'analisi dell'argomento giuridico a un livello di astrazione e sistematicità tale da contribuire alla semplificazione dei compiti del giudice.

⁽¹¹⁾ In questi termini si esprime J.P. JEAN, *Penser les finalités de la nécessaire ouverture des bases de données de jurisprudence*, Conferenza del 14 ottobre 2016 presso la Corte di Cassazione, in courdecassation.fr.

fatto, i dati insignificanti da quelli rilevanti, secondo la disciplina sostanziale. È l'opera ben nota ad ogni avvocato, che consiste nello scremare solo gli elementi costitutivi del diritto che si vuole azionare, ovvero quelli estintivi, impeditivi o modificativi della pretesa che si vuole contestare, dall'esposizione che l'assistito svolge dei fatti, e che spesso riflette, soprattutto nelle controversie familiari, convinzioni personali pregiudiziali, se non anche puramente emozionali. Analoga successiva selezione è svolta, nel processo, dal giudice rispetto ai fatti che le parti intendono porre a fondamento delle proprie domande ed eccezioni, già in sede di valutazione circa l'ammissione dei mezzi istruttori, e poi per basare solo sui fatti rilevanti, a mente del precetto astratto, la decisione del caso concreto.

Ad essere determinante l'esito dell'algoritmo predittivo della decisione è dunque il metodo di questa selezione, per scongiurare il rischio di escludere dal *database* utilizzato per desumere la citata regolarità statistica alcune decisioni significative, che tuttavia mal si attagliano ad essere classificate secondo le griglie linguistiche prestabilite, perché l'esposizione del fatto è particolarmente succinta o la motivazione è scarna.

Si tratta, infatti, di analizzare la giurisprudenza attraverso metodi statistici, e non di riprodurre il ragionamento del giudice, ma solo di descriverlo appunto in termini di più o meno elevata probabilità che, al ricorrere di una data occorrenza, sia assunta una decisione o quella opposta. E ciò rileva anche in termini di previsione dell'orientamento del singolo giudice monocratico, alla luce della sua, personale, giurisprudenza.

Esemplificando, è fuori di dubbio che la maggior parte delle decisioni in materia di affidamento dei figli minori nella crisi di coppia disponga il collocamento presso la madre, ma ciò non dipende necessariamente dall'intimo pregiudizio del giudice circa il difetto di attitudine dei padri a farsi carico dei quotidiani compiti di cura. Sarà invece necessario comprendere nelle occorrenze linguistiche da valorizzare, all'interno dell'esposizione dei fatti di causa, tutti i termini da cui il giudice ha desunto il contributo già apportato da ciascun genitore alle esigenze dei bambini, durante la fisiologia del rapporto, i tempi di permanenza presso i genitori e la loro disponibilità di tempo ed energie da dedicare ai compiti domestici e di cura. Ne deriveranno conseguenze

anche rispetto alla quantificazione dell'assegno periodico di mantenimento, ai sensi dell'art. 337-ter c.c., sicché è evidente come non possa difettare il contributo dei tecnici del diritto già in fase di progettazione dello strumento, e di selezione dei campioni selezionati e trattati, ma anche che resta necessario conservare all'intelligenza umana la decisione ultima, anche di discostarsi dai risultati algoritmici, quando si pongano in contrasto col dettato normativo e col suo spirito, sempre ché sia possibile conoscere e verificare tutto il processo valutativo condotto dallo strumento informatico, tutte le correlazioni che hanno sostenuto il risultato proposto, eventualmente escludendo la rilevanza di alcuni termini e valorizzandone altri, per escludere false correlazioni⁽¹²⁾.

Tanto risponde all'applicazione dell'ultimo dei cinque principi delineati dalla Carta etica, di controllo da parte dell'utilizzatore⁽¹³⁾, da realizzare anche

⁽¹²⁾ In questo senso si veda, ad esempio, il sistema di personalizzazione delle tabelle descritto da G. D'AIETTI, *Il «metodo» D'Aietti e ReMida Famiglia*, in E. AL MUREDEN, R. ROVATTI, *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, cit., pp. 313 ss. e 328 ss., per valorizzare nell'assegno divorziale la durata del matrimonio, le condizioni di salute e le capacità lavorative del beneficiario, il suo contributo alla formazione del patrimonio familiare e le ragioni della rottura del vincolo, ovvero, per l'assegno ai minori, il tenore di vita precedente e le esigenze attuali, l'età e il numero di figli, ovvero il tipo di scuola frequentato. Restano tuttavia ignote all'utilizzatore le ragioni dell'impatto di ciascun indicatore sull'incremento o sul decremento della somma da riconoscersi, a differenza dei correttivi dipendenti dalla ripartizione dei tempi di permanenza e dell'impegno di accudimento, il cui impatto può essere determinato dall'utente, secondo una scala di graduazione percentuale. Ulteriore limite di tale approccio coinvolge l'ampiezza del numero di decisioni assunte a base statistica, ma anche la loro riferibilità ad aree geografiche il cui reddito medio della popolazione è ben più elevato rispetto ad altri territori, meno prosperi. Correttivi di impatto predeterminato sono previsti, come criteri di variazione, anche dai metodi Palermo, su cui G. BERTOLI, *Il metodo Palermo*, *ivi*, p. 243 ss., e MoCAM, su cui M. MALTAGLIATTI, G. MARLIANI, *Il modello MoCAM*, *ivi*, p. 255 ss. Cfr. anche i progetti di giustizia predittiva disponibili per alcune materie sui siti web delle Corti di appello di Bari, in corteappello.bari.it (che comprende anche le decisioni ex art. 708 c.p.c., il diritto dell'ex coniuge al trattamento di fine rapporto, la nozione di ordine pubblico nei giudizi di delibazione e l'esecuzione coattiva dei provvedimenti in materia di affidamento dei figli), Brescia, in giustizjabrescia.it, e Venezia, in corteappello.venezia.it, i quali si limitano alla raccolta di buone prassi e orientamenti giurisprudenziali dell'ufficio, nonché all'analisi statistica dei tempi attesi per il giudizio e dei prevedibili esiti.

⁽¹³⁾ Il *Conseil constitutionnel*, con decisione del 12 giugno 2018, n. 765, ha sottolineato che il rischio di aggirare i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'am-

attraverso la trasparenza tecnica del codice e della documentazione assunta a base di dati, in funzione del quarto principio, di trasparenza, imparzialità ed equità⁽¹⁴⁾.

Anche la Relazione della commissione giuridica al Parlamento UE, *Robotics and Artificial intelligence*, ribadisce il principio di *intelligibility of decisions*⁽¹⁵⁾, che coincide col vincolo di motivazione di cui all'art. 111, comma 6, Cost., posto a presidio dei correlati principi di legalità, indipendenza del giudice e diritto di difesa.

ministrazione è tanto più grave nel caso di algoritmi capaci di apprendere, in quanto, potendo rielaborare le regole sulla base delle quali sono stati programmati, potrebbero adottare decisioni incomprensibili per la stessa p.a. Nessuno sarebbe in grado di garantire che le regole applicate dagli algoritmi siano conformi alla legge, e le regole applicate da intelligenze artificiali dinamiche potrebbero finire con l'essere non determinabili in anticipo, con conseguente paradossale violazione dal principio di certezza del diritto che è proprio l'obiettivo perseguito dai sostenitori del ricorso ad algoritmi per l'efficientamento dell'azione amministrativa. Di conseguenza, gli algoritmi possono essere utilizzati anche per assumere decisioni amministrative che producono effetti rispetto a un individuo, a condizione di conservare un controllo umano *ex ante*, stabilendo in anticipo le regole e i criteri in base a cui la decisione deve essere adottata, sempre che la decisione individuale esplicita che è stata adottata sulla base di un algoritmo e, a richiesta dell'interessato, l'amministrazione deve poter spiegare le principali caratteristiche di funzionamento dello stesso (open source), la decisione non si fondi o riguardi dati appartenenti a categorie particolari, o sensibili, e purché il responsabile del trattamento possa spiegare, in modo dettagliato e in una forma intelligibile alla persona destinataria della decisione, che la stessa è stata adottata nel rispetto della legge.

⁽¹⁴⁾ Primo è il principio di rispetto dei diritti fondamentali, secondo quello di non discriminazione, terzo quello di qualità e sicurezza, tutti palesemente coinvolti nelle garanzie imposte allo sviluppo della giustizia predittiva.

⁽¹⁵⁾ *Report with Recommendation to the Commission on Civil law Rules*, 16 febbraio 2017, *Principi etici*, n. 12: «pone l'accento sul principio della trasparenza, nello specifico sul fatto che dovrebbe sempre essere possibile indicare la logica alla base di ogni decisione presa con l'ausilio dell'intelligenza artificiale che possa avere un impatto rilevante sulla vita di una o più persone; ritiene che debba sempre essere possibile ricondurre i calcoli di un sistema di intelligenza artificiale a una forma comprensibile per l'uomo; ritiene che i robot avanzati dovrebbero essere dotati di una "scatola nera" che registri i dati su ogni operazione effettuata dalla macchina, compresi i passaggi logici che hanno contribuito alle sue decisioni».

Tuttavia, ove l'algoritmo sia coperto da privativa intellettuale – come ha evidenziato la Corte suprema del Wisconsin⁽¹⁶⁾ nel caso *Loomis*, rispetto all'algoritmo *Compas* (*Correctional offender management profiling for alternative sanctions*) – il diritto di difesa può essere compromesso dall'impossibilità di conoscere e mettere in discussione i meccanismi di elaborazione dei dati posti in essere dal programma.

E in ogni caso, quand'anche l'algoritmo sia *open source*, permane il rischio che, posto l'algoritmo di ADM innanzi a due alternative che ritenga equivalenti, secondo i criteri preassegnati, esso scelga a caso, perseguendo l'obiettivo di massimizzare la realizzazione dei suoi obiettivi finali⁽¹⁷⁾, e cioè pur di arrivare a una decisione. Si noti, infatti, che, a differenza del *robot* propriamente inteso⁽¹⁸⁾, la macchina intelligente non svolge solo lavori ripetitivi e definiti, ma, eventualmente imitando il cervello umano attraverso reti neurali, risponde ad eventi imprevisti, creando modelli e categorie per organizzare il mondo circostante e per compiere azioni conosciute, e così cresce e migliora con l'esperienza⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ Supreme Court of Wisconsin, *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, Case no. 2015AP157-CR, 5 April – 13 July 2016. Si trattava di un programma che prevede il rischio di recidiva e individua i bisogni di occupazione, disponibilità di alloggio, abuso di sostanze stupefacenti, a partire dal fascicolo dell'imputato e attraverso le risposte da costui fornite ad un questionario su 21 punti, elaborato su fattori statistici. Nel 2016 l'organizzazione non governativa ProPublica ha condotto una ricerca, analizzando le prestazioni di *Compas* su un campione di oltre 7000 persone arrestate nella contea di Broward, in Florida, tra il 2013 e il 2014, e dimostrando che le previsioni formulate erano inaffidabili e risentivano di distorsioni su base razziale, favorendo gli imputati bianchi rispetto agli imputati neri, dal momento che si rilevava una sottostima del rischio di recidiva dei secondi. Cfr., per la metodologia e i risultati dettagliati della ricerca, *propublica.org*.

⁽¹⁷⁾ U. PAGALLO, *The law of Robots: crimes, contracts and torts*, Cham, 2013.

⁽¹⁸⁾ Come lavoratore artificiale, biosintetico, termine derivato dal romanzo *R.U.R. (Rossum's Universal Robots)*, di K. ČAPEK, del 1920, nel quale controllo passo-passo e retroazione sono forniti da un programma che viene eseguito da un computer esterno o interno al robot o da un microcontroller.

⁽¹⁹⁾ È questa l'autonomia, che la citata *Relazione al Parlamento UE* definisce «come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna; che tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente», e che coincide col *deep learning*.

Di conseguenza, proseguendo secondo le regole teorizzate da Ugo Pagallo, l'intelligenza artificiale ha l'obiettivo di preservare il contenuto dei suoi obiettivi finali, di migliorare la propria razionalità e intelligenza per migliorare il proprio processo decisionale, sempre per soddisfare i suoi obiettivi finali, e, quindi, di acquisire a tale scopo quante più risorse possibili.

Ne deriva che, pur di raggiungere il suo *target*, l'algoritmo intelligente può assumere decisioni umanamente discutibili, nel breve periodo, oppure sfruttare le proprie capacità per "ingannare" l'intelligenza umana: lo ha dimostrato un esperimento nel quale una pinza robotica, addestrata per afferrare una palla, aveva imparato a sfruttare l'illusione ottica determinata dall'angolazione della telecamera che la osservava, per far apparire ai ricercatori umani di essere riuscita nel proprio tentativo, sebbene non toccasse neppure l'oggetto.

Oltre la quantità e la qualità dei dati, anche il contesto di raccolta e le modalità di selezione e apprendimento sono, in altri termini, centrali, come è stato evidente a tutti quando il *chatbot* Tay di Microsoft, istruito a dialogare sulle piattaforme social dagli utenti umani, ha imparato in sole ventiquattro ore a pubblicare frasi sessiste, razziste e xenofobe⁽²⁰⁾. Il processo di appren-

⁽²⁰⁾ Le capacità degli assistenti vocali di comprendere e rispondere in modo sensato alla conversazione umana sono sotto gli occhi di tutti, ed altrettanto ha dimostrato Codice Eloisa 2015 (Easy Logic Intelligent Software Automa), frutto dell'evoluzione di un *chatbot* attivo fin dal 1987, in grado di offrire una completa esperienza di conversazione uomo-macchina in linguaggio naturale a utenti di tutto il mondo, grazie all'esperienza maturata in dialoghi in ben dieci lingue. L. LOMARTIRE, *La personalità intelligente di ELOISA (Easy Logic Intelligent Automa)*, in *Psychofenia*, 2008, V, p. 8, evidenzia come l'obiettivo degli sviluppatori fosse non tanto quello di emulare l'intelligenza umana, quanto piuttosto di emulare la personalità umana, e che è raggiunto ogni volta che la macchina viene scambiata per un essere umano, magari anche simpatico, che ha «un mondo interiore fatto di convezioni, sulla base delle quali esprime opinioni. Inoltre è capace di cambiare umore, adeguandosi al comportamento dell'utente. Il carattere di base può essere definito come "egocentrico", "ironico", "paziente". Vi è senza dubbio una certa dose di "cinismo", ma questo affiora solo in determinati momenti (per esempio quando si tratta di giudicare la natura umana). Sono tutti aggettivi scaturiti da considerazioni degli utenti, ma l'aggettivo forse più interessante è: "saggia"».

dimento, guidato o meno⁽²¹⁾, di una I.A. adattiva analizza infatti questi dati, identifica dei modelli sulla base delle correlazioni rinvenute e crea modelli in modo ricorsivo, su cui analizza vecchi e nuovi dati, compresi quelli che riceve dopo la sua immissione sul mercato.

In altre parole, il *machine learning* è l'abilità della macchina di imparare dalle proprie esperienze, elaborando le informazioni di base a partire da algoritmi prefigurati, ma anche creandone altri nuovi. Attraverso le reti neurali, si può giungere al *deep learning*, caratterizzato dall'estensione dell'autonomia della macchina alla selezione delle informazioni, e, sebbene i prototipi ideati per la giustizia predittiva siano ben lontani da questi traguardi, la loro semplice prefigurazione introduce dilemmi circa la compatibilità coi canoni costituzionali, di assai ardua soluzione.

Come evidenzia infatti, ancora una volta, la Carta etica europea sull'utilizzo dell'I.A. nei sistemi giudiziari e nei loro ambienti, «la modellizzazione matematica di determinati fenomeni sociali non è un compito paragonabile ad altre attività quantificabili più facilmente (isolare i fattori realmente causativi di una decisione giudiziaria è un compito infinitamente più complesso di giocare, per esempio, una partita di Go o riconoscere un'immagine): il rischio di false correlazioni è molto più elevato. Inoltre, in dottrina, due decisioni contraddittorie possono dimostrarsi valide qualora il ragionamento giuridico sia fondato. Conseguentemente la formulazione di previsioni costituirebbe un esercizio di carattere puramente indicativo e senza alcuna pretesa prescrittiva».

3. *Rechtwijzer*, elaborato dall'Università di Twente e da Hiil (*Hague Institute for the Internationalisation of the Law*), è un programma olandese di gestione *on line* della mediazione nelle controversie di carattere civile, comprese quelle di diritto della famiglia, originato dall'elaborazione della una piattaforma di

⁽²¹⁾ J. RUSSEL, P. NORVIG, *Intelligenza artificiale. Un approccio moderno*, 1, London, 2005, distinguono l'apprendimento guidato (dai dati, dai conflitti, dalle dipendenze) statistico (simbolico e neurale, come quello già citato di Bayes, e la regressione lineare) da quello per rinforzo, approfondendo anche l'apprendimento basato sulle istanze e i metodi kernel, delle macchine a vettore di supporto.

consulenza presente a livello internazionale nelle politiche di promozione dello Stato di diritto, che crea una interazione fra utente, mediatore e assistente legale, in modalità digitale e dematerializzata, fornendo servizi di *triage*, *counseling* legale, mediazione in senso proprio, monitoraggio della fase esecutiva⁽²²⁾, e giungendo fino alla predisposizione *on line* di un piano di divorzio e parentale, comprensivo del calcolo degli assegni di mantenimento ai figli, commisurato al reddito familiare, ai bisogni dei minori, alle capacità lavorative e finanziarie dei genitori (*Child Support Calculation Tool*, KART).

Analogamente, in Francia *Predictice* è un algoritmo che si propone di prevedere i probabili esiti di un giudizio, alla luce di precedenti giudicati rispetto a casi simili, selezionati da una delle banche dati giuridiche maggiormente diffuse, allo scopo di sostenere gli avvocati nel «testare la tenuta delle argomentazioni e scegliere la strategia migliore», ottimizzando le risorse intellettuali e di tempo e valutando l'opportunità di proporre una definizione transattiva della controversia o giovare di strumenti alternativi al giudizio⁽²³⁾.

L'utilità di siffatti strumenti viene sostenuta con riguardo all'obiettivo 16 dell'Agenda ONU 2030, di «promuovere società pacifiche e inclusive orientate allo sviluppo sostenibile, garantire a tutti l'accesso alla giustizia e costruire istituzioni efficaci, responsabili e inclusive a tutti i livelli»⁽²⁴⁾, in considerazione dell'effetto deflattivo del contenzioso che deriverebbe dall'in-

⁽²²⁾ *Rechtwijzer.nl*, su cui cfr. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Questione giustizia*, 2018, 4, accessibile alla pagina *questionegiustizia.it*. Si consideri che in Olanda è attiva anche la LBIO, Ufficio nazionale per la riscossione degli assegni alimentari, un'istituzione governativa attiva nella riscossione, transattiva ovvero attraverso pignoramento, degli assegni alimentari e di mantenimento, che vengono calcolati secondo lo standard non vincolante Trema, di elaborazione giurisprudenziale, tenendo conto di reddito da lavoro primario e secondario, sovvenzioni per studio, sussidi, pensioni, redditi da locazione, interessi e altri redditi da patrimonio, contributi alle spese domestiche in comune con altre persone; esistenti possibilità di aumento del reddito (capacità di guadagno), patrimonio, pagamento di canoni di locazione, rimborsi di prestiti ipotecari, interessi e altre spese fisse, polizze assicurative, spese di viaggio regolari necessarie, obblighi finanziari verso altre persone, costi di cure mediche particolari del creditore e/o di membri della sua famiglia, spese legate alla produzione di reddito, altri debiti.

⁽²³⁾ *Predictice.com*.

⁽²⁴⁾ *Unric.org*.

centivo alla definizione concordata della crisi di coppia, conseguente alla, pur limitata, prevedibilità dell'eventuale decisione giudiziaria (assunta per ipotesi, indimostrata, l'uniformità di indirizzo, almeno all'interno di un dato ufficio giudiziario⁽²⁵⁾), ma anche alla consapevolezza del reciproco contributo o sacrificio, conseguente alla separazione.

In questo senso meritano di essere valorizzati anche i modelli sperimentati in Italia per la definizione degli assegni di mantenimento, soprattutto nell'ambito della negoziazione assistita nella separazione e nel divorzio, oppure nella mediazione familiare, conservando tuttavia al professionista legale la formulazione definitiva dell'ipotesi di soluzione consensuale – o meglio stragiudiziale – del conflitto, e naturalmente al pubblico ministero il vaglio di conformità all'interesse dei minori o il rilascio del nulla osta.

Non un sistema processuale totalmente robotico, dunque, ma un ausilio all'argomentazione giuridica, nella quale l'interprete umano non è solo bocca della legge, ma è chiamato ad «esplicare, adattare, completare»⁽²⁶⁾, e, dunque, a valutare non solo i fatti ma anche le reali attitudini e le personalità dei coniugi, come avviene attraverso quell'attività, intimamente umana, che si esplica nell'udienza presidenziale di comparizione, con la sua dimensione formale e rituale⁽²⁷⁾.

Se, dunque, i fatti possono essere tradotti in valori misurabili solo con relativa approssimazione statistica, la percezione degli stessi ma anche delle

⁽²⁵⁾ Obiettivo cui mirano l'art. 47-*quater* della legge di ordinamento giudiziario, che assegna al presidente di sezione la cura dello scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione, e la Delibera di *plenum* del 25 gennaio 2017 che, in materia di formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2017/2019, art. 97, dispone a tale scopo riunioni periodiche obbligatorie.

⁽²⁶⁾ G. PACCHIONI, *I poteri creativi della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, p. 41.

⁽²⁷⁾ Cfr. J. LASSÈGUE, *La justice se prépare à l'arrivée des algorithmes*, 2 gennaio 2019, in *mediapart.fr*: «La giustizia non significa soltanto applicare la legge... È riuscire a raggiungere, attraverso un'operazione molto ritualizzata e altrettanto complessa, l'accordo sull'esito di una certa disputa. Tutto ciò richiede tempo. Questo è il motivo per cui un processo è lungo e complicato, e comprende ogni sorta di ritualizzazione collettiva. Se si dimentica l'intera dimensione antropologica del diritto per conservarne solo la dimensione algoritmica – per alcuni giuristi, un sogno formalista –, si perde di vista l'obiettivo fondamentale: rendere giustizia».

parti, nel processo di famiglia, difficilmente può sopportare una effettiva calcolabilità, con conseguente limitata attendibilità degli esiti dell'elaborazione elettronica, e, dunque, ristretta efficacia deflattiva del contenzioso.

Tanto vale, a maggior ragione, per il diritto di famiglia, nel quale rivestono un ruolo fondamentale clausole generali, norme elastiche e concetti indeterminati come quello di superiore interesse del minore, o di natura assistenziale, perequativa e compensativa dell'assegno all'ex coniuge⁽²⁸⁾.

Ma altrettanto può dirsi con riguardo all'effetto di consolidamento dell'orientamento interpretativo che deriverebbe dall'applicazione dell'algoritmo, specialmente nel momento in cui la banca dati di partenza si arricchisca delle decisioni assunte proprio in forza della probabilità statistica. Una giurisprudenza dominante, in un sistema di quantitativismo giuridico diretto dagli algoritmi, è in altri termini destinata a diventarne sempre di più, impedendo quei *revirement* che realizzano, invece, l'esigenza di rendere una decisione non solo secondo diritto, ma anche giusta, attraverso la valorizzazione di elementi di fatto e di diritto prima trascurati.

Per altro verso, l'applicazione dell'algoritmo predittivo potrebbe risolversi in danno, anziché a sostegno, dell'imparzialità del magistrato, che si dovrà assumere l'onere, e in alcuni sistemi ordinamentali anche la responsabilità, di giustificare la decisione contraria a quella prevista⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Aspettarsi dalla macchina una prevedibile applicazione di questi concetti «è alquanto illusorio» per D. DALFINO, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, in *questionegiustizia.it*, commentando il volume di J. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, 2018, trad. it. di P. Comoglio, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019. Contraria l'opinione di J. FRANK, *Courts on Trial*, Princeton University Press, New York, 1949, che sosteneva l'applicazione dei calcolatori al processo proprio per l'applicazione oggettiva delle norme giuridiche. In questo senso sembra potersi leggere anche il ddl promosso dal Ministero della giustizia francese «di programmazione 2018-2022 e di riforma per la giustizia» (Plpj) 2018-2022, oggetto di ampia critica e discussione. Cfr. E. JEULAND, *Justice numérique, justice unique?*, in *Analyse, opinion, critique*, 24 aprile 2018, *aoc.media*.

⁽²⁹⁾ Ricordava P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, 1, Napoli, 1965, p. 625, che un ordinamento moderno ha bisogno non di giudici inanimati, ma di giudici con l'anima, giudici *engagés* «che sappiano portare con vigile impegno umano il grande peso di questa immane responsabilità che è il rendere giustizia».

4. La Direttiva UE n. 680/2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, vieta «una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici negativi o incida significativamente sull'interessato [...] salvo che sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e che preveda garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento».

L'ambito di applicazione della fonte europea è chiaramente estraneo al processo civile, eppure esprime la medesima esigenza di controllo e di contraddittorio umano che è fatta propria dalla richiamata Carta etica, e anche dalle *Guidelines for Trustworthy AI*, pubblicate dall'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* istituito dalla Commissione Europea nel giugno del 2018⁽³⁰⁾, secondo le quali «i sistemi di I.A. dovrebbero consentire l'equità sociale sostenendo l'agenzia umana dei diritti fondamentali, e non diminuire, né limitare e neppure deviare l'autonomia umana». Negli stessi termini si esprime l'art. 22 del reg. UE n. 679/2016 (GDPR) prevedendo la possibilità dell'interessato di chiedere l'intervento umano, e di essere sentito dal titolare del trattamento dei propri dati, anche nelle ipotesi eccezionali nelle quali è ammessa una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato dei dati personali stessi.

Decisioni automatizzate di tal genere possono basarsi sui dati forniti direttamente dalle persone interessate, oppure ottenuti per il tramite dell'osservazione delle abitudini e dei comportamenti degli individui, compresi i dati di navigazione o quelli registrati da una applicazione software, ovvero sui dati estratti da un profilo predefinito dell'individuo, come il *credit scoring*, o ancora sul riconoscimento facciale, come avviene nei cancelli automatizzati installati (o in corso di installazione) negli aeroporti di

⁽³⁰⁾ *Orientamenti etici per un'intelligenza artificiale affidabile*, Bruxelles, 8 aprile 2019, documento revisionato e diffuso all'esito di una consultazione pubblica rispetto ad una precedente versione, cui hanno partecipato oltre 500 esperti.

Napoli, Roma Fiumicino, Milano Linate e Malpensa, che collegano i dati biometrici ai passaporti o alle carte di identità dei passeggeri, sostituendo le carte di imbarco per consentire o vietare l'accesso all'imbarco, e da queste decisioni possono derivare anche effetti pregiudizievoli per le persone ed i loro diritti fondamentali. Sistemi avanzati di *social scoring*, controllati da governi e imprese, si spingono fino a creare livelli di accesso differenziati a servizi e utilità in conseguenza dell'osservazione dei comportamenti degli individui, dei loro dati di navigazione e delle loro abitudini, col rischio concreto di discriminazioni⁽³¹⁾.

⁽³¹⁾ Il trattamento dei dati personali e *big data* attraverso sistemi di I.A. da parte di sistemi di *social scoring* attraverso l'applicazione utilizzata per il noleggio di biciclette denominato *Mobikei*, nato in Cina ma diffuso anche in oltre duecento città in tutto il pianeta, è stato fatto oggetto di attenzione dall'autorità garante privacy tedesca, con riguardo alla raccolta e al trasferimento extra UE di dati sul comportamento degli utilizzatori – distanza percorsa, geolocalizzazione, sicurezza e comodità del luogo in cui il mezzo è stato restituito, rispetto delle regole d'uso – per attribuire agli stessi un punteggio, in conseguenza del quale vengono applicate tariffe e condizioni differenti, fino ad impedire il noleggio del mezzo. Il sistema statale introdotto nella Repubblica Cinese dal 2014 col dichiarato obiettivo di facilitare l'accesso al credito nelle aree rurali in cui non c'era modo di verificare documentalmente la storia finanziaria delle piccole imprese, e poi di tutti i “soggetti”, allo scopo di promuovere l'applicazione delle norme vigenti, classifica le persone in funzione dell'appropriatezza del comportamento politico, dell'integrità commerciale e l'affidabilità creditizia, ma anche di quella sociale e giudiziale, nonché dell'onestà e dell'integrità (non meglio definite), attraverso i dati raccolti da una capillare rete di telecamere di sorveglianza (una ogni tre cittadini, secondo R.T. KREUTZER, M. SIRRENBURG, *Understanding Artificial Intelligence. Fundamentals, Use Cases and Methods for a Corporate AI Journey*, Oxford, 2019, p. 226), analizzati in tempo reale da sistemi di riconoscimento facciale e incrociati con le informazioni desunte dal costante controllo delle comunicazioni attraverso applicazioni di messaggistica come *WeChat*, ma anche degli acquisti effettuati attraverso *Alibaba* o *Jd.com*, oltre che con la collaborazione delle imprese, che trasmettono al Governo centrale i dati in loro possesso, relativi ai propri clienti e dipendenti, arrivando addirittura a monitorare attraverso sensori applicati ai caschi dei lavoratori sensori gli impulsi nervosi del loro cervello, per desumerne lo stato emotivo e l'idoneità alle mansioni. Il sistema sembra essere largamente apprezzato dalla popolazione, in quanto diretto ad accrescere la sicurezza promuovendo comportamenti socialmente accettabili, ed è stato utilizzato anche per contenere la diffusione della pandemia da Covid-19, ma la censura statale sulle opinioni dissenzianti – penalizzate proprio in termini di *scoring* – e la constatazione che il sistema finisce per concentrare in pochi attori governativi la decisione su ciò che sia accettabile o meno, costruendo una forma di prevenzione fondata sulla

Per questo gli artt. 13, par. 2 lett. *f*), e 14, par. 2 lett. *g*), prescrivono al titolare del trattamento di fornire agli interessati informazioni dettagliate sul processo decisionale automatizzato, quando ricorrono le condizioni previste dall'art. 22, par. 1 e 4.

Per lo stesso motivo si propone di dotare l'algoritmo bancario, che decide circa la nostra richiesta di denaro contante allo scopo di proteggerci da frodi, non solo di informazioni sulla nostra situazione contingente e sui bisogni della nostra famiglia, ma anche di un modulo etico che ne vincoli le capacità di azione, limitando il suo margine di autonomia, nel momento in cui ci trovassimo nella necessità di prelevare urgentemente somme ingenti.

L'applicazione del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali al processo civile subisce, tuttavia, significative limitazioni all'esercizio dei diritti altrimenti riconosciuti all'interessato, rispetto al trattamento dei suoi dati per ragioni di giustizia. Secondo l'orientamento delle Sezioni unite⁽³²⁾, quando si tratta di far valere in giudizio il diritto di difesa, le garanzie definite dal codice di rito prevalgono infatti sulla disciplina generale.

Il trattamento, di cui sono titolari gli uffici giudiziari di ogni ordine e grado, *ex art.* 46, d.lgs. n. 196/2003, rende pertanto inapplicabili una serie

mera indesiderabilità della condotta, oltre alla mancanza di una chiara determinazione delle variabili sulle quali il credito viene calcolato, hanno sollevato a livello internazionale aspre critiche verso quello che è stato definito un sistema di sorveglianza digitale totalitarista sul comportamento individuale, o una orwelliana polizia del pensiero. Cfr. M. OHLBERG, S. AHMED, B. LANG, *Central Planning, Local Experiments: The complex implementation of China's Social Credit System*, in *Merics China Monitor*, 12 dicembre 2019, p. 12 ss.; A. SORO, *Democrazia e potere dei dati. Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, cit., p. 74 ss.; S. DAHL, *Social media marketing: Theories and Application*, Los Angeles, 2020, p. 51; T. RIELING, *Social Scoring in Deutschland. Wenn Algorithmen über die Kreditwürdigkeit entscheiden*, München, 2019; A. MICHPOULUS, *Social Scoring und Digitalisierung im Kreditgeschäft. Potentiale und mögliche Probleme*, München, 2018. Più in generale, cfr. D. LYON, *Surveillance Society: Monitoring Everyday Life*, Philadelphia, 2001; S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for the Future at the New Frontier of Power*, Harvard, 2018, trad. it. *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019.

⁽³²⁾ Cass., Sez. un., 8 febbraio 2011, n. 3034, in *Corr. giur.*, 2011, p. 943, con nota di M. STELLA, *Il legislatore processuale del 1940 tutela la privacy delle parti (senza saperlo?)*. Cfr. F.P. MICOZZI, *Il trattamento di dati personali per fini di giustizia post mortem*, consultato in bozze, in corso di pubblicazione in *Foro it.*, 2021, I, c. 273.

di norme del Codice medesimo. In questo senso disponeva l'art. 47, abrogato con d.lgs. n. 101/2018, e dispone, oggi, l'art. 9, par. 1 e 2, lett. *f*), del citato reg. UE n. 2016/679, per far prevalere le garanzie offerte dal codice di procedura civile, tra l'altro, al corretto svolgimento del contraddittorio, all'imparzialità e all'indipendenza del giudice che, per il momento, resta necessariamente umano.

Blockchain e smart contract: commento all'attuale normativa italiana DLT e rilievi comparati

[ALESSANDRO BILLI^(*)]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I primi approcci regolatori. – 3. La normativa italiana DLT. – 3.1. Comma 1: La definizione generale di tecnologie basate su registri distribuiti. – 3.2. Comma 2: La definizione di smart contract. – 3.3. Comma 2: il requisito della forma scritta. – 3.4. Smart contract e normativa italiana sui contratti. – 3.5. Comma 3: La validazione temporale elettronica. – 3.6. Comma 4: Il ruolo dell'Agenzia per l'Italia Digitale. – 4. Considerazioni conclusive.

1. L'avvento delle nuove tecnologie, con in primo piano la rivoluzione informatica e la diffusione della rete globale di internet, ha cambiato irrimediabilmente il modo di comunicare, di interagire e di rapportarsi tra gli individui, spalancando un vaso di Pandora tanto ricco di possibilità, quanto carico di rischi, restituendo un quadro tutt'ora liquido ed in rapida evoluzione, con ricadute su quasi ogni aspetto del quotidiano, oggetto di studio da parte delle scienze sociali.

Negli ultimi anni da più parti sono state rilevate le prime avvisaglie di una netta trasformazione in seno alla fruizione dei nuovi mezzi di comunicazione, con il passaggio dal c.d. “*internet dell'informazione*” al c.d. “*internet delle cose*”⁽¹⁾, concetto ove insistono gli *smart objects*, dispositivi che mediante l'utilizzo della rete «sono in grado di rendersi riconoscibili e acquisiscono intelligenza grazie al fatto di poter comunicare dati su sé stessi e accedere ad informazioni aggregate da parte di altri»⁽²⁾. Tramite funzionalità come connessione, localizzazione,

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Definito anche IoT, acronimo dell'inglese Internet of Things, coniato dall'ingegnere britannico Kevin Ashton nel 1999. Cfr. K. ASHTON, *That 'Internet of Things' Thing*, *RFID Journal*, 22 luglio 2009.

⁽²⁾ P. MAGRASSI, *Supranet*, in *Diz. econ. digitale Di Bari*, (Il Sole 24Ore Pirola) Milano, 2002.

capacità di elaborare dati e di interagire con l'ambiente esterno, è già, ma soprattutto sarà in futuro possibile sempre più sviluppare ed evolvere in chiave informatica svariati campi dell'attività umana, dalla finanza ai processi produttivi e all'ingegneria biomedica, con ricadute inoltre sul settore di svariati servizi pubblici, passando per l'agricoltura e la tutela dell'ambiente, con risvolti nella vita quotidiana come la domotica e l'infomobilità⁽³⁾. Nell'opinione di numerosi analisti ed osservatori, ed in particolare da quanto emerso negli incontri annuali del *World Economic Forum*, ci troviamo agli albori della prossima “*big thing*” che contraddistinguerà gli anni a venire, una Quarta Rivoluzione Industriale⁽⁴⁾, caratterizzata dalla presenza sempre più rilevante di intelligenza artificiale, *machine learning*, in «una fusione di tecnologie che confondono la linea di demarcazione tra sfera fisica, digitale e biologica»⁽⁵⁾.

Gran parte di tali innovazioni appena riportate sono legate a doppio filo con la diffusione di un'architettura informatica innovativa: la blockchain.

Quest'ultima è stata definita da esperti nei più svariati campi di studio

⁽³⁾ Il mercato italiano degli oggetti connessi IoT nel 2019 ha raggiunto un valore di 6,2 miliardi di euro, 1,2 miliardi in più (+24%) rispetto al 2018. A trainare la crescita, allineata a quella dei principali paesi occidentali, sono le applicazioni più consolidate che sfruttano la tradizionale connettività cellulare (3,2 miliardi di euro, +14%) e soprattutto quelle che utilizzano altre tecnologie di comunicazione (3 miliardi, +36%). Una forte spinta viene anche dalla componente dei servizi abilitati dagli oggetti connessi, che registra un +28% e raggiunge un valore di 2,3 miliardi di euro. Tra le applicazioni in crescita vi è il c.d. smart metering, ovvero l'installazione di contatori di gas ed elettricità “intelligenti”, costituente quasi un terzo dell'intero, spinta soprattutto dall'obbligo normativo, ma anche dal settore “Smart car”, con quattordici milioni di veicoli connessi, pari a circa un terzo dell'intero parco auto circolante.

Fonte: *Mercato IoT italiano a 6,2 miliardi, +24%*, ANSA, 9 aprile 2020, ansa.it.

⁽⁴⁾ Diretta evoluzione della Terza, avvenuta storicamente negli anni definiti come Guerra Fredda, caratterizzati dalla corsa allo spazio, un sempre maggiore utilizzo dell'energia atomica, ma soprattutto una netta evoluzione scientifica e tecnologica che ha condotto allo sviluppo e alla diffusione della rete come la conosciamo oggi. Cfr. J. RIFKIN, *La terza rivoluzione industriale: Come il «potere laterale» sta trasformando l'energia, l'economia e il mondo*, Arnoldo Mondadori Editore, Segrate (MI), 2011.

⁽⁵⁾ “A fusion of technologies that is blurring the lines between the physical, digital, and biological spheres”. Tratto da: KLAUS SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond*, World Economic Forum, 14 gennaio 2016, reperibile su: weforum.org.

come “*disruptive*”, cioè dotata di una carica innovativa così dirompente da avere i connotati in grado da ridisegnare alcuni degli schemi classici alle fondamenta della società umana, facendo leva in particolar modo sui campi dell’economia e dei rapporti giuridici.

Dalla sua introduzione, inizialmente come “motore” del sistema di pagamento Bitcoin ad oggi, questa è passata dall’essere argomento per una nicchia di informatici, a richiamo per grandi centri di studio mondiali, società multinazionali, banche commerciali, società assicurative, fino ad arrivare all’attenzione di governi nazionali ed enti internazionali e sovranazionali. Tra questi ultimi, il Parlamento Europeo si è espresso con la risoluzione del 3 ottobre 2018, manifestando una netta presa di posizione circa la sua utilità come strumento di protezione dei dati personali e per l’autonomia dei cittadini, ma anche in chiave di sviluppo per svariati settori economici e servizi pubblici.

Importanti Paesi europei, al pari delle maggiori potenze mondiali stanno iniziando il percorso volto alla legiferazione, adottando normative riguardo la blockchain e derivati, mentre altri sono ancora in fase di studio, con l’Italia che al momento rappresenta una delle esperienze che si è mossa con maggiore intensità, attraverso l’approvazione dall’art. 8-ter del Decreto Semplificazioni (d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, conv. con l. 11 febbraio 2019, n. 12), denominato *Normativa italiana DLT*, rilevante argomento di dibattito nel panorama giuridico odierno ed oggetto di studio nel corso della trattazione.

Questo perché la *blockchain* è in grado di porsi in linea con i bisogni odierني di velocità, efficienza, semplificazione, ma anche di sicurezza e trasparenza propri della moderna *società dell’informazione*⁽⁶⁾. Ciò si pone certamente in linea con la storia dell’evoluzione dei *media* digitali e della rete internet, evidenziando la continuità con la costante predisposizione verso una revisione di tutti i passaggi che generano costi. L’avvicinamento tra i soggetti in interazione ha già visto importanti sviluppi con l’avvento della rete globale, ma è con la blockchain a prospettarsi un netto cambio del paradigma tradi-

⁽⁶⁾ A.M. GAMBINO, C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2019, p. 640.

zionale caratterizzato dalla figura del *middleman*, intermediario con funzione di garante (es. la banca per le transazioni finanziarie), consentendo agli utenti di comunicare, organizzare e scambiare beni e servizi su base individuale, ma in una dimensione globale, scalabile, transnazionale, attraverso il meccanismo di consenso distribuito nella rete che permette alla stessa di funzionare con immediatezza ed efficienza mediante la sola collaborazione degli utenti.

In parallelo, questi ultimi hanno accesso ad un libro mastro pubblico, trasparente ed immutabile che aumenta le proprie capacità di controllo e la sicurezza dei dati, in prospettiva in grado di rimettere l'utente al centro dei processi decisionali al di là delle grandi società che dominano la rete, suscettibile di essere inoltre plasmato in una miriade di applicazioni diverse, producendo una serie di quesiti ed incognite che contraddistinguono il lavoro del giurista di oggi e di domani.

Al fine di poter impostare uno sforzo teorico circa la regolamentazione della blockchain è necessario comprendere come questa sia in grado di regolare i rapporti⁽⁷⁾, la sua capacità di creare sistemi autonomi, registri pubblici immutabili ove le parti sono in grado di incontrarsi anonimamente in un contesto senza fiducia (c.d. *no trust environment*) priva di alcuna forma di controllo da parte di terzi intermediari, dove la fiducia è riposta sull'“infallibilità” dell'algoritmo alla base. In particolare, attraverso una delle sue più celebri ed importanti applicazioni, denominata *smart contract*, rappresentante la principale intersezione tra blockchain e diritto privato, è possibile dispiegare sulla rete interi accordi, basati ed eseguiti autonomamente dal codice informatico impartito in precedenza, azionabili ed interagibili a catena o persino tra macchine. È proprio questo meccanismo, definito di *trustless trust*⁽⁸⁾, a rappresentare il connotato allo stesso tempo più rivoluzionario e pericoloso, in grado di sollevare grandi quesiti filosofico-antropologici ancor prima che giuridici.

⁽⁷⁾ K. WERBACH, *Trust but verify: Why the Blockchain Needs the Law*, in *Berkeley Technology Law Journal*, Berkeley School of Law, University of California, Berkeley, vol. 33, 2017, p. 491, reperibile all'indirizzo: papers.ssrn.com.

⁽⁸⁾ P. PAECH, *The Governance of Blockchain Financial Networks*, *Modern Law Review*, London School of Economics, Londra 2017, p. 1073, reperibile all'indirizzo ssrn.com/abstract=2875487.

A differenza della *lex informatica*⁽⁹⁾, ci si trova innanzi ad un fenomeno a-giuridico, recante la possibilità di adottare una cornice regolatoria privata ed autonoma, imposta unicamente dall'architettura tecnologica in assenza di qualsivoglia autorità centrale o giurisdizione.

Per la prima volta sarà inoltre necessario affrontare una regolamentazione del fenomeno di interazione non solo umana, ma anche c.d. *machine to machine*, avente inoltre la parziale pretesa di costruire quasi una realtà parallela, difficilmente permeabile agli interventi esterni, in cui le parti interagiscono in un ordine non discendente da norme legali, ma dal codice. La blockchain e i suoi derivati, infatti, pur nella loro immaturità attuale, hanno la capacità di portare all'attenzione degli osservatori concetti quali decentralizzazione, democratizzazione, partecipazione e nuovo modello di fiducia, con dietro l'ombra di interessi accentrati.

Al giurista viene imposto per questo un approccio all'insegna dell'interdisciplinarietà, in una prospettiva globale e transnazionale del fenomeno. Al pari di altre tecnologie che hanno fatto irruzione nella storia umana questa può allo stesso tempo essere utilizzata in accordo con le norme attuali, ma anche in funzione avversa. Questi sistemi sono in grado di stabilire un ordine senza l'utilizzo della legge, ma tramite una cornice regolatoria privata, che autorevoli autori hanno definito *lex cryptographica*⁽¹⁰⁾. Un nuovo scenario che si sovrappone in una realtà già complessa e stratificata, soggetta negli ultimi anni all'ingresso sempre più decisivo della tecnologia a governare i rapporti sociali e giuridici, in quella che è stata definita criticamente *algocrazia*⁽¹¹⁾. Nella prospettiva più estrema, attraverso la blockchain si è in grado di realizzare si-

⁽⁹⁾ Espressione che si riferisce all'insieme delle scelte tecniche che impongono dei comportamenti. La *lex informatica* permette sia di stabilire norme specifiche per i flussi di informazioni veicolati sulla Rete sia di imporre le politiche generali dei flussi e dell'automazione delle *informazioni* digitali.

⁽¹⁰⁾ Questa espressione, diffusa anche nella forma *lex cryptography*, è ricorrente nelle produzioni dell'autrice Primavera De Filippi, tra le massime studiose mondiali in ambito giuridico di tali tecnologie. P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Decentralized Blockchain and the rise of lex cryptographia*, 10 marzo 2015, reperibile integralmente all'indirizzo: papers.ssrn.com.

⁽¹¹⁾ Espressione utilizzata in: *Contro Frank e l'algocrazia di Deliveroo. La strada per i diritti dei rider è finalmente aperta*, in *Il Fatto Quotidiano*, 1° gennaio 2020, ilfattoquotidiano.it.

stemi *self-governing*, pensati per regolarsi autonomamente, in un contesto potenzialmente globale in cui vige soltanto la regola algoritmica. Se e quando la blockchain acquisirà sempre più spazio ed arriverà ad una maturazione, sarà in grado di operare una parziale traslazione dal potere legale delle istituzioni, all'autorità del solo codice informatico, “*rule of code*” che potrebbe dar seguito, ma anche decidere, in assenza di controllo, di rifiutare le norme vigenti e persino gli attuali principi e l'intero sistema retto dal diritto, “*rule of law*”⁽¹²⁾.

È questa la sfida lanciata agli operatori giuridici, ai legislatori, ed in generale ai Governi e alle istituzioni di tutto il mondo. Regolare la blockchain non si rivelerà un compito semplice rendendosi necessaria, oltre alla comprensione di aspetti tecnici nonché i risvolti diretti sul piano del diritto. Si aprono così le porte alla necessità di un cambio di paradigma per l'operatore giuridico, una vera e propria presa di coscienza del ruolo storico del diritto, unico vero strumento efficace a tutelare posizioni giuridiche di fronte alle possibili derive della tecnica pura, gettando in tal modo nuova luce verso il ruolo storico del giurista quale custode dei diritti, anche quando vi è la pretesa che “*code is law*”⁽¹³⁾.

2. Analizzate le possibilità e gli spunti problematici che una potenziale adozione diffusa della blockchain come infrastruttura base della Quarta Rivoluzione Industriale è in grado di provocare sul piano del diritto, spostiamo ora il fuoco sulle risposte pervenute in tema di produzione normativa da parte di alcuni Stati nazionali, nonché di enti sovranazionali ed interna-

⁽¹²⁾ Tematica, questa dei rapporti tra le due “*rule*”, affrontata tra gli altri dal giurista Thibaut Schrepel, professore presso il Berkman Klein Center for Internet & Society dell'Università di Harvard e alla School of Law dell'Università di Utrecht. Cfr. T. SCHREPEL, *Anarchy, State, and Blockchain Utopia: Rule of Law Versus Lex Cryptographia*, Paper scientifico, *General Principles and Digitalisation*, Hart Publishing, Londra, 2020.

⁽¹³⁾ Espressione coniata dal giurista e avvocato statunitense Lawrence Lessig, direttore della Edmond J. Safra Foundation Center for Ethics dell'Università di Harvard e fondatore dello Stanford Center for Internet and Society, amministratore delegato di Creative Commons, nonché autore di vari lavori riguardanti il diritto del mondo digitale e la neutralità della rete. La famosa citazione, poi riutilizzata da numerosi autori proviene da una delle sue pubblicazioni più celebri: L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.

zionali che si sono avvicinati a queste tecnologie. Come premessa generale di tale disamina, può già essere affermato come il quadro fornito dall'attuale situazione del formante legislativo è quanto mai frammentario e per certi versi inadatto a regolare una tecnologia di tali applicazioni e proporzioni, peraltro attualmente ancora spesso sbilanciato sul settore finanza e cripto-valute. Tuttavia, alcuni iniziali tentativi di approccio a tutto tondo sono la dimostrazione che un percorso è iniziato, non privo di esperienze dalle quali è interessante ricavare degli spunti di riflessione.

Pensare di poter regolamentare fenomeni tecnologici di tale portata e dalle rilevanti applicazioni in vaste aree dell'economia, se da un lato dimostra la manifestazione di interesse verso questo tipo di innovazione da parte dei legislatori nazionali, dall'altro si dimostra spesso privo di reale efficacia, sotto il peso del potenziale impatto globale e transnazionale. L'indubbia originalità delle opportunità aperte da tale tecnologia inizia ad affacciarsi in vari settori privati, lanciando una vera e propria sfida ai legislatori ed in generale agli operatori giuridici di tutto il mondo, che necessitano di compiere uno sforzo notevole ed in tempi ristretti: cercare di rispondere a dei quesiti nuovi e complessi determinati dalle novità della struttura decentralizzata, per cui si rende necessario un cambio di paradigma fino a risultare in una parziale ridefinizione dell'approccio, della formazione, del *modus operandi* del giurista contemporaneo.

La necessità di predisporre un quadro normativo certo di fronte ad un settore con i rapporti di forza ancora tutti da definire, pone altresì di fronte a non indifferenti rischi di ordine "competitivo" tra i vari Paesi ed in generale aree mondiali. Per queste ragioni una serie di Stati storicamente attenti a queste particolari situazioni e cambiamenti con ricadute dirette sul piano economico-finanziario, si stanno muovendo con rapidità, nel tentativo di guadagnare vantaggio al fine di offrire una legislazione quanto più semplice e a favorevole all'innesto di startup *blockchain based* sul proprio mercato. Allo stesso tempo grandi potenze mondiali e regionali hanno l'obiettivo di non farsi trovare impreparate, sebbene con varie declinazioni di approccio, come registrato in USA, Cina e UE. Anche l'Italia ha iniziato da alcuni anni a prestare particolare attenzione verso questo settore intervenendo con un primo atto legislativo ad hoc.

3. Il legislatore italiano, tra i primi a livello europeo, è intervenuto sulla materia dei registri distribuiti e smart contract attraverso l'art. 8-ter del Decreto Semplificazioni, d.l. n. 135/2018, convertito con modificazioni dalla l. n. 12/2019, noto come *Normativa italiana DLT*. L'articolo, rubricato “*Tecnologie basate su registri distribuiti e smart contract*” si propone di introdurre per la prima volta nel nostro ordinamento una definizione normativa di tali tecnologie, nonché successivamente una prima regolamentazione degli effetti giuridici risultanti dall'utilizzo di questi strumenti. Una delle peculiarità della disciplina è l'assenza del termine blockchain, rappresentato dalla famiglia più ampia delle DLT, scelta che reca con sé non pochi dubbi interpretativi.

3.1. Iniziando l'analisi puntuale della norma, il 1° comma si occupa di descrivere le tecnologie basate su registri distribuiti (DLT), definite quali «*tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetture decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili*». Tale definizione appare coerente con quella fornita dal formante giurisprudenziale in occasione di una delle prime pronunce, datata 2019, in cui è rinvenibile un riferimento alla tecnologia blockchain⁽¹⁴⁾. Tuttavia, già questa prima nozione è stata oggetto di rilievi critici, con alcuni autori che hanno ritenuto opportuno notare come si presti a mostrare il fianco a problematiche di “ambigui-

⁽¹⁴⁾ Trib. Firenze, Sez. fall., 21 gennaio 2019 (n. 18). Il Tribunale di Firenze, nell'esaminare i requisiti di assoggettamento al fallimento di un imprenditore, ha incidentalmente affrontato la tematica delle criptovalute e, in tale contesto, ha definito questo sistema come «una catena di blocchi [...] che funge da database delle operazioni, come libro mastro distribuito, generalmente gestita da una rete peer-to-peer che aderisce collettivamente a un protocollo per la convalida di nuovi blocchi. Una volta registrati con un particolare sistema di marcatura temporale (*timestamping*), i dati in un dato blocco non possono essere modificati retroattivamente senza la modifica di tutti i blocchi successivi, il che richiede la collusione della maggioranza della rete». Come riportato in: D. BELLONI, F. VASOLI, *Blockchain, smart contract e decreto semplificazioni*, in *Cammino dir.*, 15 aprile 2020, p. 8.

tà ed incoerenza”⁽¹⁵⁾. Tali osservatori evidenziano come la norma segua la discutibile prassi della letteratura che sovrappone i due concetti espressi in lingua inglese con *shared* e *distributed*, meglio traducibili con le terminologie separate di *condiviso* e *distribuito*. L’attenzione si sposta in seguito verso il passo «*architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche*», ritenuto impreciso sul lato tecnico e di difficile comprensione. La definizione del legislatore infatti è colpevole di introdurre concetti quali l’inalterabilità e l’immodificabilità del registro, caratteristiche che, alla luce di un’analisi tecnica dell’architettura allo stato dell’arte attuale non possono essere ritenute infallibili, nonché variabili in base alla tecnologia prescelta. Gli autori notano inoltre come la norma non contenga alcun cenno in riferimento all’incentivo economico, vero motore che garantisce la sicurezza ed il funzionamento *trustless* del registro. In risposta a tali rilievi, viene perciò avanzata da parte loro una definizione alternativa: «*registro replicabile e verificabile la cui integrità è assicurata da funzioni crittografiche e il cui accesso è decentralizzato e regolato da un protocollo di consenso che permette la scrittura di nuovi elementi nel registro senza contravvenire alle regole imposte dallo specifico dominio*».

3.2. Il 2° comma della normativa si incarica di fornire una prima definizione e regolamentazione di una delle più importanti implementazioni della blockchain: gli smart contract.

In particolare viene disposto: «*Si definisce “smart contract” un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse*».

In seguito all’entrata in vigore della norma, l’Italia è divenuta il secondo paese dell’Unione Europea dopo Malta, nonché uno dei primi importanti esponenti a livello mondiale, a riconoscere lo status giuridico dei *contratti intelligenti*.

Dal primo periodo si evince che la disciplina italiana intende seguire la corretta impostazione di smart contract quale software, evitando perico-

⁽¹⁵⁾ Opinione espressa in: D. CARBONI, M. SIMBULA, *Blockchain e smart contract: le debolezze della nuova regolamentazione italiana*, in *AgendaDigitale.eu*, Network Digital 360, 30 gennaio 2019, reperibile integralmente all’indirizzo: agendadigitale.eu.

lose ambiguità. Facendo così il legislatore riconosce pieno spazio a questi particolari *programmable script* in seno a quella che è la tutela offerta per tutti i programmi per computer dalla legge riguardante la protezione del diritto d'autore così come aggiornata in ultimo dal d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8⁽¹⁶⁾. In secondo luogo, la norma specifica che, oltre all'essere un programma per elaboratore, quest'ultimo deve possedere ulteriori caratteristiche: operare su tecnologie basate su registri distribuiti; vincolare automaticamente due o più parti; facendolo sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. In tal modo viene sottolineato e assicurato l'inscindibile rapporto che questo intrattiene con la DLT, pur aprendo lo spazio ad alcune perplessità. In primo luogo si rende necessaria l'osservazione del termine "esecuzione" che, essendo utilizzato nell'ambito di un software, dovrebbe interpretarsi in accezione informatica, perciò con il significato di "messa in funzione". Tuttavia, l'utilizzo di tale vocabolo ha spinto alcuni osservatori a domandarsi se questo potesse altresì considerarsi con significato contrattuale. Nonostante la sovrapposizione terminologica, non può essere fatto a meno di notare che l'esecuzione così come giuridicamente intesa, al pari dell'adempimento, non genera vincoli, bensì al contrario determina l'estinzione (e dunque non il sorgere) di un'obbligazione. Per questa ragione il significato da attribuire al termine esecuzione è sicuramente quello tecnico informatico corrispondente all'avvio del programma⁽¹⁷⁾.

Un secondo ed importante rilievo attiene il potere vincolativo "*automatico*". Secondo la legge italiana infatti, un vincolo contrattuale nasce dall'incontro delle volontà dei paciscenti, intenzioni che precedono l'esecuzione

⁽¹⁶⁾ Cfr. art. 1, l. 22 aprile 1941, n. 633.

⁽¹⁷⁾ M. MANENTE, *L.12/2019 – smart contract e tecnologie basate su registri distribuiti- prime note*, Consiglio Nazionale del Notariato – Area Informatica, in *Studio 1-2019 DI del marzo 2019* – Approvato dalla Commissione Informatica il 4 aprile 2019. Consultabile all'indirizzo: www.notariato.it: «Allora il vero significato dovrà essere ricercato in altro registro linguistico e – più precisamente – non in quello giuridico, ma in quello informatico, ove il termine "execution" significa "The performance of an instruction or program". Esecuzione, pertanto, significa "avvio" del programma, ossia lettura delle istruzioni caricate e loro memorizzazione all'interno del sistema. Non significa pertanto loro immediata "esecuzione" nel senso giuridico del termine».

di detto accordo. L'utilizzo di uno smart contract rappresenta l'espressione della scelta condivisa di adottare tale strumento tecnologico. Per questa ragione taluni hanno avuto modo di ritenere "ingannevole" l'espressione utilizzata dal legislatore, in quanto è inopportuno indicare che le parti si obbligano nel momento in cui l'accordo si "esegue", in virtù del generale principio consensualistico adottato dall'ordinamento italiano⁽¹⁸⁾.

Più probabilmente, nelle intenzioni del legislatore vi era quella di esprimere la circostanza tipica di tale tecnologia, cioè l'esecuzione automatica del codice indipendentemente dalla volontà delle parti una volta realizzati i c.dd. *triggering events*.

Nella lettera della norma vi è poi la specificazione che uno smart contract per essere tale, deve riguardare la relazione tra almeno due parti. Risultano per questa ragione esclusi una serie di atti quali ipotetici smart contract meramente procedurali, ma anche altri di rilevanza non marginale, in primis l'emissione di *token*, gettoni virtuali (ai quali appartengono gli ormai divenuti celebri NFT oggi argomento al centro di ampie discussioni), riconducibile alla disciplina intrinsecamente unilaterale dell'offerta al pubblico⁽¹⁹⁾.

La ratio di tale scelta appare difficilmente riconducibile ad una precisa volontà del legislatore.

L'ultimo requisito previsto dalla norma riguarda il vincolo automatico il quale, viene predisposto dalle parti basato su "*effetti predefiniti dalle stesse*". Sulla base di quanto espresso dalla disposizione discendono due conseguenze non banali. La prima non è altro che la conferma del fatto che il legislatore intende l'utilizzo di tale strumento come logicamente posto in un mo-

⁽¹⁸⁾ C. BOMPRESZI, *Commento in materia di Blockchain e Smart contract alla luce del nuovo Decreto Semplificazioni*, in *Diritto merc. tecnologia*, 27 febbraio 2019, reperibile integralmente su: *www.dimt.it*. «Se con "esecuzione" si intende l'esecuzione del contratto, è inopportuno sancire che le parti si vincolano (rectius si obbligano) nel momento in cui il contratto è eseguito [...] se viceversa l'esecuzione è propria del programma per elaboratore (con il significato che acquisisce nel linguaggio informatico) il verbo "vincola" allude probabilmente all'immutabilità della blockchain».

⁽¹⁹⁾ A supporto di questo inquadramento: M. NICOTRA, *L'Italia prova a normare gli smart contract, ecco come: pro e contro*, in *AgendaDigitale.eu*, Network Digital 360, 14 gennaio 2019, reperibile integralmente all'indirizzo: *agendadigitale.eu*.

mento successivo rispetto al perfezionamento dell'accordo tra le parti. Solo a seguito del raggiungimento del consenso è possibile infatti per i contraenti predisporre gli effetti e gli automatismi trasponendoli su codice. Tuttavia, se la norma disponesse che questi ultimi devono essere essenzialmente predefiniti dalle “*due o più parti*”, potrebbe ritenersi da escludere il meccanismo di semplice adesione di una di queste⁽²⁰⁾, tanto più nel caso in cui, data la natura *open source* della tecnologia, le parti avessero scelto di utilizzare un modulo già predisposto ai fini del regolamento dei propri interessi senza sviluppare perciò un programma *ad hoc*, pratica che si presta certamente ad essere adottata in concreto nella prassi di numerosi traffici commerciali. Tali eventualità vengono escluse da parte della dottrina, che evidenzia la necessità dell'elemento volontaristico dell'accettazione del vincolo delle condizioni dello smart contract come presupposto logico e giuridico che non lascerebbe spazio a difficoltà interpretative a riguardo⁽²¹⁾.

3.3. Un altro importante riconoscimento allo strumento smart contract viene sancito dal secondo periodo del 2° comma della *Normativa italiana DLT*, configurante le condizioni in presenza delle quali tale particolare software soddisfa il requisito della forma scritta. «*Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*». Questo particolare passo necessita di essere osservato con attenzione, vista la particolare rilevanza che l'ordinamento italiano attribui-

⁽²⁰⁾ Fattispecie per certi versi simile al contratto per adesione, regolato nel c.c. dagli artt. 1342 ss., quale contratto concluso mediante moduli o formulari. Generalmente tali tipi di contratto vengono predisposti unilateralmente da una delle parti mentre l'altra non ha alcun potere nella determinazione del contenuto. La formulazione unilaterale risponde alla necessità di contrattare lo stesso contenuto per un gran numero di stipule, caratteristica che ne fa discendere una parziale disciplina speciale, con particolare riferimento alle clausole aggiunte.

⁽²¹⁾ Opinione sostenuta da R. BATTAGLINI, *La normativa italiana sugli smart contract*, in R. BATTAGLINI, M.T. GIORDANO, *Blockchain e Smart Contract*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p. 380.

sce alla forma scritta, sia *ad substantiam* che *ad probationem*, ai fini della validità o della prova dell'esistenza dell'atto⁽²²⁾. Ciò ha condotto vari osservatori ad interrogarsi circa la necessità di tale specificazione, e stupisce soprattutto il fatto che il legislatore non abbia operato in questa sede alcun riferimento o richiamo alle normative facenti parte del quadro legislativo della materia sia a livello sovranazionale che interno, seppure compatibili con la fattispecie⁽²³⁾. In particolare, il reg. UE n. 910/2014, meglio noto come eIDAS⁽²⁴⁾, fornisce all'art. 3, punto 35 la definizione armonizzata di “*documento elettronico*”, quale «*qualsiasi contenuto conservato in forma elettronica, in particolare testo o registrazione sonora, visiva o audiovisiva*», precisando al successivo punto 46 che «*non sono negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica*».

Lo smart contract rientrerebbe dunque agilmente in tale categoria, recante con sé la seppur debole efficacia probatoria rimessa all'apprezzamento del giudice.

A livello interno tali disposizioni sovranazionali si rapportano con quelle contenute nel Codice dell'Amministrazione Digitale, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82⁽²⁵⁾. Questo fornisce la definizione di “*documento informatico*” [art. 1, lett.

⁽²²⁾ È lo strumento legale, in via generale l'art. 1350 più altre specifiche disposizioni contenute in leggi speciali, a prescrivere con riferimento a determinati negozi la forma scritta a pena di nullità.

⁽²³⁾ «Su tale questione ci si interroga se forse non sarebbe stato opportuno verificare l'idoneità della normativa interna e sovranazionale che regola la formazione del documento informatico, di validare tale “nuova” modalità di espressione del consenso e di imputazione di effetti». M. GIULIANO, *Blockchain, i rischi del tentativo italiano di regolamentazione*, in *AgendaDigitale.eu*, Network Digital 360, 8 febbraio 2019, reperibile integralmente all'indirizzo: agendadigitale.eu.

⁽²⁴⁾ Acronimo di electronic IDentification Authentication and Signature, avente l'obiettivo di fornire una base normativa a livello comunitario per i servizi fiduciari e i mezzi di identificazione elettronica degli stati membri, fornendo una base normativa comune per interazioni elettroniche sicure fra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni e incrementa la sicurezza e l'efficacia dei servizi elettronici e delle transazioni di e-business e commercio elettronico nell'Unione Europea. Fonte: *Il Regolamento UE n. 910/2014 – eIDAS*, AgID, agid.gov.it.

⁽²⁵⁾ Testo unico che riunisce e organizza le norme riguardanti l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese. Più volte rivisto e aggiornato nel corso degli anni, in ultimo con il d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, fina-

p]): «documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti». Lo smart contract sembra senza dubbio trovare spazio anche in questa categoria. L'art. 20, comma 1-bis del CAD, indica i requisiti di validità ed efficacia probatoria del documento informatico, il quale «soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida». In virtù di tale disciplina, può essere ritenuto che lo smart contract sia in grado di soddisfare certamente il valore probatorio di livello più basso, quello demandato al libero apprezzamento del giudice. Tuttavia, in virtù della circolazione attraverso la DLT, è stato più volte sottolineato come questo sia suscettibile di acquisirne le relative caratteristiche, perciò ponendosi virtualmente su un piano di sicurezza ed integrità superiore al normale documento elettronico. Per queste ragioni, alcuni autori sostengono che uno smart contract sia pienamente in grado di collocarsi al più alto spettro dell'efficacia probatoria con efficacia *ex art.* 2702, rappresentato dal documento provvisto di firma digitale, elettronica qualificata o avanzata o, in alternativa, previa idonea identificazione informatica del suo autore.

A tale riguardo pare non sussistere alcuna difficoltà nel realizzare questi presupposti in caso di blockchain *permissioned*, discorso che può ritenersi valido, sebbene con particolari accorgimenti in tema di identificazione, anche per le blockchain *permissionless*.⁽²⁶⁾ L'operazione risulta estendibile altresì alle

lizzato a promuovere e rendere effettivi i diritti di cittadinanza digitale. Fonte: *Codice Amministrazione Digitale*, AgID, agid.gov.it.

⁽²⁶⁾ Concorda con questa lettura: R. BATTAGLINI, *La normativa italiana sugli smart contract*, cit., p. 382.

norme di rango secondario che integrano questa disciplina, le quali introducono specificazioni e riferimenti tecnici a modalità di formazione, immutabilità ed integrità del documento⁽²⁷⁾.

Nonostante queste posizioni, le caratteristiche tecniche peculiari in grado di segnare una linea di demarcazione tra i nuovi strumenti tecnologici ed il classico documento informatico lasciano aperti dei dubbi in dottrina. In particolare, si segnalano delle perplessità circa la compatibilità di questa disciplina con il software di uno smart contract, che, in quanto tale, conterrebbe necessariamente codici eseguibili e funzionalità che, all'avverarsi delle previste condizioni, si attiverebbero comportando un'alterazione dello stato dei dati ivi memorizzati⁽²⁸⁾. Tuttavia, è bene ricordare come tali considerazioni siano da analizzarsi alla luce del fatto che non si è di fronte ad un fenomeno unico, bensì di un sistema articolato e fluido, in grado di rappresentare "l'impalcatura" di una serie di servizi, modulabile a piacimento e rispondente alla sola istruzione del codice. Per questa ragione ci si trova attualmente nell'impossibilità di fornire una risposta univoca a tali quesiti, in quanto ben potranno esistere smart contract in grado di alterare i propri contenuti, come è allo stesso tempo possibile il contrario. Nonostante la potenziale compatibilità con le discipline vigenti, sebbene con le particolarità del caso, il legislatore italiano non fornisce alcun criterio o indicazione ai fini del soddisfacimento della forma scritta, ma trasferisce all'Agenzia per l'Italia Digitale il compito di elaborare le linee guida necessarie a completare tale quadro normativo. Linee guida che avrebbero dovuto vedere la luce entro 90 giorni dall'adozione del provvedimento e che invece, dopo una serie di ritardi non sono al momento disponibili, rischiando perciò di far cadere nel vuoto la totale efficacia della norma⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Tra questi l'art. 3 d.P.C.M. 13 novembre 2014, n. 78954 che prevede "Regole tecniche in materia di formazione, trasmissione, copia, duplicazione, riproduzione e validazione temporale dei documenti informatici nonché di formazione e conservazione dei documenti informatici delle pubbliche amministrazioni ai sensi degli articoli 20, 22, 23-bis, 23-ter, 40, comma 1, 41, e 71, comma 1, del Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005".

⁽²⁸⁾ Opinione riportata in: M. NICOTRA, *L'Italia prova a normare gli smart contract, ecco come: pro e contro*, cit.

⁽²⁹⁾ Su questa linea: M. GIULIANO, *Blockchain, i rischi del tentativo italiano di regolamentazione*, cit.

Prima di affrontare maggiormente la questione di tali rinvii che contrassegna in maniera importante l'intera *Normativa Italiana DLT*, è opportuno rilevare come sarebbe forse stato più incisivo e maggiormente risolutivo ascrivere gli smart contract tra i documenti elettronici ed informatici già disciplinati da norme italiane e sovranazionali. La totale assenza di tali richiami pone invece l'interprete di fronte ad una scelta dalle paradossali conseguenze⁽³⁰⁾: considerare lo smart contract come un nuovo tipo di documento elettronico, perciò attribuendo a tale norma la qualità di *lex specialis* prevalente rispetto alla disciplina generale del CAD? In caso di risposta affermativa, gli smart contract sarebbero disciplinati unicamente dall'art. 8-ter, che in assenza delle richiamate linee guida risulta al momento inutilizzabile. Viceversa, considerando tali strumenti come una singola specie del *genus* "documento informatico" regolato dal CAD, la normativa DLT perderebbe completamente la sua utilità. Nell'attesa di un necessario intervento sul piano legislativo può tuttavia essere portata avanti l'analisi degli ulteriori profili giuridici operata dal formante dottrinale.

3.4. Come più volte evidenziato, la *Normativa Italiana DLT* configura lo smart contract come software in grado di soddisfare il requisito della forma scritta. La fattispecie disegnata dal legislatore pare dunque riflettere i connotati "ibridi" di tale tecnologia, prendendo le forme di un fenomeno dualistico, a metà tra programma per computer e documento scritto. Tuttavia, la particolarità e, a detta di molti una delle maggiori criticità, è rappresentata dalla totale assenza di riferimenti all'eventuale natura contrattuale di tale documento nella sistematica italiana. Sebbene infatti la disciplina statuisce esplicitamente la possibilità di soddisfare "*il requisito della forma*", non è dato sapere che tipo di rapporto sussista con il resto della disciplina contrattuale⁽³¹⁾. Nonostante questa lacuna, per certi versi in grado di minare la corretta e coerente sistemazione di tale fattispecie all'interno dell'ordinamento, sono stati registrati a più riprese alcuni sforzi interpretativi che hanno condotto verso la possibile

⁽³⁰⁾ R. BATTAGLINI, *La normativa italiana sugli smart contract*, cit., p. 385.

⁽³¹⁾ D. BELLONI, F. VASOLI, *Blockchain, smart contract e decreto semplificazioni*, cit.

collocazione di tale fenomeno nell'alveo della disciplina contrattuale. In particolare, qualora soddisfatti i requisiti previsti dal codice civile agli artt. 1321-1325, sarà possibile, nell'opinione della maggioranza degli autori, applicare tale disciplina, previa necessaria identificazione delle parti.

Taluni si sono spinti fino a ritenere che il 2° comma introduca nell'ordinamento italiano un nuovo *genus* contrattuale⁽³²⁾, mentre altri sottolineano che l'idoneità a rappresentare un tale rapporto giuridico sia da restringersi a ipotesi "di contratto dalla struttura basilare"⁽³³⁾. In attesa di necessarie evoluzioni legislative, in particolar modo con riferimento alle necessarie integrazioni demandate all'AgID, non possono tuttavia non essere riportate ulteriori comprensibili perplessità della dottrina riguardo le intenzioni del legislatore, posizioni che esprimono dubbi circa «l'opportunità di introdurre nell'ordinamento un'altra specie contrattuale accanto a quella codicistica, piuttosto che costruire un sistema di rimedi come risposta ai bisogni di tutela nascenti dalle nuove relazioni (esecuzione di clausole vaghe; difficoltà di interrompere l'esecuzione del codice; esercizio dei diritti nascenti dal Regolamento Generale della Protezione dei dati; responsabilità nell'adempimento a causa di errori nel codice informatico; diritto alla cancellazione dei dati; esecuzione di provvedimenti giudiziari di sequestro del bene o inibitori) condizionate nel loro esplicarsi da "vincoli" tecnologici voluti e accettati dalle parti»⁽³⁴⁾.

3.5. Il 3° comma si occupa di una questione inerente a una caratteristica peculiare dell'architettura blockchain: la validazione temporale. «La memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso di tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica di cui all'articolo 41 del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23

⁽³²⁾ Opinione espressa in: D. CARBONI, M. SIMBULA, *Blockchain e smart contract: le debolezze della nuova regolamentazione italiana*, in *AgendaDigitale.eu*, Network Digital 360, 30 gennaio 2019.

⁽³³⁾ A tale proposito: M. MANENTE, *L. 12/2019 – smart contract e tecnologie basate su registri distribuiti - prime note*, Consiglio Nazionale del Notariato – Area Informatica, in *Studio 1-2019 DI del marzo 2019* – Approvato dalla Commissione Informatica il 4 aprile 2019.

⁽³⁴⁾ In questo senso: M. GIULIANO, *Blockchain, i rischi del tentativo italiano di regolamentazione*, cit.

luglio 2014». Per validazione temporale elettronica, secondo la definizione dell'art. 3, par. 1, n. 33 del reg. eIDAS deve intendersi quel procedimento tecnico che consente di accostare data e ora a dati in forma elettronica ad opera di altri dati in forma elettronica, in modo tale da dare evidenza con sufficiente certezza ed opponibilità ai terzi del momento genetico di formazione di un documento. Nota anche come marcatura temporale o *timestamping*, essa viene normalmente effettuata mediante funzioni di *hash* in grado di generare un'impronta digitale univoca dei dati da validare. *Hash e timestamp* costituiscono due elementi ricorrenti nel mondo delle DLT, per cui il riferimento all'art. 41 eIDAS⁽³⁵⁾ appare in questo caso opportuno vista l'idoneità della tecnologia ad aprirsi a svariate possibilità d'impiego.

Alcuni autori evidenziano tuttavia come non risulti del tutto chiaro se il legislatore abbia voluto riferirsi alla *validazione temporale elettronica qualificata*, avendo richiamato solo l'art. 41 del Regolamento eIDAS e non l'articolo 3, par. 1, n. 33 e 34, in cui vengono definite, rispettivamente, la validazione temporale elettronica e la validazione temporale elettronica qualificata⁽³⁶⁾.

Differenza a dire il vero non di poco conto, in quanto quest'ultima gode «della presunzione di accuratezza della data e dell'ora che indica e di integrità dei dati ai quali tale data e ora sono associate», mentre la prima lascia ben più spazio alla libera valutazione del giudice. Presumibilmente, l'assenza di un riferimento specifico può essere vista come una volontà di indicare entrambe le forme: in mancanza dei requisiti di cui all'art. 42 del regolamento (e del rispetto degli standard tecnici fissati da AgID), si tratterà pertanto di validazione elettronica non qualificata. In sostanza, il risultato ottenuto attraverso tale norma è l'equiparazione della certificazione mediante blockchain alle forme preesistenti, rappresentando la base per far sì che quanto registrato sulla catena possa acquisire valore probatorio senza ulteriori adempimenti, pur

⁽³⁵⁾ eIDAS, art. 41: Effetti giuridici della validazione temporale elettronica, 1° comma: Alla validazione temporanea elettronica non possono essere negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica o perché non soddisfa i requisiti della validazione temporanea elettronica qualificata.

⁽³⁶⁾ Sul punto: C. BOMPRESZI, *Commento in materia di Blockchain e Smart contract alla luce del nuovo Decreto Semplificazioni*, in *Dir. mercato e tecnologia*, 27 febbraio 2019.

permanendo dubbi circa la necessità di attendere la pubblicazione di standard specifici per le DLT (come richiesto dal comma successivo), in luogo delle norme tecniche riguardanti la validazione temporale già esistenti e compatibili.

3.6. Il quarto comma, disposizione di chiusura della *Normativa italiana DLT*, rappresenta forse uno degli aspetti più controversi di tale intervento legislativo. Quest'ultimo infatti dispone: «Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, l'Agenzia per l'Italia digitale individua gli standard tecnici che le tecnologie basate su registri distribuiti debbono possedere ai fini della produzione degli effetti di cui al comma 3».

Il legislatore nazionale pare aver fatto un passo indietro, spogliandosi del proprio potere normativo e trasferendo all'Agenzia per l'Italia Digitale importanti e delicati compiti anche di natura politico-legislativa senza peraltro fornire specifici criteri di riferimento⁽³⁷⁾. In particolare, l'AgID è un'Agenzia tecnica della Presidenza del Consiglio istituita con d.lgs. 22 giugno 2012, n. 83, organo amministrativo avente il compito di contribuire alla diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nella pubblica amministrazione, favorendo l'innovazione e la crescita economica⁽³⁸⁾. Sebbene il termine previsto dalla disposizione sia scaduto ormai a maggio 2019, nel momento in cui si scrive (settembre 2020) non sono pervenute al pubblico le linee guida necessarie non solo a chiarire, bensì a rendere effettiva l'entrata in vigore della norma.

Questa scelta del legislatore è apparsa subito alquanto dubbia nell'opinione di vari osservatori, i quali evidenziano una serie di perplessità in riferimento alla tecnica legale di attribuire l'ottemperanza di una (necessaria) integrazione di una disposizione primaria mediante una fonte di fatto secondaria recante delle norme di natura tecnica⁽³⁹⁾. Da molte parti viene fatto

⁽³⁷⁾ R. BATTAGLINI, *La normativa italiana sugli smart contract*, cit., p. 384.

⁽³⁸⁾ Fonte: *Chi siamo*, AgID, agid.gov.it.

⁽³⁹⁾ Opinione espressa in: D. CARBONI, M. SIMBULA, *Blockchain e smart contract: le debolezze della nuova regolamentazione italiana*, cit.

riferimento alla necessità di una “norma primaria” ben più completa, un nuovo (ed auspicabile) ritorno del legislatore sulla materia in tempi brevi.

4. Da questa analisi appaiono evidenti i virtuosi intenti che hanno spinto il legislatore italiano ad agire, tra i primi a livello europeo, per la normazione di tale tecnologia e sue applicazioni in vista di una probabile diffusione nel breve futuro, dimostrando attenzione verso l’impatto che queste potranno avere nel mondo delle relazioni socio-economiche. Non solo il legislatore nazionale, ma anche varie iniziative regionali nelle materie di propria competenza, in particolar modo il settore agroalimentare, testimoniano il crescente interesse verso il nuovo ambito tecno-legale⁽⁴⁰⁾. Il legislatore italiano, dunque, si è dimostrato attento, tempestivo e sensibile rispetto a questa tematica, che richiede una nuova e diversa centralità dell’ambito giuridico. Il tentativo di costruire una cornice normativa, nonché la predisposizione di approcci definitivi al fine di evitare la necessità di sforzi ermeneutici da parte dei fruitori ed addetti ai lavori, operatori economici, giuridici e pubblica amministrazione appare lodevole. L’intenzione manifestata dal legislatore è stata chiaramente sospinta dalla volontà di stimolare l’innovazione e rendere il territorio italiano “*blockchain-friendly*”, definendo DLT e smart contract e prevedendo precisi effetti giuridici, cercando di evitare valutazioni discrezionali in favore della certezza giuridica⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ Ne sono testimonianza la l.r. 2 marzo 2020, n. 3 della Regione Campania, rubricata “Sviluppo ed attuazione di un sistema di tracciabilità e rintracciabilità dei prodotti della filiera agroalimentare ed ittica in Campania attraverso un sistema di gestione dei dati in blockchain”, in *regione.campania.it*, nonché una serie di proposte di legge analoghe registrate in Lombardia, Sardegna e Lazio. La Regione Lombardia si è inoltre ulteriormente mossa attraverso una serie di finanziamenti e progetti pilota finalizzati a sperimentare le utilità della blockchain in vista di una sua più larga adozione. Sul punto: G. TORCHIANI, *Il Consiglio regionale della Lombardia impegna la Giunta a sperimentare la Blockchain*, in *Blockchain4innovation*, 14 febbraio 2021, reperibile all’indirizzo: *blockchain4innovation.it*. Fonte: *Scheda informativa Blockchain e le applicazioni in Regione Lombardia*, Regione Lombardia, *regione.lombardia.it*.

⁽⁴¹⁾ Opinione espressa in: C. BOMPRESZI, *Commento in materia di Blockchain e Smart contract alla luce del nuovo Decreto Semplificazioni*, cit.

Tuttavia, è allo stesso tempo evidente che cercare di regolare tali fenomeni complessi, in continua trasformazione ed in una fase poco più che prototipale del loro sviluppo in un solo articolo pone molti dubbi e perplessità negli interpreti. Anche la scelta dello strumento normativo nell'ambito di una decretazione d'urgenza non omogenea come il Decreto Semplificazioni, escludendo qualsiasi tipo di raccordo con il Codice Civile ed altre norme inerenti come il reg. UE n. 910/2014 (eIDAS) ed il Codice dell'Amministrazione Digitale, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, pare essere dettata più da esigenze come la celerità piuttosto che voler fornire una disciplina organica ed armonica nei confronti di un fenomeno articolato e sfaccettato, necessitante altresì di particolari accorgimenti tecnici⁽⁴²⁾.

È per questa serie di ragioni che purtroppo la normativa, dalle pregevoli intenzioni, appare obiettivamente criticabile, frettolosa, lacunosa, ambigua e per certi versi timida, come sottolineato da dottrina pressoché unanime. Il rischio dell'introduzione di una norma così breve e categorizzante è quello di risultare una disciplina inutilizzabile se non dannosa, necessitante di significativi interventi di miglioramento. In particolare, l'analisi dei profili critici può essere riassunta in tre punti fondamentali: «*l'imprecisione delle definizioni; la superfluità di alcune norme a fronte dell'applicabilità del regime giuridico attuale; il rischio di frenare, piuttosto che accompagnare, lo sviluppo delle applicazioni che adottano tali tecnologie*»⁽⁴³⁾. Sarebbe tuttavia ingiusto escludere l'Italia, nonostante le succitate difficoltà, dal novero dei Paesi maggiormente meritevoli di attenzione riguardo la legislazione in un ambito così nuovo e vasto. Oltre alla partecipazione ai lavori in seno alle istituzioni europee, come la *EU Blockchain Partnership*, della quale ha ottenuto la presidenza annuale sino a luglio 2020⁽⁴⁴⁾, sono stati messi in campo una serie di studi e progetti volti a valorizzare e regolamentare i settori della "tecnologia innovativa", a partire dall'introduzione da parte dell'AgID della c.d. *Task Force LA*, gruppo costi-

⁽⁴²⁾ R. BATTAGLINI, *La normativa italiana sugli smart contract*, cit., p. 376.

⁽⁴³⁾ C. BOMPRESZI, *Commento in materia di Blockchain e Smart contract alla luce del nuovo Decreto Semplificazioni*, cit.

⁽⁴⁴⁾ Fonte: *EU Blockchain Partnership: l'Italia ottiene la Presidenza per un anno*, Ministero dello Sviluppo Economico, in *mise.gov.it*.

tuito da profili multidisciplinari, tra giuristi, informatici, dirigenti d'azienda e accademici, che ha presentato il c.d. *Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale*⁽⁴⁵⁾, fino ad arrivare alla recente consultazione pubblica tenutasi tra il 18 ed il 20 luglio 2020 riguardo il documento “*Strategia italiana per la Blockchain e i registri distribuiti*”, realizzato con il contributo di un gruppo di trenta esperti selezionati dal Ministero dello Sviluppo Economico⁽⁴⁶⁾, dove vengono approfondite *policy e strumenti sui temi connessi allo sviluppo e all'adozione di tecnologie per blockchain e registri distribuiti in modo da favorirne l'applicazione per imprese, pubblica amministrazione e cittadini*, con annessa l'istituzione di un apposito fondo collegato al programma Industria 4.0⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ Gruppo costituito nel 2017 dall'AgID al fine di redigere un primo studio relativo agli impatti dell'Intelligenza artificiale sull'evoluzione dei servizi pubblici. L'esperienza si è conclusa nel 2018 con la pubblicazione del Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio dei cittadini presentato a Roma il 21 marzo. Conclusa l'esperienza della Task force IA, l'AgID ha continuato ad approfondire gli impatti dell'IA sulla Pubblica amministrazione partecipando a tavoli di lavoro nazionali e internazionali. Nel 2019 ha contribuito alla stesura delle Proposte per una Strategia nazionale sull'Intelligenza Artificiale, elaborata dal Gruppo di esperti istituito presso il Mise. Per maggiori approfondimenti sul documento e sui membri del gruppo: *Task Force IA*, AgID, in ia.italia.it.

⁽⁴⁶⁾ Tali proposte, mirano a raggiungere i seguenti obiettivi: dotare l'Italia di un quadro regolamentare competitivo nei confronti degli altri paesi; incrementare gli investimenti, pubblici e privati, nella Blockchain/DLT e nelle tecnologie correlate (i.e. IoT, 5G); proporre campi applicativi della tecnologia al fine di indirizzare correttamente i possibili investimenti, in coerenza con i settori chiave dell'economia Italiana; migliorare efficienza ed efficacia nell'interazione con la pubblica amministrazione tramite l'adozione del principio Once-Only e della decentralizzazione; favorire la cooperazione europea ed internazionale tramite adozione della comune infrastruttura europea da parte dell'EBSI (European Blockchain Systems Infrastructure); utilizzare la tecnologia per favorire la transizione verso modelli di economia circolare, in linea con l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile; promuovere l'informazione e la consapevolezza della Blockchain/DLT tra i cittadini. Fonte: *Blockchain - Membri del Gruppo di esperti*, Ministero dello Sviluppo Economico consultabile all'indirizzo: mise.gov.it.

⁽⁴⁷⁾ Istituito nello stato di previsione del Ministero dello Sviluppo Economico (MISE) un Fondo ad hoc, con una dotazione di 15 milioni di euro per ciascuno degli anni 2019, 2020 e 2021, con lo scopo di perseguire obiettivi di politica economica ed industriale, connessi anche al programma Industria 4.0, e di accrescere la competitività e la produttività del sistema economico.

È la prova che qualcosa si sta muovendo e che una linea è stata tracciata⁽⁴⁸⁾. A confermare questi segnali vi è anche un recentissimo report realizzato dall'OCSE e pubblicato il 10 settembre 2020, nel quale si fa il punto della situazione italiana rispetto alla competitività nel mercato blockchain e dove viene analizzato il recente quadro normativo nella prospettiva della futura politica pubblica⁽⁴⁹⁾.

Nell'ambito delle valute virtuali, inoltre l'Italia può vantare un primato: con il d.lgs. n. 90/2017 sull'antiriciclaggio, infatti, il legislatore è intervenuto efficacemente ed in anticipo rispetto a quello europeo, assoggettando i cambiavalute al rispetto degli obblighi antiriciclaggio⁽⁵⁰⁾. Ne è la prova che attraverso un lavoro concreto, interdisciplinare e competente l'Italia può dotarsi in tempi ragionevoli di una disciplina utile ed efficace a regolare e ad usufruire delle utilità di queste innovazioni tecnologiche contenendone i potenziali rischi. Da qui dunque l'auspicio che l'art. 8-ter del Decreto Semplificazioni possa rappresentare solo il primo passo di un processo volto a consegnare al Paese una regolamentazione coerente e ragionata, aperta all'introduzione di nuove tecnologie ma necessariamente attenta e rivolta alla tutela dei diritti. Su questa scia si stanno muovendo anche Stati come Francia e Germania, al pari delle maggiori potenze mondiali, seppure vale la pena ancora una volta di ribadire, come anche palesato nella Risoluzione del Parlamento euro-

⁽⁴⁸⁾ A sottolineare l'importanza di tali iniziative vi sono le dichiarazioni di importanti rappresentanti delle istituzioni. «L'obiettivo – come indicato dall'allora Ministro Patuanelli – è quello di supportare e favorire la transizione digitale del sistema produttivo e di far diventare l'Italia un Paese europeo all'avanguardia nelle tecnologie emergenti», dichiara il Sottosegretario Mirella Liuzzi. «La stesura della strategia per la Blockchain e i registri distribuiti – aggiunge – è un passo importante affinché questa tecnologia diventi centrale, così come per l'Intelligenza artificiale, per lo sviluppo economico e sociale del Paese, oltre a costituire il contributo italiano ad un'azione sinergica tra i paesi membri della Ue». Come riportato da M. FIORDALISI, *Blockchain, che fine hanno fatto le linee guida Agid?*, in *AgendaDigitale.eu*, Network Digital 360, 18 giugno 2020.

⁽⁴⁹⁾ Il report è intitolato “*Blockchain per startup e Pmi in Italia?*”. Frutto di più di un anno di lavoro, fornisce un quadro molto dettagliato reperibile integralmente all'indirizzo: d110erj175o600.cloudfront.net.

⁽⁵⁰⁾ L'Unione europea è intervenuta poi con la direttiva 2018/843, detta V Direttiva AML, estendendo i medesimi obblighi anche ai prestatori di servizi di portafoglio digitale.

peo del 3 ottobre 2018, l'importanza dell'adozione di un approccio globale, transnazionale ed interdisciplinare nella definizione delle norme giuridiche in una materia così giovane e complessa. Improvvisi passi in avanti, soprattutto se non adeguatamente accompagnati dall'armonizzazione con il panorama giuridico europeo ed italiano vigente, rischiano di produrre risultati insperati o non significativi.

Recensione a D. FIORDALISI, Abuso del diritto altrui. Una figura formale di qualificazione giuridica, Giappichelli, Torino, 2020

[OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA^(*)]

È ancora valido l'antico broccardo *qui iure suo utitur neminem laedit*⁽¹⁾?

La letteratura moderna tende a dare, in modo pressoché unanime, una risposta negativa, non rinunciando a individuare una tautologia⁽²⁾ o, addirittura, una contraddizione intrinseca⁽³⁾ allo stesso adagio, giacché, almeno *prima facie*, chi esercita una situazione giuridica soggettiva, conformemente alla norma attributiva, non può certo farlo *non iure*. In questa direzione, si è avuto modo di affermare che l'abuso del diritto sarebbe un "assurdo", perché «[...] se esiste un diritto, il suo uso è sempre lecito, e se il diritto non esiste si ha un comportamento antigiuridico»⁽⁴⁾.

Ebbene, se può individuarsi un filo comune nella coerente, argomentata e colta riflessione del volume del nostro A., essa può ravvisarsi in ciò, che egli mira a sciogliere l'accennata aporia portando il discorso alle sue conseguenze estreme: invero, a tal punto è inesauriva la configurazione dell'abuso del diritto quale situazione giuridica *propria*, che esso non può che essere riguardato come abuso del diritto *altrui*. Formula paradossale, certo, come ha a riconoscere lo stesso A., ma che aspira coraggiosamente a dipanare il rovello segnando una linea di rottura rispetto all'impostazione tradizionale.

Più esplicitamente, non vi sarebbe più necessità di configurare artificiosi

^(*) Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

⁽¹⁾ Sulle origini della formula si può vedere G. GROSSO, *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 161 ss.

⁽²⁾ G. GROSSO, *Abuso del diritto (diritto romano)*, cit., p. 162; invero, la massima «[...] potrebbe essere anche invertit[a], nel senso che chi *neminem laedit* resta nel suo diritto».

⁽³⁾ G. GROSSO, *Abuso del diritto (diritto romano)*, loc. cit.

⁽⁴⁾ U. GUALAZZINI, *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 163 ss.

sviamenti dall'interesse del soggetto agente, perché l'abuso registra una carica (pericoloso-)dannosa tale da identificarlo nell'*iniuria*, sicché – sempre in chiave aforistica – verrebbe quasi da dire che coglieva più nel segno il *summum ius, summa iniuria*.

L'A., dimostrando sapiente uso degli'impanti categoriali consegnatici dalla tradizione, fa capo non solo al diritto dell'*abusante*, ma anche a quello dell'*abusato*; dalla loro interrelazione, ricava, quindi, un'ulteriore figura, e cioè il dovere giuridico di tutelare il diritto altrui, valorizzando una relazione biunivoca che non è esente da riscontri anche nelle fonti internazionali (v. l'art. 54 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: c.d. Carta di Nizza).

A questa qualificazione dogmatica per così dire “soggettiva” dell'abuso fa da contraltare una ricostruzione in termini “oggettivi” parimenti persuasiva, che muove dalla duplicazione delle “fattispecie” implicate dal fenomeno abusivo, e che contribuisce a sciogliere l'apparente antinomia già segnalata in principio.

Da un lato, infatti, si ha la fattispecie “parziale”, che, riguardata isolatamente, non denuncia alcuno iato tra l'esercizio del diritto e la norma attributiva, in guisa che ancora non può parlarsi, propriamente, d'abuso; dall'altro v'è però la fattispecie “completa”, la quale, consentendo per l'appunto una valutazione olistica del contegno del soggetto agente, registra la lesione (o, come detto, la messa in pericolo) del diritto altrui, identificando – ora sì – il *proprium* dell'abusività.

“Contegno” – si è detto – poiché non è il diritto in sé a recar danno, ma le sproporzionate e *lato sensu* ingiuste modalità d'esercizio delle facoltà e dei poteri ch'esso incorpora.

Ne deriva una distorsione della dinamica relazionale – e, d'altronde, di vero e proprio “rapporto giuridico” discorre l'A. – sostanziandosi nella violazione di un “dovere”, le cui matrici assiologiche vengono rintracciate nei canoni di solidarietà (art. 2 Cost.) ed eguaglianza (art. 3 Cost.) cristallizzati nella Carta fondamentale.

La moltiplicazione concettuale scema ove si consideri che tale “dovere” non sta a sé, ma si atteggia a “limite esterno” del diritto, contribuendo, per

l'appunto, a *de-finirlo* nelle sue concrete possibilità d'esercizio; ad un tempo, ne presidia un esercizio lineare, apprestando le sanzioni in caso d'inosseranza del dovere medesimo.

Non solo. Il dovere assolve, come ora detto, una funzione *de-limitativa* del diritto, ma le stesse azioni adempitive del dovere si colorano in chiave specificativa, perché solo dall'interazione tra il diritto e il dovere, le radici valoriali di quest'ultimo perdono quella genericità che, inevitabilmente, lo connotavano *ab initio*. Questa finalità "conformativa" consente al soggetto di sapere con certezza i confini entro i quali egli può *agere* e, d'altro canto, circoscrive la discrezionalità giudiziale nel sindacare la liceità e la meritevolezza del suo comportamento.

Tornando alla nozione di "fattispecie completa", essa consente d'illuminare il profilo *funzionale* dell'abuso. Al riguardo, non ci pare superfluo rimarcare come l'art. 7 del Progetto ministeriale del Libro I del Codice Civile recitasse che "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è conferito". Come noto, la disposizione non trovò spazio nella nuova codificazione, la quale preferì declinare il concetto in chiave applicativa, consegnando all'art. 833 c.c. il divieto d'atti emulativi⁽⁵⁾. Ebbene, di là dall'opportunità di codificare in una norma precettiva un principio di carattere così generale⁽⁶⁾, quella formulazione si rilevava inadeguata anche sotto altro profilo, giacché non è il concetto di "scopo" ad identificare la peculiarità del fenomeno abusivo, bensì quello di "funzione"⁽⁷⁾. La riprova può essere cercata nel citato divieto d'atti emulativi, in quanto essi si risolvono, a ben vedere, in un esercizio

⁽⁵⁾ Sul punto, ci permettiamo di rinviare anche a O.T. SCOZZAFAVA, *Degli atti emulativi*, in C. CICERO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Liber amicorum per Bruno Troisi*, II, Napoli, 2017, p. 1171 ss.

⁽⁶⁾ Così anche SALV. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, cit., p. 166 ss., spec. p. 166.

⁽⁷⁾ Conf., nuovamente, SALV. ROMANO, *Abuso del diritto*, cit., p. 167: «[...] il criterio dello scopo non si presenta costruttivo. Piuttosto sembra conducente quello della funzione, considerata nel necessario rapporto di corrispondenza tra il potere di autonomia conferito al soggetto e l'atto di esercizio di questo potere».

dei diritti domenicali contrario alla funzione “sociale” ad essi coesistente (arg. *ex art.* 42, comma 2°, Cost.)⁽⁸⁾.

Che l'abuso si risolva in un esercizio *contro-funzionale* dei diritti soggettivi è ben avvertito anche dall'A., il quale ricava tale conclusione, per l'appunto, proprio dalla norma affidata all'art. 833 c.c. e, inoltre, ne esclude gli esiti applicativi con riguardo ai cc.dd. “diritti-funzione”, i quali, invero, non si prestano ad essere incasellati nella dicotomia “fattispecie parziale/completa”, proprio perché la componente teleologica ne innerva l'ossatura essenziale.

Con terminologia ricercata, ma efficace, questa qualificazione prende – nell'impostazione dell'A. – il nome di “genotipo”, il quale viene poi specificandosi in una serie di “fenotipi”, dal citato divieto in tema di proprietà fino all'abuso tributario. A tal proposito, il testo è attraversato da uno spirito di multidisciplinarietà che – forte dell'esperienza maturata dall'A. nell'esercizio dell'ufficio magistratuale – travalica gli steccati che separano le varie materie giuridiche, spaziando dalla materia tributaria fino a quella penale (con puntuali riferimenti, ad es., agli artt. 51, 87 e 324 c.p.).

Insomma, l'A. offre alla cultura giuridica un volume denso, che iscrive entro una trama concettuale limpida un tema attualissimo, qual è quello dell'abuso, additato quale «figura formale di qualificazione giuridica». “Formale” – si badi – e non “formalistica”, perché l'analisi è svolta con costante attenzione al profilo “funzionale” dei fenomeni giuridici considerati.

⁽⁸⁾ In tema si può vedere O.T. SCOZZAFAVA, *Aspetti problematici del concetto di proprietà costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 766. (ora in *ID.*, *Studi sulla proprietà*, Torino, 2014, p. 133 ss.).

In memory of Marco Comporti (Antonio Palazzo)

Issue 2020 of Review “Diritto e Processo” in memory of Marco Comporti (Siena, 1932, 22th June – 2020, 21th August), University professor, lawyer, jurist, writer, mentor and friend.

Marco Comporti è stato uno dei più importanti studiosi del diritto civile italiano. Autore di numerosi lavori monografici, saggi, voci enciclopediche ed articoli, ha insegnato in vari Atenei italiani, tra i quali Cagliari, Camerino e Siena, ove ha insegnato Istituzioni di diritto privato dal 1969 al 2008. È stato altresì titolare di altri insegnamenti tra cui Diritto agrario, Diritto civile, Diritto processuale civile e Diritto privato comparato. Per oltre un decennio è stato Direttore dell’Istituto di diritto privato e tra gli anni ottanta e novanta Direttore dell’Istituto di diritto privato e processuale. Avvocato cassazionista dal 1971, la sua attività si è svolta prevalentemente nei settori del diritto civile, agrario, del lavoro, del diritto amministrativo e tributario. Ha volto incarichi in numerosi enti, tra i quali la Società di Esecutori di Pie Disposizioni in Siena, nella quale ha ricoperto la carica di Avvocato generale. È stato consigliere di amministrazione in importanti istituzioni bancarie, oltre che consulente legale del Consorzio per la Tutela del Palio e del Magistrato delle Contrade di Siena. Ha ricoperto anche la carica di Vicepresidente dell’Accademia Chigiana. Nel 2005 ha ricevuto il massimo riconoscimento della città di Siena con l’attribuzione del premio Mangia d’Oro. Sin dalla sua fondazione (2001) è stato membro dello *Scientific Board* di questa *Rivista*.

I suoi fondamentali contributi spaziano dalla teoria generale del diritto, dalla responsabilità, alla proprietà e ai diritti reali, alla famiglia, ai contratti, al diritto agrario. Tra i tanti significativi saggi scientifici vogliamo in questa sede richiamare, a partire dal celebre *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, Giuffrè, 1977, i più recenti: *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 8, II, 2^a ed., Torino, 2002, pp. 175-280; *Funzione sociale e potere di disposizione*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale*, III, *Iniziativa economica e impresa*, Napoli, ESI, 2007, pp. 133-144; *Fatti illeciti. Le responsabilità oggettive. Artt. 2049-2053*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2009; *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, Giuffrè, 2011; *Fatti illeciti. Le responsabilità presunte. Artt. 2044-2048*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2012.

In memory of Cesare Massimo Bianca (Antonio Palazzo)

Issue 2020 of Review “Diritto e Processo” in memory of Cesare Massimo Bianca (Catania, 1932, 19th April – Roma, 2020, 7th September), University professor, lawyer, jurist, writer, mentor and friend.

Cesare Massimo Bianca è stato uno dei più insigni studiosi del diritto civile italiano. Autore di numerosi lavori monografici, saggi, voci enciclopediche ed articoli, divenne libero docente di Diritto civile nel 1958. Titolare di insegnamento dal 1959 al 1961 all’Università di Ferrara, dal 1961 al 1974 ha avuto la titolarità delle cattedre di Diritto privato e Diritto civile nell’Università di Catania. Dal 1974 è stato titolare della cattedra di Diritto civile nell’Università La Sapienza di Roma e dal 2006 incaricato di Diritto civile alla Lumsa di Roma. Membro effettivo dell’Accademia dei Giusprivatisti Europei, nel 2002 è stato nominato professore onorario dell’Università peruviana di Lima e Professore Honoris Causa dell’Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Membro della Commissione per l’accesso agli archivi storici e socio fondatore della Society of contract law (Secola), è stato condirettore della Rivista di diritto civile, della Giustizia civile e de Le nuove Leggi civili commentate. Avvocato cassazionista, è stato Presidente della Commissione governativa per lo studio e l’approfondimento di questioni giuridiche sulla famiglia in vista dell’elaborazione di proposte di modifica alla disciplina, oltre che Presidente del Centro Interdipartimentale di Studi per la Tutela del minore.

I suoi fondamentali contributi spaziano in tutto il campo del diritto civile. Tra i tanti significativi saggi più recenti vogliamo in questa sede richiamare: *Diritto civile*, I. *La norma giuridica – I soggetti*, II.1 *La famiglia*, II.2 *Le successioni*, III. *Il contratto*, IV. *L’obbligazione*, V. *La responsabilità*, VI. *La proprietà*, VII. *Le garanzie reali – La prescrizione*, Milano, Giuffrè; *Indicazione di pagamento*, in *Enc. giur., Agg.*, VII, Treccani, Roma, 1999; i suoi numerosi scritti non monografici sono raccolti nei volumi *Realtà sociale ed effettività della norma – Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2002.

Focus and Scope

The Review publishes original papers covering a large array of topics in Law, general theory of Law and multidisciplinary studies i.e. ethic issue, legal aspect of technology etc.

The Review aims to provide also a forum which facilitates the development of the legal aspects – especially in any field of private law is welcomed – of the scientific research and innovation, at European and International levels.

Particular attention will be paid on the rights, obligations and the legal relationships arising from the research and innovation activities, as well as on the contracts to carry out the scientific researches and to exploit the results either in academic, market contexts and human rights.

The Review will study the legal discipline of the European and National policies and of the legal instruments to implement them, especially the funding programmes and Human rights.

Publication Frequency

Published one times a year.

During the year will be published special number on specific issue.

Open Access Policy

The Review provides immediate open access to its content on the principle that making research freely available to the public supports a greater global exchange of knowledge.

The Review provides open access to all of its content on the principle that making research freely available to the public supports a greater global exchange of knowledge.

The Review is Digital Object Identifier (DOI).

About the Journal

The Review offers authors the possibility to have their papers accepted in less than three months. The undertaking by the Editorial board to provide a decision within ten weeks from the submission date is motivated by the awareness that, in any field, research activity is characterized by an increasingly rapid circulation of ideas and scientific outcomes. It entails research findings to be published before becoming out-of-date, and hence of minor interest for policy guidance. Clearly, it cannot occur at the cost of a low-quality process of reviewing; for this reason, a direct assessment of the content of the papers, as well as a tight control on the overall reviewing process, is guaranteed by the Editorial board.

A preliminary selection might be done by the Editorial Board in order to assess the correspondence of the paper's content with the aims of the Review. This type of response, that does not necessarily imply a negative evaluation of the quality of the work, is finalized to avoid a lengthier procedure for papers with a low probability to be published. Authors have the opportunity to review corrections before publication, provided the articles are submitted to the editors in a timely manner.

Peer Review Process

Manuscripts are reviewed in an unbiased manner, receiving prompt attention by the editorial office and its referees. After a preliminary assessment of the suitability of the paper by the Editor, any paper will follow a double-blinded peer review process. The goal of the Editorial office is of providing the referees' reports, and the final decision by the Editor, within ten weeks since submission.

The whole process will be handled by the Managing Editor, to whom all inquiries should be addressed.

In order to ensure full anonymity of the refereeing process, authors are asked to write papers in a way to keep their identity from referees (refraining in particular from citing forthcoming or working papers or self-citation; references to these papers that are deemed necessary can be added in the final version, after acceptance). Referees are asked to provide reports hiding their own identity.

Submission

Technical Requirements

Submission is electronic only saved in MS Word (any version) format. At the initial stage no formatting effort is required.

Text must be saved in a simple format, without automatic hyphenation, automatic indexing of section headings, with a consistent script, with an unjustified right margin and NO activated hyperlinks or other macros.

Authors of accepted papers will be required to sign a Copyright Transfer Agreement (CTA), supplied by the Editorial office.

The paper Authors must submit their texts as an email attachment to: redazione@rivistadirittoeprocesso.eu; mmunive@eld.edu.mx; alvarez.mario@itesm.mx; stefania.stefanelli@unipg.it; valentina.colcelli@progetti.unipg.it; roberto.cippitani@unipg.it.

Author Guidelines

Submitted manuscripts should have an original content, and should not be published or under consideration for publication elsewhere. Although no maximum length of the papers is imposed, Author(s) are invited to write as concisely as possible.

The submitted file (no in pdf format) should be anonymous, double spaced and should include the title of the paper, an abstract of no more than 150 words, 3 to 4 keyword.

Fonts (Garamond or the closest comparable font available)

Main Body – 12 pt.

Summary – 9 pt.

English Abstract have to be always present – 10 pt. (limit characters: min 300, max 600)

No Tables, graphs & figures

Footnote – 10 pt.

References

Citation in text

Please ensure that every reference cited in the text is also present in the reference list (and vice versa). Any references cited in the abstract must be given in full. Unpublished results and personal communications are not recommended in the reference list, but may be mentioned in the text. If these references are included in the reference list they should follow the standard reference style of the journal and should include a substitution of the publication date with either 'Unpublished results' or 'Personal communication'. Citation of a reference as 'in press' implies that the item has been accepted for publication.

Web references

As a minimum, the full URL should be given and the date when the reference was last accessed. Any further information, if known (DOI, author names, dates, reference to a source publication, etc.), should also be given. Web references can be listed separately (e.g., after the reference list) under a different heading if desired, or can be included in the reference list.

Reference style

AUTHORS SURNAME (SMALLS CAPITALS), Title (*Italic*), City and year of publication, pages.

Examples:

Reference to a book: A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, p. 100.

Reference to a chapter in an edited book: A. SASSI, *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI e F. SCAGLIONE, *Permanenze nell'interpretazione civile*, Perugia-Roma, 2008, p. 117.

Reference to a journal publication: L. AZZENA, *Il giudice comunitario e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 613 ss.

Copyright Notice

As further described in our submission agreement, in consideration for publication of the article, the authors assign to the University of Perugia all copyright in the article, subject to the expansive personal-use exceptions described below. Attribution and Usage Policies Reproduction, posting, transmission or other distribution or use of the article or any material therein, in any medium as permitted by a personal-use exemption or by written agreement of the University of Perugia, requires credit to University of Perugia as copyright holder (e.g., University of Perugia © 2011).

Privacy Statement

The names and email addresses entered in this journal site will be used exclusively for the stated purposes of this journal and will not be made available for any other purpose or to any other party.



Pubblicazioni:

1. GIOACCHINO SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Antonio Palazzo, t. I e II, 2002, pp. VIII-1318.

Monografie:

1. ANDREA SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, 2006 (rist. 2011), p. 408.
2. FRANCESCO SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, 2007, p. 312.
3. MARIA CHIARA BISACCI, *L'esercizio abusivo di una professione. Profili penali*, 2007, p. 288.
4. MIRCA SACCHI, *Comodato di scopo e gratuità strumentale*, 2007, p. 320.
5. FRANCESCO REALI, *Separazioni di fatto e interruzioni della convivenza*, 2007, p. 400.
6. ROBERTO PRELATI, *Revocatoria e intento negoziale*, 2008, p. 272.
7. PAOLO CERQUETTI, *Le regole dell'interpretazione tra forma e contenuto del contratto*, 2008, p. 318.
8. ROBERTO CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, 2010, p. 462.
9. VALENTINA COLCELLI, *Diritti ed interessi tra diritto interno ed Unione Europea*, 2010, p. 212.
10. ALESSIA VALONGO, *Il concepito come soggetto dell'ordinamento*, 2011, p. 250.
11. SALVATORE MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, 2011, p. 672.
12. STEFANIA STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, 2011, p. 354.
13. VALENTINA COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, 2011, p. 448.
14. GIUSEPPE PALAZZOLO, *La buona fede nel sistema degli acquisti anteriori*, 2012, p. 220.
15. ROBERTO CIPPITANI, *La sovvenzione come rapporto giuridico*, 2012, p. 406.
16. ANDREA PIERINI, *Crisi finanziarie e regulation dei mercati negli Stati Uniti d'America*, 2012, p. 264.
17. DANIELE CORVI, *Frode e affidamento*, 2013, p. 298.
18. ALESSANDRO PORCELLATI PAZZAGLIA, *Equità nel mercato e tutela della concorrenza*, 2013, p. 232.
19. CARMINE LAZZARO, *La successione necessaria nella transizione verso la nuova famiglia solidale e complessa*, 2016, p. 296.

Quaderni:

1. LORENZO GALLINA, *Tutela del mercato e situazioni di abuso*, 2003, p. 64.
2. CARLO LORENZI, *Si quis a sanguinem infantem... comparaverit – Sul commercio di figli nel tardo impero*, 2003, p. 128.
3. GIUSEPPE PALAZZOLO, *Prelazione e gradimento nella riforma societaria*, 2004, p. 56.

4. ALBERTO DONATI, *Gnoseologia e doctrina interpretationis*, 2005, p. 136.
5. STEFANIA STEFANELLI, *Problema e sistema delle fondazioni bancarie*, 2005, p. 192.
6. FRANCESCO REALI, *I Contratti di credit risk monitoring. Contratti derivati, derivati di credito, securization e istituti affini*, 2005, p. 256.
7. VINCENZO PASQUA, *Concorrenza e tutela del consumatore*, 2006, p. 64.
8. STEFANIA CATANOSI, *Le fidejussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, 2007, p. 120.
9. SIMONA C. SAGNOTTI, *Retorica: delimitazione e funzioni*, 2007, p. 56.
10. FRANCESCO ZAGANELLI, *Globalizzazione e formazione del contratto*, 2008, p. 184.
11. AGUSTÍN LUNA SERRANO, *Le finzioni nel diritto*, 2008, p. 144 (prefazione di Alberto Donati).
12. ROBERTO PRELATI, *Fondamenti etici del diritto sportivo*, 2008, p. 304.
13. VALENTINA COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, 2010, p. 130.
14. ALESSANDRO PAZZAGLIA, *Il patto di famiglia*, 2011, p. 230.
15. VALENTINA COLCELLI, *Profili civilistici del mercato dei Certificati Verdi*, 2011, p. 160.

Manuali:

1. ANTONIO PALAZZO e ANDREA SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, 2007, pp. XXVI-660.
2. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI e FRANCESCO SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, 2008, pp. XVI-448.

Studi Tematici:

1. FRANCESCO DI PILLA (a cura di), *Le giornate della bioetica*, 2010, pp. XVIII-478.
2. ANDREA SASSI (a cura di), *La protezione dei soggetti deboli. Profili di integrazione e ricerca tra America Latina ed Europa*, 2011, pp. XX-468.
3. ANTONIO PALAZZO e ANDREA SASSI (a cura di), *Class Action. Una prima lettura*, 2012, pp. X-232.
4. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *Società della conoscenza e cultura dell'integrazione*, 2012, pp. XXVI-538.
5. ROBERTO CIPPITANI e STEFANIA STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, 2013, pp. VI-370.
6. JOHN ALBERTO TITO-AÑAMURO (a cura di), *La unificación del Derecho Privado en Europa y América Latina: un estudio conjunto de problemas, desafíos y proyecciones*, 2017, pp. 420

Jean Monnet Chair TeKla Studies:

1. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *El derecho en la sociedad del conocimiento*, 2012, p. 170.

Commentari:

1. GIANCARLO SAVI, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso. Contributo al primo studio della legge 20 maggio 2016 n. 76, art. 1, commi 1-35*, 2016, p. 234.

Anno 20° – 2020