



A.D. 1308
unipg
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI PERUGIA



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES

2022

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 Casseti, *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*; Juan Luis González Alcántara Carrancá, *Universidad Nacional Autónoma de México*; Nicolò Lipari, *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*; Simona C. Sagnotti, *Università di Perugia*; Umberto Santarelli, *Università di Pisa*; Claudio Sartea, *Università di Perugia*; Francesco Scaglione, *Università di Perugia*; Stefania Stefanelli, *Università di Perugia*; † Peter Stein, *University of Cambridge*; Ferdinando Treggiari, *Università di Perugia*; Andrea Trisciuoglio, *Università di Torino*; Marco Ventura, *Università di Siena, Centro per le Scienze Religiose (FSK-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 Cerni; Roberto Cippitani; Elisabetta Mazzilli; Francesco Paolo Micozzi; Vera Sciarino; Alessandro Marceca.

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

2022

Registration at the Tribunale di Perugia on 24 July 2003, no. 33
Responsabile: Antonio Palazzo

Website: www.rivistadirittoeprocesso.eu

INDEX

Articles

- 05-30 CARLO LORENZI
Tribunale domestico nel Digesto?
- 31-68 STEFANIA TUCCANI
Concetto di onestà e prevenzione della corruzione nella p.a.
- 69-106 SILVIO PIETRO CERRI
Società di fatto e interessi familiari
- 107-140 ANDREA SASSI
Il sistema successorio tra canoni costituzionali e regole europee
- 141-156 TIZIANA FRANCHIN, ROSSANA RUGGIERO
Le biobanche di ricerca pediatriche e l'esperienza dell'IRCCS Ospedale Pediatrico Bambino Gesù
- 157-188 DANIELE CHIAPPINI, SABRINA BRIZIOLI, MARINA BUFACCHI,
ELEONORA MAGNANINI, ROBERTO CIPPITANI
Landscaping living labs for collaborative research
- 189-214 KOSTANZA TOMAINO
Trattamento dati personali e ricerca scientifica
- 215-240 GIUSEPPINA LOFARO
The public-private partnership models in the implementation of strategic objectives of national recovery and resilience plan
- 241-288 MASSIMO BILLI
Nuove tecniche genomiche e OGM in agricoltura

Focus: Law and Technologies

- 289-310 ALESSANDRA LANGELLA
Aspetti etici dell'intelligenza artificiale

- 311-344 DANIELE CHIAPPINI
Intelligenza artificiale e qualificazione giuridica
- 345-366 NICOLÒ BASIGLI
Responsabilità civile e intelligenza artificiale
- 367-402 SABRINA BRIZIOLI
Diritto d'autore e openness
- 403-424 ALESSANDRO BILLI
Il trattamento di dati personali tra GDPR e tecnologie a registro distribuito
- 425-438 VINCENZO PASQUINO
Blockchain e smart contracts

Overviews

- 439-454 *Preliminare di vendita, consegna "anticipata" e comodato* (Nota a Cass., 14 giugno 2022, n. 19091) [FRANCESCO SCAGLIONE]
- 455-472 *Los movimientos disruptivos en la ética europea* [COVADONGA TORRES ASSIEGO]
- 473-483 *Spunti critici in tema di possesso* [OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA]
- 484-496 *Composizione negoziata della crisi e continuità aziendale* [MARIA VITTORIA MARTINIELLO]
- 497-512 *Contenuti online e documento digitale* [MARCO GAMBULI]

In Memoriam

- 513-514 *In memory of Rodolfo Sacco* [ANTONIO PALAZZO]
- 515-516 *In memory of Paolo Grossi* [ANTONIO PALAZZO]
- 517-518 *In memory of Giorgio Cian* [ANTONIO PALAZZO]

CARLO LORENZI^(*)

TRIBUNALE DOMESTICO NEL DIGESTO?

ABSTRACT: The activity of a ‘domestic court’ within the Roman family is a matter of debate among scholars. After a brief summary of the different opinions expressed on the topic, a passage by Ulpian introduced in the Digest by the compilers of Justinian was considered. In it, some see a reference to the operation of the *consilium domesticum*, which, however, is neither stated nor implied in the jurist’s text.

SOMMARIO: 1. Il tribunale domestico: una breve ricognizione del dibattito dottrinario. – 2. Una possibile collaborazione? – 3. Un riferimento al *consilium domesticum* nel Digesto?

1. — *Il tribunale domestico. Una breve ricognizione del dibattito dottrinario.*

Il tema del tribunale domestico⁽¹⁾ è da lungo tempo terreno di indagine e

(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ La terminologia del cd. tribunale domestico, *iudicium domesticum* / *consilium domesticum*, è generalmente impiegata in modo indifferenziato. Cfr., ad esempio, P.O. CUNEO, *s.n. Hausgericht* (*iudicium domesticum*), in *Handwörterbuch der antiken Sklaverei*, Lieferung I-II (CD-ROM), Stuttgart, 2008: «La dottrina è sempre stata divisa a proposito del valore giuridico del *consilium* o *iudicium domesticum*»; M.J. BRAVO BOSCH, *El ‘iudicium domesticum’*, in *Revista General de Derecho Romano*, 17 (RI §411085), 2011, estr. www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=411085, p. 1: «Según la doctrina dominante, el Derecho Romano contempla dentro del derecho de familia una institución denominada *iudicium domesticum*, tribunal doméstico en el que se juzga a los sometidos a la patria potestad por parte del titular de la misma [...]. También se utiliza la expresión *consilium domesticum* para referirse a este tribunal especial»; EAD., *Lucrecia y el derecho de familia en Roma*, in C. MONTEIRO, C. SARMENTO, G. HASPARYK (coord.), *Viagens Intemporais pelo Saber: Mapas, redes e histórias*, p. 276: «no existe un único término para referirse a este tribunal familiar, sino distintos conceptos que aparecen en fuentes literarias, epigráficas y jurídicas en relación con esta especial jurisdicción. La ausencia de un término técnico-jurídico claro que se identifique con el instituto del *consilium domesticum* no ayuda al conocimiento de esta jurisdicción». Tiene distinto il *iudicium domesticum*, riferibile

dibattito fra gli studiosi, divisi fra chi pare metterne in dubbio la stessa esistenza e chi la sostiene, chi ne mette in discussione il carattere giurisdizionale e chi lo afferma. Non è agevole, di conseguenza, districarsi fra le diverse opinioni che, sulla base di fonti che non esprimono un quadro chiaro e univoco, sono state affacciate in proposito con grande varietà di toni e sfumature⁽²⁾. Senza alcuna pretesa di esaustività e senza volere entrare nel merito della composizione del *consilium*, tentiamo un breve riepilogo prima di giungere a considerare la possibilità che nel Digesto si rinvenga traccia della presenza e operatività del *iudicium domesticum*.

È noto, ad esempio, come il Volterra dubitasse dell'esistenza di un tribunale domestico o quanto meno che, se anche vi fossero stati casi di consigli familiari riuniti al fine di decidere su condotte di sottoposti alla *patria potestas*, tali consessi non avrebbero svolto un'attività di natura giurisdizionale ma sarebbero stati semplicemente riunioni di *propinqui* che il *paterfamilias* poteva, di fatto, convocare, qualora lo ritenesse opportuno, per riceverne un parere e farsi assistere nell'assunzione di una decisione par-

al giudizio del *paterfamilias*, dal *consilium domesticum*, interpretabile come «realtà limitativa dei poteri assoluti del *pater sui sottoposti*», N. DONADIO, *Iudicium domesticum, riprovazione sociale e persecuzione pubblica di atti commessi da sottoposti alla patria potestas*, in *Index*, 40, 2012, p. 175 s. M. NYHAN, P. HERRMANN, *Contemporary Societies between Civilisation and Barbarism: Domestic Violence and a Sustainable Way Out*, in P. HERRMANN, *Citizenship Revisited: Threats or Opportunities of Shifting Boundaries*, New York, 2004, p. 98, evidenziano come «the term *domesticum* already indicates the male predominance».

⁽²⁾ In proposito, L. WINKEL, *Roman Law and Its Intellectual Context*, in D. JOHNSTON (ed.), *The Cambridge Companion to Roman Law*, Cambridge-New York, 2015, p. 16, avverte che un esempio «of the difficulties with the contextual approach concerns on the existence of a domestic court (*iudicium domesticum*) at the end of the Roman republic [...]. There was a dispute between Volterra and Kunkel on whether a *iudicium domesticum* really existed, and this has recently been revived by Donadio. Kunkel took the wording *iudicium domesticum* in a technical sense, while Volterra considered it to have only a figurative sense. Who are we to believe? Is there a standard of technicality in the language used by non jurist?». Ancora W.E.M. KLOSTERMANN, *Huweljkstrouw als publiek belang: voorgeschiedenis van Augustus' wetgeving ter betengeling van echtbreuk*, Leiden, 1988, p. 28, precisava: «De discussie over het karakter van het *iudicium domesticum* spitst zich toe op de vraag of het gaat om een verschijnsel waarop de kwalificatie 'rechtspraak' an toepassing is, en op de vraag of het houden van een *iudicium domesticum* onder bepaalde omstandigheden voor de *paterfamilias* een vereiste was».

ticularmente rilevante nell'ambito della convivenza e, specialmente, della tutela dell'onorabilità del nucleo familiare⁽³⁾. L'idea del Volterra si riflette nelle parole del Biondi, per il quale «non esiste né giurisdizione né tribunale domestico come istituzione giuridica, paragonabile alla giurisdizione ed ai tribunali dello Stato», non escludendo, tuttavia, che, in linea di fatto, il *pater* potesse valersi dei «suggerimenti di altre persone prima di prendere gravi provvedimenti»⁽⁴⁾.

In generale, tuttavia, può dirsi che la dottrina, anche in base all'entità delle fonti che riferiscono di riunioni di consigli domestici⁽⁵⁾, si sia mossa lungo una direttrice che prende in considerazione gli episodi che narrano circostanze di tale genere ritenendoli per lo più reali pur se ammantati, talvolta, da un alone leggendario⁽⁶⁾.

Si tratta, dunque, non tanto di affermare un'assoluta inesistenza dei fatti narrati, quanto piuttosto di rivolgere l'attenzione alla natura del cosiddetto tribunale domestico.

⁽³⁾ E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 85, 1948, p. 103 ss. In piena consonanza v. O.J. ROBLEDA, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma, 1976, p. 54, nt. 251, il quale aggiunge che «supposta la presenza di un tale tribunale obbligato, la soppressione del *ius vitae et necis* non si presenterebbe così urgente» e che, anzi, a tale tribunale si sarebbe potuto fare riferimento nelle costituzioni imperiali. Cfr., altresì, F. AMARELLI, *Consilia principum*, Napoli, 1983, p. 61. Alle idee del Volterra appare rifarsi G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, 2, 2^a ed., Firenze, 1960, p. 8 ss., e allinearsi R. ORESTANO, *s.v. Consilium*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 222; G. FRANCIOSI, *La famiglia romana società e diritto*, Torino, 2003, p. 104 s.; M. FALCON, 'Paricidas esto' alle origini della persecuzione dell'omicidio, in L. GAROFALO (a cura di), *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, Napoli, 2013, p. 222, nt. 65.

⁽⁴⁾ B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3, Milano, 1954, p. 2, nt. 4.

⁽⁵⁾ Per una ricognizione dei passi in cui si fa riferimento al *iudicium domesticum* cfr., in particolare, E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico*, cit., p. 103 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Ancora in tema di iudicium domesticum*, in *Iuris Antiqui Historia*, 2, 2010, p. 51 ss.; A. RAMON, *Repressione domestica e persecuzione cittadina degli illeciti commessi da donne e 'filii familias'*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile. Omaggio ad Alberto Burdese*, Padova, 2015, p. 617 ss.

⁽⁶⁾ A proposito del *iudicium domesticum*, osservava P. RASI, *Consensus facit nuptias*, Milano, 1946, p. 182: «Si sa che funzionava, ma non si sa cosa fosse in realtà, mancando fonti specifiche». «Naturalmente le nostre fonti sono lacunose e talvolta ambiguo il loro modo di esprimersi», precisa C. GIOFFREDI, *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, p. 110.

In questo senso si possono cogliere i differenti orientamenti che hanno caratterizzato il dibattito.

Non isolate sono le voci che, specialmente in tempi meno recenti, hanno sostenuto l'operatività di un *iudicium domesticum* avente una propria giurisdizione e che il *paterfamilias* convocava nel caso in cui si trattasse di giudicare i figli. Fra questi, notoriamente, il Bonfante⁽⁷⁾, collegando il diritto punitivo del *pater* all'esercizio di un potere giurisdizionale, vede conseguentemente nella riunione di un *consilium* composto da *propinqui*, così come da amici o da persone autorevoli, un vero e proprio giudizio pubblico⁽⁸⁾. Come, infatti, «il magistrato ha un *consilium* di sua libera scelta – afferma l'autore – così il *paterfamilias* convoca all'uopo un *consilium necessariorum* [...] ed ha luogo un vero giudizio, *iudicium domesticum*»⁽⁹⁾. Su questa linea si colloca sostanzialmente anche il Düll⁽¹⁰⁾ quando parla di una procedura giudiziaria, da applicarsi nei casi in cui il *paterfamilias* dovesse valersi del suo potere supremo, che comportava la convocazione del *consilium*⁽¹¹⁾. Un sistema giurisdizionale fondato sulle regole dei *mores maiorum*⁽¹²⁾. Il Kunkel, poi, segue questa traccia

⁽⁷⁾ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I. *Diritto di famiglia*, rist., Milano, 1963, p. 97 s.

⁽⁸⁾ In questa direzione si muove, ad esempio, anche S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* (1928²), I, reint., Milano 1947, p. 425.

⁽⁹⁾ P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 98.

⁽¹⁰⁾ R. DÜLL, *Iudicium domesticum, abdicatio und apokeryxis*, in *ZSS*, 63, 1943, p. 54 ss., spec. pp. 57-70.

⁽¹¹⁾ Il Düll, tuttavia, ammette che il *paterfamilias* sia libero di svolgere un'indagine e di formulare una sentenza (*Iudicium domesticum*, cit., pp. 56-58).

⁽¹²⁾ In consonanza pare essere V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14^a ed., rist., Napoli 1981, p. 475, per il quale «[il costume] vietò al *pater* di uccidere il figlio se non fosse stato riconosciuto colpevole da un tribunale di stretti parenti». L'uso di consultare il *consilium* viene ricondotto ai *mores* da G. LONGO, *Diritto romano*, III. *Diritto di famiglia*, Roma, 1940, p. 38; P. DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano* (1948), 4^a ed., Roma, 1969, p. 132; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, s.v. *Patria potestà*, in *EdD*, 32, Milano, 1982, p. 243, secondo cui molto tardivamente l'esigenza di una garanzia formale nella punizione del figlio, realizzata nella forma del *iudicium*, indusse a colpire penalmente il *pater* che non avesse provveduto in tal senso; C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, 8^a ed., Catania, 1992, p. 154. La convocazione del *consilium* è ritenuta necessaria, pur se il parere da questo proveniente non fosse da ritenere vincolante per il *paterfamilias*, da P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, trad. it. della 4^a ed.

ravvisando la necessità di convocare un consiglio, avente carattere di organo giudiziario che si pone a fianco dei tribunali statali, nel caso di esercizio del *ius vitae ac necis* o della comminazione di gravi punizioni⁽¹³⁾. D'altronde, già il De Fresquet sosteneva che il tribunale domestico avrebbe limitato l'eserci-

di C. Longo: *Manuale elementare di diritto romano*, Milano, 1909, p. 150; L. WENGER, *Hausgewalt und Staatsgewalt in römischen Altertum*, in *Miscellanea Francesco Ehrle. Scritti di Storia e di Paleografia*, II. *Per la storia di Roma*, Roma, 1924, p. 34; A. BERGER, s.v. *Iudicium domesticum*, in ID., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, 43/2, Philadelphia, 1953, p. 521, per il quale «In the case of major crimes he [paterfamilias] was assisted by the family council (*concilium propinquorum*) but the judgment lay with him». Lungo questa linea appare muoversi anche F. DE MARTINO, s.v. *Famiglia*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 44. V. anche M. JONAITIS, A. MILINIS, *Žmogaus gyvybė kaip teisinė vertybė ir jos apsauga romėnų teisėje*, in *Jurisprudencija*, 18/3, 2011 p. 831, per i quali l'esercizio del *ius vitae ac necis* del paterfamilias è stato inteso come manifestazione di una "giurisdizione penale" (baudžiamosios jurisdikcijos) per la repressione dei reati più gravi e attuato in presenza del tribunale di famiglia (*iudicium domesticum*) e solo dopo averne ottenuto il consenso. K.-J. HÖLKESKAMP, *Under Roman Roofs: Family, House, and Household*, in H. FLOWER (ed.), *The Cambridge Companion to the Roman Republic*, 2nd ed., Cambridge, 2014, p. 112, ritiene che il pater avesse una sorta di giurisdizione domestica che includeva il diritto di mettere a morte i figli per reati gravi senza processo in un tribunale e senza l'approvazione di magistrati o giudici «but only after taking the advice of a family council». Per E.K.E. VON BÓNÉ, *Historical Development of Grounds for Divorce in the French and Dutch Civil Codes*, in *Fundamina. A Journal of Legal History*, special issue 2, 2014, p. 1007: «In the Roman Republic the paterfamilias could not exercise his power arbitrarily but had to obtain advice from a consilium domesticum». Secondo A. GRILLONE, *Lucrezia eroina di genere: storia e interpretazione del suo sacrificio di fronte al tribunale domestico*, in *L'Osservatorio sul diritto di famiglia. Diritto e processo*, 6/2, 2022, p. 82, il diritto romano ha conosciuto fino ad epoca matura «una forma di giustizia intramoenia, rimessa all'arbitrio dei patres, di volta in volta chiamati a giudicare della vita e della morte dei propri sottoposti, mogli in manu e filii familias, con il solo ausilio di un consilium di parenti e amici autorevoli, per violazioni conclamate della disciplina domestica, condotte offensive delle divinità parentali e, più in generale, degli antichi mores».

⁽¹³⁾ W. KUNKEL, *Das Konsilium im Hausgericht*, in *ZSS*, 83, 1966, p. 219 ss. (contra W.V. HARRIS, *The Roman Father's Power of Life and Death*, in R.S. BAGNAL, W.V. HARRIS, *Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller*, Leiden, 1986, p. 81, nt. 3: «It seems unlikely that he [paterfamilias] had this obligation under the republic, in spite of the arguments of Kunkel»). V. anche F. SALERNO, *Dalla «consecratio» alla «publicatio bonorum»: forme giuridiche e uso politico dalle origini a Cesare*, Napoli, 1990, p. 39 s. La necessità della convocazione di un *consilium propinquorum* si ritrova anche in C.W. WESTRUP, *Introduction to Early Roman Law: Comparative Sociological Studies. The Patriarchal Joint Family III. Patria potestas. I. The Nascent Law*, Copenhagen, 1939, p. 167, nt. 2, collegata, dall'autore, ai mores «for the house-father's exercise of his judicial [...] potestas» (p. 167).

zio della *patria potestas* quando ciò avesse oltrepassato certi limiti⁽¹⁴⁾ e più tardi il Costa riteneva che al cd. tribunale domestico spettasse il giudizio sui casi più gravi che importassero l'esercizio dell'estremo potere del *paterfamilias* nonché, prima dell'emanazione della *lex Pompeia de parricidiis*, la giurisdizione sui casi di uccisione dei prossimi congiunti⁽¹⁵⁾. Così orientato appare anche il Ruggiero⁽¹⁶⁾, il quale propende per un collegamento del *consilium domesticum* con l'organizzazione gentilizia⁽¹⁷⁾.

Il Balducci, in un suo studio del 1976⁽¹⁸⁾, prendendo in considerazione la questione, pone una precisazione affermando che il *iudicium domesticum* si caratterizzava per essere «una peculiare estrinsecazione della *potestas* [paterna], nel senso che essa si esercitava con atti, procedura e decisioni analoghe [non iden-

⁽¹⁴⁾ V. R. DE FRESQUET, *Du tribunal de famille chez les Romains*, in *RHDFE*, 1, 1855, p. 125 s.; così anche Ch. LÉCRIVAIN, s.v. *Judicium domesticum*, in Ch. DAREMBERG, E. SAGLIO (sous la direction de), *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, 3, 1, 1900, p. 666: «pour les fautes légères, le père décide seul ; pour les fautes graves [...], le père doit convoquer un conseil de famille». Per G. SUÁREZ BLÁZQUEZ, *La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 36, 2014, p. 169, «La persistencia del derecho [di giudicare i figli in un *consilium domesticum*] durante siglos demuestra que la intervención del consejo doméstico se realizaba en interés de la familia, no tenía por objeto la protección del hijo. En consecuencia, la actuación jurisdiccional privada del *paterfamilias* refuerza, no limita, su patria potestad».

⁽¹⁵⁾ Cfr. E. COSTA, *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustiniane* (1911), 2ª ed., Torino, 1925, p. 77; ID., *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921, p. 71. Concorda sul fatto che prima della *lex Pompeia de parricidiis*, nel caso di uccisione di prossimi congiunti, la giurisdizione spettasse a un tribunale domestico, F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani*, Milano, 1938, p. 493.

⁽¹⁶⁾ A. RUGGIERO, *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 4, Napoli, 1984, p. 1593 s.

⁽¹⁷⁾ Cfr. A. RUGGIERO, *Nuove riflessioni*, cit., p. 1600. L'autore ritiene che ciò trovi conferma in FEST., s.v. *plorare* (L. 260): *Si parentum puer verberit, ast olle plorassit paren<s>, puer divis parentum sacer esto*, in cui «la solidarietà dei vicini chiamati come testimoni dal *pater* sembra ricordare la più antica solidarietà gentilizia». Alle *gentes* fanno riferimento anche J.J. DE WIT, *Matrimonium et divortium: huwelijck en echtscheiding ten tijde van de Romeinse Republiek*, Ph.D., Den Haag, 2007, p. 143; F. CARLÀ-UHINK, *Murder Among Relatives. Intrafamilial Violence in Ancient Rome and Its Regulation*, in *Journal of Ancient History*, 5/1, 2017, p. 43.

⁽¹⁸⁾ A. BALDUCCI, *Intorno al iudicium domesticum*, in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, 191, 1976, p. 69 ss.

tiche] a quelle giudiziarie»⁽¹⁹⁾. L'attività e i poteri del *pater*, secondo il Balducci, non vanno inquadrati nel concetto di *iurisdictio*, bensì nella *potestas*⁽²⁰⁾.

Una diversa piega assume il discorso laddove non si rinvenga un carattere giurisdizionale delle decisioni del *consilium domesticum*. Ciò è implicito, ad esempio, nelle parole di Jhering quando fa riferimento a un dovere di natura morale circa la consultazione del *consilium necessariorum* o *propinquorum*⁽²¹⁾, e

⁽¹⁹⁾ A. BALDUCCI, *Intorno al iudicium domesticum*, cit., p. 88. Sembra valere, in questo caso, il richiamo di R.A. BAUMAN, *Family Law and Roman Politics*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, 3, Napoli, 1984, p. 1287 s.: «I am not sure that looking for exact agreement with the regular criminal process (whatever that was) leads anywhere. Rather should we concentrate on the fact that the domestic tribunal did a number of things that we should expect a court of justice to do, and it did not, when functioning properly, do things that such a court should not do».

⁽²⁰⁾ «Quando la letteratura tradizionale parla di giurisdizione familiare del *pater*, intende dire che questi svolge una attività “giudiziaria”, attua un *iudicium*, che sono analoghi (non identici) a quelli che svolgono a Roma organi statuali per l'accertamento di fatti e responsabilità e per condanne di natura penale. “Attività analoga” [...] e l'analogia è nei poteri, nelle procedure, nelle conseguenze (condanna o assoluzione)» (A. BALDUCCI, *Intorno al iudicium domesticum*, cit., p. 90). Il Balducci conclude poi (p. 96) che la presenza di un *consilium* e il rispetto di una costante procedura, provano che «il *pater* agisce, sì, in virtù del suo potere (*potestas*), ma che l'esercizio di questo si esplica secondo norme e modi che costituiscono una procedura e sfociano in una decisione, le quali non possono non considerarsi analoghe a quella giudiziaria dello Stato». Di “competenze sovrapposte” («overlapping competencies») parla J.J. DE WIT, *Matrimonium et divortium*, cit., p. 142. Ad una «forma di “giurisdizione familiare” (*iudicium domesticum*)», fa riferimento anche F. GIUMETTI, “*Soluto matrimonio dotem reddi*”. *Profili ricostruttivi dello scioglimento del matrimonio e della disciplina giuridica della dote*, Torino, 2022, p. 15. Per R.A. BAUMAN, *Family Law*, cit., p. 1288, invece: «The decision as to whether his authority should be exercised arbitrarily or quasi-judicially rested entirely with the power-holder, but if he guessed wrong he would be criticised. The complaint would specifically be that he had acted without a *consilium*, for that was the acid test».

⁽²¹⁾ V. R. JHERING, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, trad. franc. de la 3^e éd. par O. De Meulenaere: *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 2, Paris, 1886, p. 213. L'autore precisa, tuttavia, che la convocazione dei parenti per l'esercizio del *ius vitae ac necis* non era prevista dalla legge, ma era percepita come una regola generale a cui sarebbe stato pericoloso sottrarsi. Cfr. C. GIOFFREDI, *Nuovi studi*, cit., p. 109, il quale pensa che in caso di gravi decisioni il capofamiglia «si sarà sentito indotto a consultare i familiari senza che ciò costituisse per lui un dovere giuridico»; F. AMARELLI, *Consilia principum*, cit., p. 57, che considera il *paterfamilias* non obbligato alla riunione di un *consilium domesticum*, né ad attenersi ai pareri ricevuti, e tuttavia vede la riunione di parenti e amici come una prassi

ancora in Cornil, per il quale la convocazione di un consiglio di parenti e

cui difficilmente ci si sottraeva «specie in quei casi nei quali il rango degli imputati, la scabrosità degli addebiti o l'importanza stessa della famiglia, potevano condurre all'esercizio di una quasi-giurisdizione»; H. HONSELL, T. MAYER-MALY, W. SELB, *Die väterliche Gewalt (patria potestas)*, in H. HONSELL, T. MAYER-MALY, W. SELB (eds), *Römisches Recht. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, Berlin-Heidelberg, 1987, p. 410 s.: «forderte [...] schon seit jeher, daß der Vater schwere Strafen, namentlich die Tötung des Hauskindes, nicht nach Willkür, sondern als Richter und unter Zuziehung eines Familienrates verhängen sollte (*iudicium domesticum*)». Per P. CORDIER, *Le père, l'enfant, les coups et la mort à Rome*, in B. GARNOT (dir.), *Les victimes, des oubliées de l'histoire?*, Rennes, 2000, ed. online doi.org/10.4000/books.pur.18608, § 7, «en pratique, la violence paternelle ne peut s'exercer arbitrairement de façon aussi radicale. Les sanctions graves contre les ressortissants de la *patria potestas* doivent être prises en audience collective, lors d'une réunion du *consilium domesticum* formé de parents de divers degrés et d'amis. Ce conseil domestique ne se substitue pas à un tribunal public, mais prend connaissance de la sentence paternelle après avoir, éventuellement, intercedé ou donné son avis». Mentre il Cordier parla del *consilium domesticum* come di un modello istituzionale, G. NATHAN, *The Family in Late Antiquity: The Rise of Christianity and the Endurance of Tradition*, London-New York, 2000, p. 27, lo definisce come «quasi-legal», precisando poi che «it remained an informal organization and one that rarely had to be called» (l'idea di una «quasi-giurisdizionalità» dell'intervento del *consilium* è presente, si ricorderà, in R.A. BAUMAN, *Family Law*, cit., p. 1288, e in F. AMARELLI, *Consilia principum*, cit., p. 57). Pure B.W. FRIER, T.A.J. MCGINN, *A Casebook on Roman Family Law*, Oxford-New York, 2004, p. 191, lo rappresentano come un consiglio informale: «In practice, the right [of life and death] was hedged round with social restrictions that had grown up to prevent its arbitrary use; above all, the *pater* was expected not to act without first consulting a *consilium*, an informal council made up of relatives and close friends, whose function seems often to have been to delay action until cooler heads prevailed». Così anche B. BREIJ, *Vitae Necisque Potestas in Roman Declamation*, in *Advances in the History of Rhetoric*, 9, 2006, p. 59: «It was *mos* for the Roman father, before he sentenced his child to death, to convene a council of wise men as a sort of impromptu court [...]. The *consilium* had no official jurisdiction, but the fact of its presence could help avoid a censorian *nota*»; S. THOMPSON, *Was Ancient Rome a Dead Wives Society? What Did the Roman Paterfamilias Get Away With?*, in *Journal of Family History*, 31/1, 2006, p. 5; M. LENTANO, *Retorica e diritto: per una lettura giuridica della declamazione latina*, Lecce, 2014, p. 64: «l'audizione del *consilium domesticum* è [...] un atto informale, consuetudinario, comunque tutt'altro che vincolante e dal quale infatti un padre poteva prescindere». Per G. RIZZELLI, *Padri romani. Discorsi, modelli, norma*, Lecce, 2017, p. 44 s.: «la convocazione del consiglio domestico non appare obbligatoria [...]. Il padre uccide anche senza procedere ad un giudizio, quindi senza provare l'accusa nei confronti dei figli. Ciò, tuttavia [...] non significa che la punizione possa essere arbitraria». Come un freno di fatto contro gli eccessi nell'uso della *potestas* paterna è visto da J. CURRAN, *Ius vitae necisque: the politics of killing children*, in *Journal of Ancient History*, 6/1, 2018, p. 120 s.

amici non costituiva un obbligo, né era ufficialmente previsto. Per lo studioso belga, infatti, riunire o meno il *consilium* rappresentava sempre una scelta che il *paterfamilias* operava in maniera discrezionale, non avendo in tal senso alcun vincolo, né dovendo seguire regole nell'individuazione dei componenti del consiglio stesso, cosa che sarebbe avvenuta sulla base delle circostanze del momento⁽²²⁾. In tal senso si esprimeva anche l'Esmein quando, parlando dell'adulterio a Roma e del *ius occidendi iure patris*, affermava che se pure il

⁽²²⁾ G. CORNIL, *Contribution à l'étude de la patria potestas*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 21, 1897, p. 465. Cfr. anche J. GAUDEMET, *Le droit privé romain*, Paris, 1974, p. 17, nt. 1; W.K. LACEY, *Patria potestas*, in B. RAWSON (ed.), *The Family in Ancient Rome. New Perspectives*, London-Sidney, 1986, p. 137, per il quale, allo stesso modo del magistrato, «*paterfamilias* was under no obligation to convene a *consilium* – a family one that is, a *privatum consilium*, if he had an important matter to decide» (similmente si esprimeva A. WATSON, *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, Princeton, 1975, p. 43, affermando che «it [family council] had no legal standing and the *pater* was under no legal obligation to summon it»). V. anche W. MOSSAKOWSKI, *Iudicium domesticum w okresie republiki rzymskiej*, in J. JUNDZIŁŁ (red.), *Rodzina w społeczeństwach antycznych i wczesnym chrześcijaństwie. Literatura, prawo, epigrafika, sztuka*, Bydgoszcz, 1995, p. 85, per il quale il tribunale domestico era convocato saltuariamente per casi particolari e il *iudicium domesticum* compare nelle fonti in relazione al diritto di uccidere, abbandonare o vendere un figlio da parte del *paterfamilias* e in relazione alla repressione nei confronti della moglie. In tali casi – afferma l'autore – il tribunale interno era un fattore che inibiva o limitava il potere, soprattutto di vita e di morte, conferito al *paterfamilias*. Questi, peraltro, poteva esercitare i suoi poteri, sia nell'ambito pubblico sia nel privato, senza ricorrere al consenso, al consiglio o al verdetto di nessuno («Sądownictwo domowe było niestałe, powoływane *ad hoc* dla określonej sprawy. *Iudicium domesticum* występuje w źródłach w związku z prawem zabicia, porzucenia, bądź sprzedaży dziecka przez ojca rodziny (*pater familias*) oraz w związku z represjonowaniem żony. Sąd domowy był w takich przypadkach czynnikiem hamującym czy ograniczającym nieskrępowaną władzę, zwłaszcza życia i śmierci, (*ius vitae necisque*) przysługującą zwierzchnikowi familijnemu. *Pater familias* wykonywał swoje uprawnienia prywatne i publicznoprawne bez uciekania się do czyjejkolwiek zgody, rady albo werdyktu»). Sull'esistenza o meno di un principio che preveda la consultazione e la vincolatività del parere espresso da un *consilium*, *publicum*, ma anche *domesticum*, nell'esercizio di poteri repressivi v. G. CRIFÒ, *Sul "consilium" del magistrato*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 29, 1963, p. 305 ss. V. anche F. AMARELLI, *Consilia principum*, cit., p. 49; C. ROSILLO LÓPEZ, *Political Conversations in Late Republican Rome*, Oxford, 2021, p. 118 ss. Sui 'modelli' del *consilium*, v. G. KANTOR, *Qui in consilio estis: The Governor and his Advisers in the Early Empire*, in *Istoricheskoj Vestnik*, 19, 2017, p. 53 ss., per il quale la presenza del *consilium domesticum* «was customary, but was not required by law» e comunque «This model [...] remained important for more public councils, including that of the governor».

paterfamilias era solito circondarsi di un consiglio a cui partecipavano i parenti, questo non rappresentava un dovere⁽²³⁾. Al contrario, il Girard riteneva che la convocazione del *consilium* avrebbe dovuto necessariamente avvenire, ma che dall'opinione prevalsa in seno al consesso il *paterfamilias* potesse liberamente prescindere⁽²⁴⁾. Più avanti, il Kaser⁽²⁵⁾ ribadisce che il tribunale domestico non ha niente a che fare con la giurisdizione statale, non potendosi desumere né una regolamentazione consuetudinaria, né l'operatività di una delega dello stato, ma si raccorda, invece, a un'autonoma manifestazione del potere punitivo paterno nella sfera domestica⁽²⁶⁾. La Fayer⁽²⁷⁾, nel suo primo volume dedicato allo studio della famiglia romana, focalizzandosi sull'argomento, segue questa linea di pensiero, per cui la convocazione, non obbligatoria, di un *consilium* non è ordinata all'instaurazione di un processo, ma alla semplice formulazione di un parere non vincolante da fornire al *pater* in caso di gravi infrazioni da parte dei figli⁽²⁸⁾. Ugualmente del *iudicium do-*

⁽²³⁾ A. ESMEIN, *Le délit d'adultère à Rome et la loi Julia de adulteriis*, in *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, Paris, 1886, p. 77.

⁽²⁴⁾ P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, trad. it. della 4ª ed. di C. Longo: *Manuale elementare di diritto romano*, Milano, 1909, p. 150. Così pure L. WENGER, *Hausgenalt und Staatsgewalt in römischen Altertum*, in *Miscellanea Francesco Ebrle. Scritti di Storia e di Paleografia*, II. *Per la storia di Roma*, Roma, 1924, p. 34. Anche F. DE MARTINO, s.v. *Famiglia*, in *NNDI*, 7, Torino, 1961, p. 44, sembra allinearsi a questa idea.

⁽²⁵⁾ M. KASER, *Das Römische Privatrecht* (1955), 1, 2. Aufl., München, 1971, p. 62 ss.

⁽²⁶⁾ V. anche J. GAUDEMET, *Le droit privé romain*, Paris, 1974, p. 17, nt. 1.

⁽²⁷⁾ C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, 1, Roma, 1994, p. 130 ss. Su questa china si pone anche G. FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, in A. CORBINO, M. HUMBERT, G. NEGRI (a cura di), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, Pavia, 2010, p. 705, per il quale appare verosimile che «il *paterfamilias*, secondo il costume, abbia riunito un insieme di persone a lui vicine [...] senza che si debba pensare ad un organo dotato di una caratterizzazione giuridica», potendo egli «interpellare chi voleva o anche non consultarsi con nessuno». L'autore, tuttavia, apre alla possibilità che un obbligo giuridico possa essersi affermato durante l'epoca repubblicana quando entrarono in gioco i rapporti fra due famiglie.

⁽²⁸⁾ Per C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, 10ª ed., curata e aggiornata da A. Corbino e A. Metro, Soveria Mannelli, 2002, p. 155 s.: «era considerata cosa riprovevole per un *pater* mettere a morte una persona in sua potestà senza aver prima consultato il *consilium domesticum*, composto dagli *adgnati* più autorevoli, circa la opportunità di un sì estremo

mesticum non concepito come un tribunale, ma come un organo meramente consultivo e di supporto alle decisioni del *paterfamilias*, parlano il Torrent⁽²⁹⁾, la Bravo Bosch, la quale, tuttavia, nutre dubbi sull'obbligatorietà della sua convocazione⁽³⁰⁾, e lo Herrero Medina⁽³¹⁾.

provvedimento».

⁽²⁹⁾ V. A. TORRENT, «*Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet*», in *Index*, 35, 2007, p. 163: «Ciertamente el *iudicium domesticum* no era un tribunal judicial sino un tribunal de consejo». In questo senso sembra esprimersi anche A. STEINER, *Consilium*, in R.S. BAGNALL, K. BRODERSEN, C.B. CHAMPION, A. ERSKINE, S.R. HUEBNER (eds.), *The Encyclopedia of Ancient History*, in onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/9781444338386.wbeah13053, p. 1, affermando che «A *consilium* was a Roman advisory council to a person who had to render judgment about an issue. In earliest times the *consilium* was a group of relatives (*consilium domesticum*) or friends (*consilium propinquorum*) that a *paterfamilias* was by custom expected to consult before exercising his absolute power over the members of his family, especially the *ius vitae necisque*». Incline a ritenere che il *consilium domesticum* non implichi nessuna idea di tribunale, appare P. GIUNTI, *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano 2004, p. 103. V. anche G. WESENER, s.v. *Iudicium domesticum*, in *PWRE*, suppl. 9, Stuttgart, 1962, p. 374: «Das *consilium* hat aber nur eine beratende funktion; die Entscheidung liegt beim *paterfamilias* und beruht auf dessen *potestas*»; B. GLADIGOW, *Römische erotic im rahmen sakraler und sozialer institutionen*, in *Würzburger Jahrbücher für die Altertumswissenschaft*, N.F. 2, 1976, p. 113: «Modellfall einer umfassenden sittlichen Qualifizierung allen Handelns ist die Hauszucht der römischen *familia*, das sogenannte '*iudicium domesticum*', Rechtsdogmatisch durchaus kein *iudicium*, basiert es auf der grundsätzlich unbeschränkten väterlichen Vollgewalt, ist also disciplina oder *coercitio*. Die Heranziehung von Familienangehörigen qualifiziert das Hausgericht noch nicht als *iudicium*, sondern ist eher ein Schutz des Hausvaters gegenüber Vorwürfen der Öffentlichkeit».

⁽³⁰⁾ V. M.J. BRAVO BOSCH, *El 'iudicium domesticum'*, cit., p. 8: «el *iudicium domesticum* era un órgano consultivo, no un tribunal, sino un instrumento de carácter interno presente en la familia, corrector de determinadas conductas que iban en contra de los *mores maiorum*, de las costumbres de los antepasados, que servía para refrendar las decisiones del *paterfamilias*, cuya *potestas* es innegable con respecto a los miembros de la unidad familiar, pero cuyo carácter preceptivo en todos los casos no nos parece acertado»; EAD., *El tribunal familiar en Derecho Romano*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 1, 2011, p. 15 ss.; EAD., *El mito de Lucrecia y la familia romana*, in M.J. BRAVO BOSCH, R. RODRÍGUEZ LÓPEZ (eds.), *Mulier: algunas historias e instituciones de derecho romano*, Madrid, 2013, p. 19 ss.; EAD., *Mujeres y símbolos en la Roma republicana. Análisis jurídico-histórico de Lucrecia y Cornelia*, Madrid, 2017, p. 140 ss., in cui afferma come sia ragionevole considerare il *iudicium domesticum* un organo consultivo che, convocato solo per dirimere casi particolarmente gravi, è diventato uno strumento «al servizio de la familia pero de consumo interno» (p. 159). V. anche M.-E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *La partia potestad en el Derecho*

Da questo punto di vista Amunátegui Perelló⁽³²⁾, criticando la posizione del Kunkel, rileva come il riconoscere al giudizio espresso dal *consilium* la

Romano, in A.M. RUBIO CASTRO (ed.), *Los desafíos de la familia matrimonial. Estudio multidisciplinar en derecho de familia*, Sevilla, 2000, p. 99 (= EAD., *La familia en Roma: entre los "mores maiorum" y la norma escrita*, in R. LÓPEZ ROSA, F. DEL PINO TOSCANO (eds.), *El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940-2000)*, Huelva, 2001, p. 112) per la quale occorre sottolineare «la función de asesoramiento, contribuyendo a que el *paterfamilias* pudiera tomar en cada momento la decisión más justa. Es verdad que siempre la última voluntad sólo dependía de él, pero – de forma implícita – sí fue un elemento importante de freno ante la posibilidad de actuaciones arbitrarias, pues de su consejo podía percibir el parecer de la comunidad en la que estaba integrado, conduciéndole a obrar con *iustitia*, de acuerdo con los *mores maiorum* que todos debían respetar». Così anche in EAD. *El paterfamilias y el consilium domesticum*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 8, 1985, p. 163 ss., e *La costumbre como fuente del Derecho Romano*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 6 (n.s.), 2003, p. 61 ss. Cfr., altresì, D.G. CHEN, *God as Father in Luke-Acts*, New York, 2006, p. 27, per cui «even as final decisions on family affairs were placed solely in the hands of the *paterfamilias*, in important matters a family council (*consilium*), consisting of key relatives, was convened for consultation. The *paterfamilias* was not legally required to follow the advice of the *consilium*, but social propriety suggested that he did». Sulla stessa linea G. VALLEJO PÉREZ, *Métodos alternativos de resolución de conflictos en derecho romano. Especial referencia a la mediación*, Madrid, 2018, 98 s., per la quale «el hecho de que en ocasiones se le denomine *consilium domesticum* ayudaría a comprender que el significado de consejo supone la asunción de un órgano dentro de la unidad familiar, que ayuda al *paterfamilias* en determinadas ocasiones para aconsejarlo a la hora de tornar una decisión con respecto a uno de los sujetos sometidos a la potestad paterna, que se ha alejado del código de conducta requerido como aceptable o positivo dentro de la familia romana», e tuttavia – continua l'autrice – non si può affermare con certezza «que sea preceptiva y obligatoria la aceptación por parte del *pater* de las decisiones colegiadas de tal consejo familiar».

⁽³¹⁾ V. M. HERRERO MEDINA, *La muerte de Lucrecia: una decisión de índole familiar*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 25, 2021, 52, per il quale il *consilium domesticum* non è «una institución de carácter jurisdiccional, sino que se ajustaría más bien a las características de un consejo consultivo, que se habría desenvuelto en el contexto del ejercicio de la *patria potestas* reconocida al *pater familias*». Cfr. R. FIORI, *Homo sacer: dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, p. 487, secondo cui è da escludersi che «il cd. *iudicium domesticum* avesse valore di giudizio costitutivo», potendo invece consistere in un semplice strumento precauzionale a cui ricorrere per evitare una successiva riprovazione sociale di quanto posto in essere.

⁽³²⁾ C.F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Origen de los poderes del paterfamilias. El paterfamilias y la patria potestas*, Madrid, 2009, p. 121 (così già in ID., *El origen de los poderes del "paterfamilias". I: el "paterfamilias" y la "patria potestas"*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 28, 2006, p. 104). In questo senso v. anche A. WATSON, *Rome of the XII Tables*, cit., p. 43 s.

capacità di vincolare l'azione repressiva del *pater* equivarrebbe a negare la sussistenza in capo al medesimo di un *ius vitae ac necis*, che sarebbe invece riferibile al consiglio di famiglia, il quale ne risulterebbe, quindi, il vero titolare, spettando al *pater*, caso mai, un *ius postulandi* al fine di richiederne l'intervento⁽³³⁾. La Piro, prendendo in considerazione l'argomento, ritiene che la concezione originaria dell'esercizio della *potestas* paterna non possa lasciare spazio alla considerazione di forme di mediazione interne al gruppo, riconoscendo, tuttavia, un ambito di operatività del *consilium domesticum* nel caso di messa a morte dell'*uxor in manu*⁽³⁴⁾. Di contrario avviso la Vallejo Pérez che, pur non concependolo come un vero e proprio organo di mediazione, vede nella presenza di un *consilium domesticum* un progresso rispetto all'esercizio incontrollato del *ius vitae ac necis* del *paterfamilias*, anche se ciò non significava un risultato migliore per coloro che venivano sottoposti al giudizio collegiale presieduto dal *pater*⁽³⁵⁾.

Uno sguardo a sé è da riservare al pensiero del Mommsen⁽³⁶⁾ per il quale

⁽³³⁾ Per E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco-romano*, Milano 1971, 48, sarebbe inattendibile un tribunale domestico concepito come alternativa alla potestà del *pater*. Osserva F. BEER, *In tema di 'iudicium domesticum', tra 'familia' romana e moderne forme di collegialità domestica*, in *Annali dell'Università degli Studi del Molise*, 10, 2008, p. 295, che «L'esistenza di un tale "consiglio domestico" rappresenterebbe, infatti, un elemento di profonda crisi della concezione tradizionale del sistema familiare romano, incentrato sulla pressoché totale autorità attribuita al *paterfamilias* su tutti i discendenti *in potestate*, come chiaro dalle fonti», con riferimento principalmente a GAL., 1.55 (nt. 3).

⁽³⁴⁾ Cfr. I. PIRO, «*Usus in manum convenire*», Napoli 1994, pp. 76-81 e p. 86 s. Per l'autrice, nel caso della messa a morte dell'*uxor in manu*, il *consilium* avrebbe invece avuto il compito di esprimere un'autorizzazione preventiva. Secondo C. CASTELLO, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*, Milano, 1942, p. 99, in tal caso, il marito *pater* «non può agire discrezionalmente, ma [...] dopo un giudizio pronunciato assieme ad altre persone che pure hanno constatato l'esistenza di un gravissimo attentato all'essenza stessa del matrimonio e della famiglia, oppure la violazione di una norma religiosa».

⁽³⁵⁾ V. G. VALLEJO PÉREZ, *Métodos alternativos de resolución de conflictos*, cit., p. 100. Per la studiosa «la mediación procura mejores acuerdos que los que se pudieran obtener por vía judicial, mientras que la realidad del *consilium domesticum* no demuestra el mismo resultado. [...] Por ello la similitud no es exacta con la mediación familiar, pero las bases romanísticas se encuentran ahí».

⁽³⁶⁾ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 16 ss.

i casi di più gravi accuse contro i figli in potestà potevano essere decisi dal *pater* con l'assistenza di persone fidate, in forza di un uso generalmente accolto in Roma. Egli, tuttavia, ritiene che una decisione che fosse stata presa seguendo tale modalità non potesse essere considerata come un giudizio nel senso giuridico del termine e che, conseguentemente, non avrebbe costituito impedimento all'eventuale esercizio di un'azione pubblica⁽³⁷⁾. Nella trattazione del Mommsen, tuttavia, s'insinua l'idea dell'esistenza di una sorta di complementarità fra l'elemento pubblico e quello privato tale per cui, per quanto non si possa giungere a ricomprenderla nell'ambito della giurisdizione criminale, la procedura che si svolge davanti al *pater* si pone come un elemento che si affianca alla repressione statale andando, in tal modo, ad integrarla e a creare un quadro d'insieme⁽³⁸⁾. Una questione, dunque, di interazione?

2. — *Una possibile collaborazione?*

Un profilo di indagine che va alla ricerca dell'esistenza o meno di possibili connessioni fra *iudicium domesticum* e giurisdizione statale emerge in contributi più recenti. La Russo Ruggeri⁽³⁹⁾ mette in evidenza l'aspetto della lealtà nei confronti della *civitas* che conduce a ravvisare negli interventi delle famiglie l'intento di un riscatto dell'onorabilità del nucleo familiare allorquando questa fosse messa a repentaglio dal comportamento criminale di uno dei suoi componenti. Questo elemento caratterizza un clima di cooperazione che ha come base il fine della punizione di coloro che

⁽³⁷⁾ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 26. Per il Mommsen, come pure per il Kunkel, l'esercizio del potere disciplinare da parte del *paterfamilias* può indicarsi con i termini *coercitio* o *disciplina*, non già con quello di *iudicium domesticum*, e l'espressione "giurisdizione domestica" non è propria del diritto romano.

⁽³⁸⁾ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 17.

⁽³⁹⁾ C. RUSSO RUGGERI, '*Iudicium domesticum*' e '*iudicium publicum*' in *Cic. de fin. 1.7.24*, in *SDHI*, 75, 2009, p. 515 ss., e, soprattutto, EAD. *Ancora in tema di iudicium domesticum*, cit., p. 51 ss.

avessero commesso crimini, ma non può portare, secondo l'autrice, alla conclusione che una decisione familiare potesse prendere il posto di un processo pubblico. Né può parlarsi di una concorrenza tra giurisdizione domestica e statale. Se dei casi di intervento familiare autonomo si frapponessero alla repressione criminale pubblica, restando impuniti, ciò fu dovuto al prestigio della famiglia coinvolta e, di conseguenza, all'opportunità di non suscitare clamore, ma per i fatti per i quali fosse previsto l'intervento pubblico, il *iudicium domesticum*, o l'intervento del padre, sarebbe stato possibile soltanto in virtù di una delega statutale, peraltro normalmente concessa quando la storia di una famiglia costituisse un fattore di garanzia del retto esercizio del giudizio⁽⁴⁰⁾. La Russo Ruggeri precisa che occorre pensare a un progressivo restringimento della possibilità di un intervento repressivo della condotta dei figli all'interno dell'ambito domestico con l'ampliamento della sfera della repressione criminale⁽⁴¹⁾.

L'idea della collaborazione tra giudizio domestico e giurisdizione statale è ripresa da Nunzia Donadio⁽⁴²⁾ che non attribuisce ai testi che restituiscono casi di interventi repressivi all'interno della famiglia la valenza di definire se il *pater familias* o il *consilium domesticum* avessero una giurisdizione propria, concorrente o parallela a quella dello stato. Diversamente le testimonianze vanno intese, secondo la Donadio, pensando che «l'armonia tra repressione criminale pubblica [...] e giudizio di riprovazione familiare (del *pater* o dei congiunti, dei parenti e degli amici del responsabile) era funzionale a garantire gli interessi politici ed economici del gruppo di appartenenza»⁽⁴³⁾.

Si proietta, quindi, l'immagine di un'attività repressiva che risulta corroborata da un'unione di forze che, pur seguendo vie diverse, mirano ad una analoga conclusione, l'emendazione della comunità nel caso del compimento di atti riprovevoli⁽⁴⁴⁾. In questo contesto, come precisa il Ramon:

⁽⁴⁰⁾ Cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Ancora in tema di iudicium domesticum*, cit., p. 97.

⁽⁴¹⁾ Cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Ancora in tema di iudicium domesticum*, cit., p. 100.

⁽⁴²⁾ N. DONADIO, *Iudicium domesticum*, cit., p. 175 ss.

⁽⁴³⁾ N. DONADIO, *Iudicium domesticum*, cit., p. 195. Anche qui sembra riflettersi la raccomandazione di R.A. BAUMAN, *Family Law*, cit., p. 1287 s. (v. *supra*, nt. 19).

⁽⁴⁴⁾ In questo senso v., fra gli altri, anche A. PALMA, *Iura vicinitas. Solidarietà e limitazioni*

«l'organo giudiziario della *domus* aveva lo scopo di salvaguardare gli interessi dell'intero gruppo familiare, onde evitare che la condotta oltraggiosa di un suo membro potesse pregiudicare le relazioni economiche e politiche intrattenute dalla comunità parentale con la *civitas*»⁽⁴⁵⁾.

Il Ramon, tuttavia, partendo dall'osservazione di una duplicità di "poli giurisdizionali" che si trovano ad operare nel tessuto istituzionale romano⁽⁴⁶⁾, mira ad individuare la sussistenza di tre diversi modelli di riparto della giurisdizione criminale tra *familia* e *civitas*. Secondo l'autore, in un primo modello rientrano quei giudizi relativi a «crimini la cui repressione è demandata esclusivamente allo stato, opportunamente definiti come giudizi pubblici»⁽⁴⁷⁾. In quest'area opera, sostanzialmente, quell'idea di delega statutale attraverso la quale è riconosciuta una facoltà di intervento da parte di un *consilium* di familiari. Un secondo modello, poi, «riguarda il concorso non cumulativo di giurisdizioni, fondato sulla circostanza che un medesimo soggetto fosse accusato sia di un crimine pubblico, sia di un crimine domestico»⁽⁴⁸⁾. Un terzo modello, infine, «riflette il paradigma del *iudicium domesticum* in senso stretto, svolto dai familiari del soggetto *alieni iuris* accusato di un crimine tutto interno alla sfera parentale senza alcuna intromissione da parte delle magistrature cittadine»⁽⁴⁹⁾.

nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica, Torino, 1988, p. 108 s., per il quale è ipotizzabile che «*adfines, amici, propinqui, cognati*, partecipassero alla conoscenza e repressione di quei fatti che ledevano il buon nome della famiglia e della comunità più ampia non necessariamente coincidente con la gentilia, cui l'individuo apparteneva *consuetudine vitae*»; G. SUÁREZ BLÁZQUEZ, *La patria potestad*, cit., p. 169.

⁽⁴⁵⁾ A. RAMON, *Repressione domestica*, cit., p. 633.

⁽⁴⁶⁾ L'immagine si ritrova in Y. THOMAS, *Il padre, la famiglia e la città. Figli e figlie davanti alla giurisdizione domestica a Roma*, in A. ARRU (a cura di), *Pater familias*, Roma, 2002 (= *Remarques sur la jurisdiction domestique à Rome*, in *Parenté et stratégies familiales dans l'antiquité romaine. Actes de la table ronde des 2-4 octobre 1986, Paris, Maison de sciences de l'homme*, Rome, 1990), 24, il quale parla di *civitas* e *familia* come di due poli, operanti in un sistema di pratiche, che «a volte sono dissociati e a volte si distinguono appena».

⁽⁴⁷⁾ A. RAMON, *Repressione domestica*, cit., p. 676.

⁽⁴⁸⁾ A. RAMON, *Repressione domestica*, cit., p. 677.

⁽⁴⁹⁾ A. RAMON, *Repressione domestica*, cit., p. 678. La schematizzazione e le parole del Ramon si ritrovano in G. BRANDI CARDASCO, *La criminalizzazione dell'adulterio nei libri terribiles*

Il tema del tribunale domestico rimane, comunque, spinoso, e forse conviene prendere in considerazione, come il Thomas rileva, il fatto che discutendo dell'argomento nei termini della dogmatica attuale, rimangano in ombra le peculiarità di un "sistema di pratiche" nel quale *civitas* e *familia* divergono e si incrociano⁽⁵⁰⁾. In questa ottica, pensando alle origini, non è neanche da sottovalutare la fluidità presente nel nucleo primigenio di Roma, così come nella generalità delle società primitive, fra i diversi elementi che condizionano il comportamento degli appartenenti alla comunità (*ius, fas, mos, religione, ritualità*). Guardando alla questione dal punto di vista della funzionalità del *iudicium domesticum*, probabilmente ordinata, specie in origine, a evitare faide derivanti da azioni criminose di cui si erano resi responsabili componenti del nucleo familiare e, comunque, sempre a tutelare gli interessi del gruppo di appartenenza, si può convenire che esso avesse una propria sfera di competenza fissata dall'accettazione dei suoi interventi da parte del corpo sociale⁽⁵¹⁾. Dunque, come propone la Donadio⁽⁵²⁾, non è necessario pensare a una «tensione di fondo» tra giudizio domestico e giurisdizione pubblica, ma a una unione d'intenti nella repressione dei comportamenti riprovevoli all'interno della comunità.

del digesto: portata e funzione del Concilium Domesticum. Rilievi e persistenze nella codificazione moderna (Parte Prima), in *iustitia. Rivista di cultura giuridica dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani*, 4/22, 2022, p. 72 s.

⁽⁵⁰⁾ V. Y. THOMAS, *Il padre, la famiglia e la città*, cit., p. 24. Cfr. C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa, 2009, p. 278, per la quale occorrerebbe concentrare l'attenzione non sull'attribuzione del carattere giurisdizionale o meramente sanzionatorio dell'attività del *consilium domesticum*, ma «sulla distinzione tra legittimità ed illegittimità dell'irrogazione della pena, vale a dire sulla convenzionale legalità riconosciuta al complessivo procedimento».

⁽⁵¹⁾ Così C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium*, cit., p. 278.

⁽⁵²⁾ Cfr. N. DONADIO, *Iudicium domesticum*, cit., p. 177 ss.

3. — *Un riferimento al consilium domesticum nel Digesto?*

Variegati sono, dunque, i punti di vista espressi in dottrina a fronte degli episodi che emergono dalle fonti. Tuttavia, le ultime testimonianze di casi di *iudicia domestica* svoltisi in Roma non vanno oltre l'età neroniana⁽⁵³⁾, segno di un arretramento del ruolo della cd. giustizia domestica.

Ciò precisato, vorrei tornare su un passo del Digesto collocato dai compilatori nel libro 48 sotto il titolo *Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis*, in cui Ulpiano afferma che *inaudutum filium pater occidere non potest*⁽⁵⁴⁾. Si tratta di D. 48.8.2 (Ulp. 1 *de adult.*)⁽⁵⁵⁾.

Vi è chi definisce questo passo come forse l'unico indizio dell'esistenza del *iudicium domesticum* nel *Corpus Iuris* giustiniano⁽⁵⁶⁾. In effetti, ferman-

⁽⁵³⁾ Con l'episodio di Pomponia Greцина (TAC., *Ann.* 13.32 *Et Pomponia Graecina insignis femina, A. Plautio, quem ovasse de Britannis rettuli, nupta ac superstitionis externae rea, mariti iudicio permessa; isque prisco instituto propinquis coram de capite famaue coniugis cognovit et insontem nuntiavit. longa huic Pomponiae aetas et continua tristitia fuit*). Per la dottrina sulla vicenda v. A. RAMON, *Repressione domestica*, cit., p. 663, nt. 114. Sulla configurabilità di *iudicia domestica* in ambito giudaico, nel caso dei processi dei figli di Erode il Grande, v. K. CZAJKOWSKI, *Justice in Client Kingdoms. The Many Trials of Herod's Sons*, in *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, 65, 2016, p. 483 ss.; T.A.J. MCGINN, *Herod the Great and the Iudicium Domesticum: Legal Pluralism to Die For*, in *The Journal of Legal History*, 40, 2019, p. 155 ss. Molto incerto è, invece, il riferimento al *iudicium domesticum* in TERT., *Apolog.* 1.1 *Si non licet vobis, Romani imperii antistites, in aperto et edito, in ipso fere vertice civitatis praesidentibus ad indicandum palam dispicere et coram examinare, quid sit liquido in causa Christianorum, si ad hanc solam speciem auctoritas vestra de iustitiae diligentia in publico aut timet aut erubescit inquirere, si denique, quod proxime accidit, domesticis iudiciis nimis operata infestatio sectae huius obstruit defensionem: liceat veritati vel occulta via tacitarum litterarum ad aures vestras pervenire*, in cui la lezione *domesticis iudiciis* (*domesticis iudiciis* secondo altra lezione) è prevalente ma non sicura ed è per lo più interpretata nel senso di "processi locali".

⁽⁵⁴⁾ Riprendendone la verifica (cfr. C. LORENZI, *De iure necandi et vendendi et exponendi liberos nel diritto romano tardoimperiale*, Napoli, 2018, p. 43 ss.).

⁽⁵⁵⁾ «*Iudicium domesticum in the Corpus Iuris Civilis?*»: così si interroga E.K.E. VON BÓNÉ, *The Roman family court ('iudicium domesticum') and its historical development in France and the Netherlands*, in *Osaka University Law Review*, 60, 2, 2013, p. 31, prima di prendere in considerazione il frammento ulpiano.

⁽⁵⁶⁾ V. W. KUNKEL, *Das Konsilium*, cit., p. 147; T. NÓTÁRI, *Remarques sur le ius vitae necisque et le ius exponendi*, in *Studia Iuridica Carolinensia*, 1, Budapest, 2006, p. 158 (peut-être la seule trace à l'existence du *iudicium domesticum* dans le *Corpus* de Justinien); e ID., *Megjegyzések a*

dosi a questo punto del discorso, intrapreso dal giurista nella sua opera sull'adulterio, si potrebbe giungere a ritenere che l'audizione del figlio da parte del padre rimandi alla convocazione di un tribunale domestico⁽⁵⁷⁾. In questa direzione si sono mossi, segnatamente, Giannetto Longo⁽⁵⁸⁾, il quale afferma che quando nel testo viene detto che il padre non può uccidere il figlio *inauditum*, ciò «porta a supporre, logicamente, che l'uccisione è permessa quando il figlio sia stato giudicato con le forme del consiglio domestico»; il Bonfante, che, ugualmente, vi vede una chiara allusione al giudizio domestico⁽⁵⁹⁾, e il Kunkel⁽⁶⁰⁾, che pone quale condizione, per il padre che

iudicium domesticum és a tribunal de famille kapcsolatóhoz, in *Magyar Jog*, 2017/2, 120 («talán az egyetlen nyom a *iudicium domesticum* létére a iustinianusi *Corpus ban*»). Secondo P. CORDIER, *Le père*, cit., § 25, «Quelle que soit l'interprétation du passage, le juriste montre le souci de distinguer formellement une exécution discrétionnaire et le châtement de la *patria potestas*».

⁽⁵⁷⁾ AVVERTE A. TORRENT, «*Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet*», cit., 162: «Es sintomático que Ulp. D. 48.8.2 llegara a afirmar *inauditum filium pater occidere non potest*, texto que siempre se ha traído a la tormentosa discusión de si fuera necesario al *pater* convocar un *iudicium domesticum* antes de tomar una medida tan grave sobre el hijo, o si lo que realmente quería decir el jurista era que sin un previo pronunciamiento del magistrado sobre la conducta criminal del hijo, el padre no podía tomar ninguna medida contra éste, y menos medida irreversible como la muerte». Sulla rilevanza del principio del contraddittorio nella repressione domestica v. L. D'AMATI, *Contraddittorio e repressione domestica nella cultura del principato: alcune riflessioni*, in *Iuris Antiqui Historia*, 9, 2017, p. 127 ss.

⁽⁵⁸⁾ G. LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*, 2ª ed., Roma, 1953, p. 41, il quale afferma che «il [...] testo è interpolato in tutta la sua seconda parte, dalle parole *sed accusare* sino alla fine. Questa seconda parte del testo afferma che, in ogni caso in cui creda colpevole un proprio figlio, il padre lo deve deferire al magistrato; invece nella prima parte del testo, si dice che il padre non può uccidere il figlio *inauditum*, il che porta a supporre, logicamente, che l'uccisione è permessa quando il figlio sia stato giudicato con le forme del consiglio domestico»; v. ID., s.v. *Patria potestà*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 576.

⁽⁵⁹⁾ V. P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 111.

⁽⁶⁰⁾ In tal senso decisamente W. KUNKEL, *Das Konsilium*, cit., p. 249 s. Per R. WESTBROOK, *Vitae necisque potestas*, in *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, 48, 1999 (ora anche in B. WELLS, R. MAGDALENE (EDS.), *Law from the Tigris to the Tiber. The Writings of Raymond Westbrook, 1, The Shared Tradition*, Winona Lake, 2009, e in D. LYONS, K. RAAFLAUB (EDS.), *Ex Oriente Lex. Near Eastern Influences on Ancient Greek and Roman Law. Raymond Westbrook*, Baltimore, 2015), p. 206: «Even if it is, as has been suggested, an interpolation by Justinian's compilers, it attests to the persistent idea that a father could kill his son for cause, arrogating to himself the jurisdiction of a court of law for this purpose». V. anche E. MONTANOS FERRÍN, *Favor*

voglia mettere a morte il figlio, la riunione di un *consilium familiare*⁽⁶¹⁾.

Ora, però, il frammento procede proponendo al padre una possibilità per ottenere, se effettivamente dovuta, la giusta punizione al figlio che non si è rettammente comportato. Alla prima parte, ne segue infatti una seconda in cui il giurista dichiara: *sed accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae debet*. In base a questa previsione il padre *debet* portare il figlio al cospetto del *praeses* enunciando l'accusa e, conseguentemente, rimettendosi alla valutazione che scaturirà dall'attività dell'autorità statale.

reverentiae parentis, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 78-79, 2008-2009, p. 36 s., la quale analizzando l'opera *Diligens et accurata de parricidii crimine disputatio, duobus libris comprehensa* (Salamanticae, 1605) di Juan de Solórzano y Pereira, riporta che in D. 48.8.2 si incontra la prima limitazione formale del *ius vitae ac necis* in quanto Ulpiano «determina que el padre no puede matar a su hijo sin que éste haya sido oído. Parece, pues, que ya la patria potestad deja de ser una jurisdicción, expresión de una soberanía política del *pater* sobre sus hijos, y comienza a convertirse en un mero poder doméstico, un poder de enmendar y castigar a los *fili*, no *immensum*, sino ya limitado probablemente por un consejo doméstico; por eso, el padre no puede matar sin que antes haya sido enterado el consejo familiar encargado de aplicar la *disciplinam domesticae emendationis*. En un momento determinado también este Consejo decaería en sus funciones que pasarían a incardinarse en el marco de la organización política; de ahí que en la segunda parte de la disposición [che tuttavia l'autrice ritiene interpolata] Ulpiano señale que el padre debe de acusar a su hijo ante el prefecto o el gobernador de la provincia». In dubbio sul punto sembra rimanere E.K.E. VON BÓNÉ, *The Roman family court ('iudicium domesticum')*, cit., p. 31 s. la quale si chiede: «Does the father have to interrogate his son before the family council? It is not clear from the text. [...] Is it possible to speak about a real interrogation without a *consilium*? We also have to determine the *iusta causa* for killing a son», asserzione ribadita in EAD., *The position of women in the Roman family court and its reception in French law*, in R. RODRIGUEZ LOPEZ, M.J. BRAVO BOSCH (eds.), *Mulier: Algunas Historias e Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, 2013, p. 363 (fermo restando che per l'autrice, in EAD., *Historical Development*, cit., p. 1007, la consultazione del *consilium* sarebbe stata necessaria durante l'epoca repubblicana (v. *supra*, nt. 12), tuttavia affermando in EAD., *The Roman family court ('iudicium domesticum')*, cit., p. 26, e *The position of women*, cit., p. 359, che «During the Roman Empire, this institution [family court] no longer existed»). Ugualmente B.W. FRIER, T.A.J. MCGINN, *A Casebook*, cit., p. 200, ponevano la questione: «When Ulpian states that a father cannot kill his son “without a hearing,” does he preclude the possibility that the father might use a domestic *consilium* for this purpose?».

⁽⁶¹⁾ Cfr. W. KUNKEL, *Das Konsilium*, cit., p. 249. Su questa posizione appaiono convergere S. DIXON, *The Roman Mother*, London-New York, 1988, p. 38, nt. 28; A. TORRENT, «*Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet*», cit., p. 163.

La saldatura delle due parti del passo di Ulpiano da cui risulta, quindi, che *inauditum filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae debet*⁽⁶²⁾, ha portato a ritenere interpolata la seconda parte⁽⁶³⁾ o contraddittoria⁽⁶⁴⁾ o ancora, come fa ad esempio, il Kunkel a concludere

⁽⁶²⁾ Nei Basilici (60.39.2, ed. Heimbach) si legge semplicemente Τὸν ἀπειθοῦντα υἱὸν ὁ πατήρ οὐ δύναται φονεῦειν, ἀλλὰ κατεγορεῖ αὐτοῦ (*Inobedientem filium pater non potest occidere, sed accusare eum*).

⁽⁶³⁾ Cfr., ad esempio, T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 618, nt. 4; C. FERRINI, *Manuale di Pandette* (1900), 4ª ed. a cura di G. Grosso, Milano, 1953, p. 673 s.; P. BONFANTE, *Il "ius vendendi" del "paterfamilias" e la legge 2, Codice 4,43, di Costantino* (1906), ora in *Scritti giuridici vari*, 1, Torino, 1916, p. 64, nt. 2; ID., *Corso*, cit., 111; F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (1934), trad. it. di V. Arangio-Ruiz: *I principii del diritto romano*, Firenze, 1949, p. 172, nt. 51; C. LONGO, *Corso di diritto romano*, IV. *Diritto di famiglia*, Milano, 1934, p. 181; E. SACHERS, s.v. *Potestas patria*, in *PWRE*, 22/1, Stuttgart, 1953, p. 1087; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 38; G. LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*, cit., p. 41; ID., s.v. *Patria potestà*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 576; C. GIOFFREDI, *I principii del diritto penale romano*, Torino 1970, p. 36, nt. 128; E. PÓLAY, *Das 'regimen morum' des Zensors und die sogennante Hausgerichtsbarkeit*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 3, Milano, 1971, p. 293, nt. 71; J.D. CLOUD, *Parricidium: from the lex Numaie to the lex Pompeia de parricidiis*, in *ZSS*, 88, 1971, p. 52 s. Così, sostanzialmente, anche R. MARTINI, *Sulla costituzione di Costantino in tema di parricidio* (*C. Th. 9,15,1*), in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 2, Perugia, 1976, p. 107; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni di diritto privato romano*, 3, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 44, secondo vi sarebbe un'evidente incongruenza fra le due parti del passo che porterebbe a supporre un intervento dei compilatori del Digesto. per adeguarne il testo a C. 9.15.1 (= CTh. 9.13.1) del 365 d.C. Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Senatum. *In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem, ut, quos ad vitae decora domesticae laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat. neque nos in puniendi morum vitii potestatem in immensum extendi volumus, sed iure patrio auctoritas corrigat propinqui iuvenis erratum et privata animadversione conpescat. Quod si atrocitas facti ius domesticae emenda tionis excedit, placet enormis delicti reos dedi iudicum notioni*. D. Prid. K. Dec. Valentiniano et Valente AA. Cons.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. A.R. MARTÍN MINGUIJÓN, *Consideraciones en torno al derecho a la vida del nasciturus*, in J.A. BUENO DELGADO, M.E. DE LAS CASA LEÓN (directores), *Contribuciones al estudio de las acciones populares en el marco del derecho administrativo, fiscal, penal y civil romano. Homenaje al profesor A.F. de Buján y Fernando en el XL aniversario de su magisterio. II. Derecho Privado y Estudios Varios*, Madrid, 2022, p. 707: «En este texto se advierten dos partes que podrían considerarse, incluso, contradictoria. En el periodo *Inauditum filium pater occidere non potest* parece seguir en vigor el *ius vitae necisque*, si bien no puede ejercerlo de forma arbitraria y debe escuchar al hijo ante de emitir su condena. En la segunda parte, este derecho de juzgar al hijo parece haber desaparecido y debe acusarle ante la autoridad para que conozca y juzgue la causa».

che il frammento sia stato vittima di un'operazione di mutilazione tale per cui ne sarebbe stata travolta l'originale struttura, la quale avrebbe previsto un *trait d'union* costituito dalla presenza, dopo il *sed*, delle parole *cognoscere de eo cum amicis*⁽⁶⁵⁾. Ciò è funzionale, nell'ottica del Kunkel, a confermare – e con forza – la necessità di una *cognitio* da parte di membri della *familia* di colui che rischia di essere messo a morte, o quanto meno di persone alla famiglia prossime. Tuttavia, con ciò, il Kunkel pare giungere, implicitamente, ad ammettere la paternità ulpiana di quanto riportato in D. 48.8.2 e, nel medesimo tempo, a mostrare di ritenere che, senza la presunta integrazione, il testo sia da leggere nel senso della denuncia all'autorità.

A mettere in dubbio la ricostruzione del Kunkel è, in primo luogo, il Guarino che, nel recensire il saggio in cui lo studioso tedesco propone la sua idea⁽⁶⁶⁾, esclude che il passo ulpiano possa prendere in considerazione la necessità di far luogo a un *iudicium domesticum*⁽⁶⁷⁾.

È evidente come, nel passo accolto nel Digesto, Ulpiano non faccia alcun riferimento alla necessaria presenza di *amici* che affianchino il *pater*, né a un *consilium domesticum* che debba intervenire⁽⁶⁸⁾. Si potrebbe pensare, allora, a un'alternativa, a cui il giurista faccia riferimento, fra l'esercizio di un *ius vitae ac necis* paterno subordinato all'audizione del figlio e un deferimento alla pubblica autorità⁽⁶⁹⁾. Questo fa, ad esempio, lo stesso Guarino⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁵⁾ V. W. KUNKEL, *Das Konsilium*, cit., p. 249. Il riferimento al consesso degli amici chiamati a valutare l'accaduto sarebbe stato, quindi, reso esplicito dal giurista: *inauditum filium pater occidere non potest, sed <cognoscere de eo cum amicis> ... debet*.

⁽⁶⁶⁾ V. A. GUARINO, *Extravaganti e bricchie 11. Il 'iudicium domesticum' (1967)*, in *Pagine di diritto romano*, 6, Napoli, 1995, p. 538 s. (ora anche in Id., *Linee di tutti i giorni*, Napoli, 2006, p. 48 s.). Il Guarino considera arbitraria la restituzione proposta dal Kunkel per D. 48.8.2.

⁽⁶⁷⁾ «Del *iudicium domesticum* in Ulpiano non vi è traccia, né necessità» conclude il Guarino, *Extravaganti e bricchie*, cit., 539.

⁽⁶⁸⁾ Secondo W. KUNKEL, *Das Konsilium*, cit., p. 247, l'assenza del *consilium domesticum* non sarebbe provata dal fatto che non se ne faccia menzione nella compilazione giustiniana.

⁽⁶⁹⁾ Come ricorda il Kunkel, il padre poteva rinunciare all'esercizio del suo potere e poteva anche portare il figlio davanti a un pubblico tribunale. Osserva Y. THOMAS, *Il padre, la famiglia e la città*, cit., 29, «un capofamiglia poteva sempre, in ultima istanza, implorare la sanzione dei tribunali [...], come dimostra ancora, nel 227 uno scritto di Alessandro Severo (C.J. 8,46,3)».

⁽⁷⁰⁾ V. A. GUARINO, *Extravaganti e bricchie*, cit., p. 539.

Di fronte a questa interpretazione sorge, però, una domanda: se l'ascolto del figlio diviene un requisito formale, chi sarebbe testimone della audizione del *filius* da parte del *pater*? Sarebbe sufficiente l'affermazione del padre o dovremmo tornare a pensare all'intervento di un *consilium*⁽⁷¹⁾? Forse, dunque, si può pensare che il padre non possa uccidere un figlio *inauditum* in una sede giurisdizionale e debba, dunque, *accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae*.

A ben guardare, tuttavia, occorre rilevare, come invita a fare il Rabello⁽⁷²⁾, che Ulpiano si esprime in quei termini, riportati dai giustiniani, nel suo primo libro *de adulteriis*. È, dunque, da ritenere – per l'autore – che il giurista si riferisse a una vicenda in cui un padre intendesse castigare con la morte un figlio che si fosse reso protagonista di una vicenda di adulterio. Un caso particolare, quindi, che non riguarderebbe in generale, secondo il Rabello, l'esistenza di un *ius vitae ac necis* paterno⁽⁷³⁾.

Resta, però, da considerare quale possa essere il caso concreto che vada a configurarsi. Per il Biondi, alla luce di quanto disposto dalla *lex Iulia de adulteriis coercendis*, di altro non potrebbe trattarsi se non di un adulterio commesso da una *filia* con un fratello⁽⁷⁴⁾. Non è, tuttavia, da sottovalutare il fatto che i

⁽⁷¹⁾ Mi sembra che questa preoccupazione sia presente anche in E. PÓLAY, *Das 'regimen morum'*, cit., p. 294: «Hier war allerdings nur davon die Rede, dass der *paterfamilias* seinen Sohn vor der Hinrichtung unbedingt anhören müsse, aber diese Anhörung bedeutete die Nachahmung einer rechtlichen Prozedur, und wenn es um eine solche ging, musste sie vor mehreren Personen erfolgen, da ja der getötete Sohn nachher nichts mehr darüber aussagen konnte, ob er angehört wurde oder nicht».

⁽⁷²⁾ Cfr. A.M. RABELLO, *Effetti personali della "patria potestas"*, 1, Milano, 1979, p. 146. V. anche W. SELB, *Vom ius vitae necisque*, p. 139 s. G. CICOGLIA, *La patria potestà*, p. 131, aveva osservato: «la figlia sì in quelle determinate circostanze; il figlio invece, magari con la *noverca*, no».

⁽⁷³⁾ A.M. RABELLO, *Effetti personali*, cit., p. 146.

⁽⁷⁴⁾ B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 38. Secondo G. RIZZELLI, *Padri romani*, cit., p. 46 s., il testo non dovrebbe essere generalizzato, Ulpiano potrebbe avere trattato in modo specifico del diritto di uccidere l'adultero concesso dalla *Lex Iulia de adulteriis* al marito della donna infedele, pensando a questa come a un'ipotesi ricorrente nelle declamazioni e richiamata da Marciano in D. 48.9.5 e 48.5.34(33).1. Il Rizzelli (*ivi*, p. 48) si chiede anche se Ulpiano conoscesse PHAEDRUS, *Fabulae Aesopiae*, 3.10, in cui si narra di un padre che, ingannato da un liberto avido, irrompe nella camera della moglie e, senza alcuna verifica della

compilatori abbiano inserito il frammento sotto il titolo *Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis*, il che apre la strada alla considerazione che Ulpiano abbia voluto puntualizzare una regola di carattere generale, valevole nei confronti del figlio, a fronte dell'eccezione in base alla quale era consentita al padre l'uccisione della figlia allorquando fosse stata colta in flagrante⁽⁷⁵⁾. Dunque, nel caso in cui si tratti di punire con la morte un figlio, il padre non può farlo in maniera concitata, colto dal furore del momento. Ma, allora, si rischia di tornare al punto di partenza. È forse necessario che il padre sia assistito da un *consilium domesticum*?

A parere del Voci l'inciso *inauditum filium* indicherebbe semplicemente la necessità, per il padre, di ascoltare il figlio prima di accusarlo di fronte all'autorità. Ciò sarebbe sottinteso, nel prosieguo del frammento, perché il padre non potrebbe rivolgersi all'autorità senza avere una qualche cognizione dell'accaduto⁽⁷⁶⁾.

Ora, se il passo, così come appare, non implica il riferimento a un *consilium domesticum*, non sembra neppure necessario doversi sottintendere l'ascoltare, colloquialmente, il figlio da parte del padre. Viene da chiedersi,

voce raccolta, *irae furentis impetum non sustinens*, dà la morte al figlioletto, ritenuto un adultero, per poi togliersi la vita. In Fedro la storia ha lo scopo di ammonire che “*Periculosum est credere et non credere*”.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, 31, 1980 (ora anche in *Studi di diritto romano*, 2, Padova, 1985), p. 71. Con enfasi L. ARMAROLI, *Ricerche storiche sulla esposizione degli infanti presso gli antichi popoli e specialmente presso i Romani*, Venezia, 1838, p. 29, sottolineava che progressivamente i Romani furono portati a detestare i «domestici giudizi contro natura sanguinari», dimodoché «poté con coraggio pronunziare Domizio Ulpiano dalla sublimità del pretorio, di cui era prefetto, che la terribile giurisdizione di giudicare e di condannare il figlio delinquente era abolita, e il solo diritto si lasciava al padre di accusarlo innanzi il prefetto o nelle province avanti al preside». V. anche G. CICOGLIA, *La patria potestà*, p. 130: «*Inauditum* si rapporta ad *accusare*. Il padre non può uccidere il figlio, consequenzialmente, laddove non creda di passar sopra, dovrà deferire all'autorità statale». Secondo F. LONGCHAMPS DE BERIER, *L'abuso del diritto*, p. 52, se il padre non si fosse rivolto al giudice sarebbe andato incontro a una condanna per *calumnia*. Il passo di Ulpiano è riportato da S. KURSA, *La diseredazione nel diritto giustiniano*, Bari, 2012, p. 76, per affermare che «in età severiana il potere punitivo del padre era stato spostato in capo al *praefectus* o al *praeses provinciae*».

⁽⁷⁶⁾ P. VOCI, *Storia*, 1, 71.

infatti, come un padre, ignaro dei fatti, possa considerare l'idea di mettere a morte un figlio. Se, dunque, il padre arriva a concepire l'uccisione del figlio deve presumersi che sia già a conoscenza, diretta o indiretta, dell'accadimento dei fatti e il colloquio con il figlio, fra l'altro, sembrerebbe una ben fragile barriera di fronte all'impeto paterno.

L'ostacolo che viene posto al compimento di un'uccisione per mano del *pater* è sì collegato a un'audizione del figlio, ma a un ascolto che deve svolgersi, però, a mio avviso, in sede pubblica con il chiaro intento di ricondurre sotto il controllo dell'autorità statale l'esercizio del potere di uccidere. Ulpiano, dunque, pare rappresentare ciò che ritiene necessario allorquando vi sia nel padre l'intenzione di infliggere al figlio, a seguito del suo comportamento, la morte⁽⁷⁾. Non vi è un *consilium domesticum* che debba riunirsi,

⁽⁷⁾ Come osserva L. SOLIDORO, *Formazione e trasformazione dei diritti umani. Il contributo dell'esperienza romana e l'attuale uso della categoria 'persona'*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 12, 2019, p. 27, nt. 95, il passo di Ulpiano si innesta sulla progressiva, ma difficilmente databile, comparsa del divieto di esercizio del *ius vitae ac necis*. Cfr. anche A. ARJAVA, *Paternal Power in Late Antiquity*, in *The Journal of Roman Studies*, 88, 1998, p. 153, nt. 33. Per L. MASTRANGELO, *Il peculium quasi castrense. Privilegio dei palatini in età tardo antica*, in *RIDA*, 52, 2005, p. 273, nt. 34: «Il diritto di vita e di morte», immutato nello *ius civile*, subisce sostanziali limitazioni per effetto dello *ius novum*, come illustra Ulpiano in D. 48.8.2». Per A. LEWIS, *Slavery, Family, and Status*, in D. JOHNSTON (ed.), *The Cambridge Companion to Roman Law*, Cambridge-New York, 2015, p. 157: «Ulpian says that a father should not kill his son unheard, but rather accuse him before the governo». V. anche P. GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, *La concepción del feto en la legislación romana: entre la esperanza y la herencia*, in *Gerión*, 35/1, 2017, p. 113. Secondo H. BOANGE, *The quaestio Statutes and the Criminal Procedure in the Severan Period*, in *International Journal of Humanities and Social Science*, 4/6, 2017, p. 32, Ulpiano non farebbe cenno al magistrato competente, dato che non precisa chi ha ascoltato il caso, ma sottolineerebbe l'importanza della denuncia del delitto. Per T. ANTOŠOVSKÁ, *Children as culprits and criminals: children in mischief, delict, and crime in Roman Empire*, in *Graeco-Latina Brunensia*, 24/2, 2019, p. 10: «Ulpianus mentioned that a father could not put his son to death within domestic justice (*domesticum iudicium*) unless the son was heard in front of a magistrate (Dig. 48.8.2)». A proposito di quanto dichiarato da Ulpiano in D. 48.8.2, P. DU PLESSIS, *Borkowski's Textbook on Roman Law*, 6th ed., Oxford, 2020, p. 115, ritiene che si tratti di «a more general rule [...] introduced later in the second century AD». È curioso osservare come nel trattato giuridico anonimo francese del XIII secolo *Li Livres de Justice et de Plet* 20.8 § {48.8.2}, il passo venga così riportato: «Ulpians dit: li peres ne puet pas ocirre son fill, mes il le doit acuser par devant le prevost de la cité ou de la contree».

né il padre potrebbe autonomamente agire. Emerge, invece, la necessità di accusare il figlio *apud praefectum praesidemve provinciae*⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁸⁾ D'altronde questa è una direttiva che emerge anche dalla costituzione severiana in C. 8.46.3. Imp. Alexander A. Artemidoro. *Si filius tuus in potestate tua est, res adquisitas tibi alienare non potuit: quem, si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare iure patriae potestatis non prohiberis, artiore remedio usurus, si in pari contumacia perseveraverit, eumque praesidi provinciae oblaturus dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris*. PP. V id. Dec. Albino et Maximo cons. [a. 227]. Pur cogliendo l'invito di G. RIZZELLI, *La potestas paterna fra leges, mores e natura*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, F. CENERINI, F. LAMBERTI, M. LENTANO, G. RIZZELLI, B. SANTORELLI, *Anatomie della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana*, Lecce, 2019, p. 107, nt. 65, a non generalizzare la portata di questo provvedimento, così come del passo ulpiano in D. 48.8.2, in quanto «documenti relativi a situazioni puntuali, con il primo che attesta la risposta della cancelleria imperiale a un privato e il secondo che, di difficile interpretazione a causa della sua brevità, attiene, forse, a un'ipotesi molto particolare», non si può non rilevarne l'assonanza che conduce verso l'idea di un sempre più marcato controllo da parte dell'autorità pubblica sul potere paterno. Non mi sentirei, pertanto, di derubricare le affinità fra i passi a mera casualità. Osservava Q. BIANCHI, *Dell'efficacia del cristianesimo sul diritto penale dei Romani*, in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*, 39, 1905, p. 58, come dai testi emerga «solo la facoltà di ricorrere al preside avverso i trascorsi della prole violatrice dei diritti di *patria potestà*. Senza ambagi ciò viene affermato da Ulpiano nella legge 2, *Dig.*, lib. XLVIII, tit. VIII, *ad leg. Cornelianam de sic. et venef.*». D'altra parte all'affermazione di Y. THOMAS, *Vitae necisque potestas. Le père, la cité, la mort*, in *Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique. Table ronde de Rome (9-11 novembre 1982)*, Roma, 1984, p. 512, secondo cui: «Dans les *exempla*, et dans l'interprétation qu'en donne l'annalistique, un châtement paternel est toujours un événement pour la cité», si rifà lo stesso G. RIZZELLI, *Padri romani*, cit., p. 38, nel concludere che «il castigo paterno quando giunge alla messa a morte del figlio costituisce sempre un avvenimento traumatico anche per la città che, fra la fine del I secolo a.C. e gli inizi del successivo, sembra avvertire l'esigenza che l'intervento pubblico sostituisca la repressione domestica nei casi di mancanze più gravi». Così anche L. D'AMATI, *Contraddittorio e repressione domestica*, cit., p. 134.

STEFANIA TUCCANI^(*)

CONCETTO DI ONESTÀ E PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NELLA P.A.

ABSTRACT: The historical-philosophical analysis of the concept of “honest” in correlation to “profit” is a valid tool for understanding how, from ancient times to today, it has not been (and is not) easy to bring the sanctioning system regarding fight against corruption in the public administration. The strengthening of prevention, as well as transparency, could limit the offensive content of the criminal offense, but the law alone is not sufficient to protect the needs of social protection and defense, in the absence of adoption of good practices experienced in everyday life.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dimensioni del concetto di onestà e interessi in gioco. – 3. Corruzione e strumenti di contrasto antichi e moderni. – 4. La trasparenza, strategia di prevenzione della corruzione. – 5. Considerazioni conclusive.

1. — *Premessa.*

«Ma io sono un uomo che preferisce perdere piuttosto che vincere con modi sleali e spietati. Grave colpa da parte mia, lo so! E il bello è che ho la sfacciataggine di difendere tale colpa, di considerarla quasi una virtù»⁽¹⁾.

Sembrirebbe una imbarazzante confessione che solo un grande poeta appartenente al neorealismo, quale Pierpaolo Pasolini (1922-1975) avrebbe il coraggio di ammettere pubblicamente: l'essere onesti è, suo malgrado, una virtù da difendere a qualunque prezzo, di cui in ogni caso compiacersene.

In effetti, ci troviamo di fronte a un'accurata meditazione sull'onestà con una critica di portata dialettica ben precisa. Non a caso Pasolini ama spesso parlare di “*coraggio intellettuale della verità*”, che potrebbe essere definito come

^(*) Comune di Terni.

⁽¹⁾ P. PASOLINI, *Dai dialoghi con i lettori*, nel settimanale *Vie Nuove*, n. 42, 28 ottobre 1961.

la capacità di esprimere il proprio pensiero (anche se non comunemente condiviso) con onestà, ovvero senza condizionamenti o preconcetti⁽²⁾.

Ci sembra che nessuno potrebbe rappresentare al meglio la complessità del concetto di onestà da un punto di vista realistico, da qui la scelta di citare in premessa il pensiero di cui sopra.

Il successivo paragrafo sarà, innanzitutto, un tentativo di analisi del diverso apprezzamento da attribuire alla definizione di onestà della persona nella società che ha attraversato i secoli, a partire dall'*honestum* ciceroniano associato all'utile.

Nel terzo paragrafo verrà approfondito il tema della corruzione e della sua storia, mettendo in luce alcuni strumenti con i quali gli amministratori in periodi diversi hanno cercato di rendere effettiva la loro lotta al malgoverno.

Tale ricerca mostrerà come problemi e rimedi siano spesso comuni nei diversi ordinamenti giuridici, a volte anche molto lontani nel tempo e questo ci consentirà anche di constatare come la politica di prevenzione e di repressione siano state (o sono) condotte in modo più efficace in alcuni periodi storici piuttosto che in altri.

D'altra parte, come da autorevole parere⁽³⁾, una costituzione non si può comprendere pienamente se non si conosce come essa viveva nella pratica e, quindi, senza una indagine attenta intorno alla classe politica nel senso più generale.

Ovviamente non sarà possibile misurare il tasso di corruzione di società tanto lontane nel tempo, così come nelle loro istituzioni politico sociali, né tantomeno fare confronti, nonostante il fenomeno non abbia mai perso la sua attualità.

Rimane il fatto che un discorso generale sull'attualizzazione dell'antico, o al contrario, sull'antico, da considerare fuori di noi, sarebbe impossibile o quantomeno insidioso.

Invece ho ritenuto utile approfondire e interrogarsi non solo su quanto è stato legiferato per contrastare la corruzione, ma anche su quello che non è

⁽²⁾ Cfr. C. SALINARI, C. RICCI, *Storia della letteratura italiana*, Roma-Bari, 1973, pp. 56-70.

⁽³⁾ F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, 5, 2ª ed., Napoli, 1975, p. 373.

stato codificato o espressamente detto riguardo all'onestà della persona, che non può essere considerato né un valore distaccato da noi né tantomeno un valore strappato al tempo.

Come si fa, ad esempio, a non riflettere ancora oggi, sul modo rigoroso con cui Catone educava suo figlio al senso romano dell'onestà e della concretezza? Si pensi che al medesimo consigliava: *Emas non quod opus est, sed quod necesse est; quod non opus est, asse carum est. Quod tibi deerit, a te ipso mutuare* («Compra non ciò di cui c'è bisogno, ma ciò di cui non si può fare a meno; ciò di cui non c'è bisogno, anche a pagarlo un solo asse, è caro. Quello che ti mancherà, prendilo a prestito da te stesso»)⁽⁴⁾.

Il quarto paragrafo vedrà la trasparenza nei suoi profili evolutivi, sempre più sentita come strategia di prevenzione del fenomeno corruttivo.

Nel presente elaborato intendo usare il termine 'corruzione' in senso lato, con riferimento al solo ambito amministrativo, con il significato di generale conseguimento di profitti attraverso comportamenti commissivi od omissivi, ma comunque illeciti, da parte di pubblici amministratori. Di conseguenza non mi addentrerò nello studio di comportamenti più propriamente riconducibili ai reati di concussione, peculato, malversazioni o altro.

2. — *Dimensioni del concetto di onestà e interessi in gioco.*

Per definire il termine 'onestà' si deve necessariamente risalire a Cicerone (106-43 a.C.), che definì *honestum* ciò che è lodevole in sé e per sua natura, indipendentemente dal plauso della folla: «*Honestum, quod etiam si nobilitatum non sit, tamen honestum sit, quod que vere dicimus, etiam si a nullo laudetur, natura esse laudabile*»⁽⁵⁾.

In realtà, come è stato sottolineato⁽⁶⁾, la concezione ciceroniana unisce a

⁽⁴⁾ *Libri ad Marcum filium*, 10, 13; si consulti sull'argomento I. LANA, A. FELLIN, *Civiltà letteraria di Roma antica*, 1, Firenze, 1971, p. 241.

⁽⁵⁾ Cfr. CICERO, *De officiis*, I, 4, 14. V. anche P. GRIMALI, *Cicerone*, Milano, 1987, p. 241 ss.

⁽⁶⁾ A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, 2018, p. 88.

una componente propriamente etica e interiore una inscindibile componente pubblica, coerentemente con la sua impostazione morale «dichiaratamente pubblica e competitiva».

Lo sforzo di Cicerone è dunque quello di «conciliare il senso di pubblica reputazione con quello di bontà morale», e il suo concetto di *honestum* «non è il bene assoluto che non ammette gradazioni alternative, quasi inaccessibile ai comuni mortali, bensì un bene accessibile al cittadino medio».

Non a caso rileva la connessione tra *honestas* e *dignitas*, termine quest'ultimo impiegato originariamente proprio in relazione alla carica ricoperta nell'ambito istituzionale. Infatti la commistione tra *onesta* e *dignitas* non è altro che la coesistenza tra persona e carica o istituzione, una dimensione personale (la prima) e una pubblica (la seconda)⁽⁷⁾.

L'*honestas* potrebbe quindi essere definita come il comportamento nelle cerchie della società, che rende interiormente degni dell'appartenenza ad esse⁽⁸⁾. In altri termini, l'*honestas*, come valore o qualità morale della persona, rappresenterebbe il presupposto della *dignitas* romana⁽⁹⁾.

Per Cicerone⁽¹⁰⁾ «*ius et omne honestum sua sponte esse expetendum; etenim omnes viri boni ipsam aequitatem et ius ipsum amant [...] per se igitur ius est expetendum et colendum; quod si ius, etiam iustitia*» («il diritto e tutto ciò che è onesto sono da perseguire spontaneamente; in effetti tutti gli uomini degni di onore amano per loro natura la giustizia e il diritto [...] così il diritto va perseguito e osservato per sé stesso; e quello che vale per il diritto, vale per la giustizia»)⁽¹¹⁾.

⁽⁷⁾ C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013, pp. 35-36.

⁽⁸⁾ C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, cit., p. 42; cfr. P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, p. 82; sul rapporto tra *honestas* e *dignitas* in prospettiva storica, si consulti D. QUAGLIONI, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in *Annali del Dipartimento di Storia del diritto Università di Palermo*, 52, 2007-2008, p. 55 ss.

⁽⁹⁾ C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica*, cit., p. 93.

⁽¹⁰⁾ CICERO, *De Legibus*, 1.18.48.

⁽¹¹⁾ Cfr. S. GIGLIO, C. LORENZI, *Linee introduttive al corso di diritto romano*, Perugia, 2003, p. 41.

In termini più generali, come evidenzia Cicerone⁽¹²⁾, l'idea di diritto è collegata all'idea di giustizia, così come il termine *honestas* è accostato a quello di *utilitas*⁽¹³⁾. L'unica vera *utilitas*, meritevole di essere perseguita è quella che riguarda il *populus*, la totalità dei consociati, la quale deve essere sempre improntata all'*honestas*.

In definitiva, come è stato sottolineato⁽¹⁴⁾, Cicerone poneva in stretta connessione ordinamento giuridico e utilità generale, di conseguenza indicava il raggiungimento di quest'ultima come fondamento della comunità stessa⁽¹⁵⁾. E, in un altro testo⁽¹⁶⁾, definiva la corrispondenza dell'*utilitas* con l'*honestas* quale principio di natura: «*Pervertunt homines ea quae sunt fundamenta naturae cum utilitatem ab honestate seiungunt*» («Gli uomini che separano, disgiungono, l'utilità dall'onestà, distruggono quelle che sono le fondamenta stesse della natura»).

Premesso quanto sopra, si precisa che all'*honestum* e all'*utile* Cicerone dedica i primi due libri del *De officiis*.

Il terzo libro affronta il tema della compatibilità, senza trascurare, tuttavia, l'eventualità di un conflitto tra i due beni. Cicerone, come è stato rilevato⁽¹⁷⁾, pare risolvere tale dilemma, nella considerazione che l'onesto puro è comunque irraggiungibile e l'utile non può essere assolutamente privo di tendenze egoistiche.

L'ideale sarebbe trovare l'equilibrio migliore tra i due beni, visto che l'utilità è indispensabile nella vita pratica.

⁽¹²⁾ CICERO, *De Legibus*, 1.6.19.

⁽¹³⁾ Cfr. G. JOSSA, *L'utilitas rei publicae nel pensiero imperiale dell'epoca classica*, in *Studi Romani*, XI, 1963, p. 387 ss.; ID., *L'«utilitas rei publicae» nel pensiero di Cicerone*, in *Studi Romani*, XII, 1964, p. 272; G. LONGO, *Utilitas publica*, in *Labeo*, XVIII, 1972, pp. 7 ss.; M. NAVARRA, *Utilitas publica-utilitas singulorum tra IV e V sec. d.C. Alcune osservazioni*, in *SDHI*, 63, 1997, pp. 269 ss.; M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002; F.B. CICALA, *Il concetto dell'«utile» e le sue applicazioni nel diritto romano*, Torino, 1910, p. 9.

⁽¹⁴⁾ M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas*, cit., pp. 26-28.

⁽¹⁵⁾ CICERO, *De re publica*, 1.25.39: «*Est [...] res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quo quomodo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis comunione sociatus*».

⁽¹⁶⁾ CICERO, *De officiis*, 3, 101.

⁽¹⁷⁾ Si consulti P. CHERCHI, *Il tramonto dell'onestade*, Roma, 2016, p. 13.

È un po' come dire che il fattore egoistico non dovrebbe inficiare il rapporto onesto/utile, tanto è vero che in tempi piuttosto recenti si è sostenuto⁽¹⁸⁾ che l'egoismo di un buon politico, inteso come amore verso sé stesso, sia condizione indispensabile per volere anche il bene degli altri, che è la vera essenza del governare.

I problemi cominciano quando il primo termine egotico prevalga sul secondo altruistico e, purtroppo, l'esperienza del passato e del presente ci insegna che tale minaccia, da potenziale, in numerosi casi, è diventata attuale, a danno del bene comune e dell'utilità generale.

È stato messo in luce⁽¹⁹⁾ il passaggio dall'*onestade* (che informa una cultura connotandone il suo valore etico più alto) all' 'onestà' avente un valore precipuamente legale che non coincide necessariamente con quello etico.

Il termine *onestade* in italiano antico traduce l'*honestum* teorizzato da Cicerone nel *De officiis*, e sarebbe il sinonimo della difficile combinazione dell'onesto e dell'utile.

L'*onestade*, infatti, potrebbe essere definita come un criterio di misura, come la conoscevano i nostri antichi del Trecento, in altri termini, un ideale di vita che informava una cultura⁽²⁰⁾.

Quando viene meno il rapporto equilibrato dell'onesto con l'utile, quando la calibratura di quel rapporto non sarà più riconosciuta dal consenso sociale, allora saremo entrati nell'era dell'onestà moderna con la sua forte connotazione legale, che non coincide necessariamente con quella etica.

Così, se in Cicerone l'*honestum* coincide sempre con l'utile, con Niccolò Machiavelli (1469-1527) ad esempio, prevale la ragione di Stato, la quale spesso esige l'uso di qualsiasi mezzo, anche illecito, se necessario. Il principe che intende avere un regno di lunga durata dovrebbe avere la virtù della *prudentia*, da definire come una forma d'intelligenza delle circostanze, nonché una previsione oculata nella valutazione dei mezzi più appropriati per conquistare e mantenere il potere.

⁽¹⁸⁾ Cfr. E. SCALFARI, *Il buon politico è un po' egoista*, in *L'espresso*, 5 marzo 2015.

⁽¹⁹⁾ P. CHERCHI, *Il tramonto*, cit., p. 11.

⁽²⁰⁾ P. CHERCHI, *Il tramonto*, cit., p. 14.

In tale contesto la *prudentia* sostituisce l'*honestum*, dato che in Machiavelli non è più l'onesto a persuadere e ad essere onorato, ma ciò che appare come tale. I mezzi potrebbero apparire anche odiosi, ma necessari per raggiungere il fine della conservazione dello Stato e della prosperità dei cittadini. Portando avanti questo ragionamento, vediamo che il fine coincide con l'utile e il mezzo deve o può essere un "finto onesto"⁽²¹⁾.

In realtà, Machiavelli è un uomo del suo tempo, un individualista del Rinascimento, un periodo in cui la religione ha perduto ogni sua efficacia morale, i papi e gli uomini di chiesa non danno certo buoni esempi e così ognuno cerca di godersi la vita in tutti i modi. Infatti gli anni in cui è vissuto Machiavelli sono caratterizzati da profondi mutamenti politici e sociali, il medioevo è al tramonto e con esso il feudalesimo; Niccolò ha ventitré anni, quando Cristoforo Colombo scopre l'America.

In politica si sosteneva ormai, senza alcun dubbio o ritegno, che il principe avesse un solo grande dovere, quello di ingrandire e rendere potente lo Stato; e che, per raggiungere questo fine, gli era lecito usare anche la forza e l'inganno contro i suoi nemici.

«Quanto sia laudabile in uno principe mantenere la fede e vivere con integrità e non con astuzia, ciascuno lo intende: non di manco si vede, per esperienza ne' nostri tempi, quelli principi avere fatto gran cose che della fede hanno tenuto poco conto, e che hanno saputo con l'astuzia aggirare e' cervelli delli uomini; et alla fine hanno superato quelli che si sono fondati in sulla lealtà. Dovete dunque sapere come sono dua generazione di combattere: l'uno con le leggi, l'altro con la forza: quel primo è proprio dell'uomo, quel secondo delle bestie: ma, perché el primo molte volte non basta, conviene ricorrere al secondo, Per tanto a uno principe è necessario sapere bene usare la bestia e lo uomo»⁽²²⁾. In pratica, in Machiavelli l'onestà non è intesa

⁽²¹⁾ P. CHERCHI, *Il tramonto*, cit., p. 221.

⁽²²⁾ N. MACHIAVELLI, *Il principe*, ed. Firpo, Torino, 1961, pp. 64-66; su Machiavelli si consulti G. SASSO, *Niccolò Machiavelli. Storia del suo pensiero politico*, Istituto Italiano per gli Studi Storici, Napoli, 1958, pp. 290-301; ID., *Studi su Machiavelli*, Morano, Napoli, 1967, spec. pp. 81-109; F. CHABOD, *Il Principe e l'antimachiavellismo*, in *Scritti su Machiavelli*, Torino, 1964, pp. 108-135; M. GIAMBATTISTA, *Principe della politica*, in *Historia*, n. 427, Settembre 1993, pp. 46-53.

come un valore assoluto, ma come una opportunità, da seguire o da respingere a seconda che girino i tempi e spiri il «vento della fortuna».

In tutto questo, a mio modo di vedere, Machiavelli non ha una visione tutta pessimistica della malvagità della natura umana, piuttosto ha consapevolezza che l'uomo nella storia potrebbe avere necessità di ricorrere al male, per raggiungere la propria sicurezza. L'utile risulterebbe l'unico orizzonte della vita umana, tanto è vero che negli scritti di tale autore non sussiste una vera distinzione di utilità e moralità, per la stessa ragione che essere morali è per lui una necessità qualitativamente non diversa da quella per la quale si è immorali e cattivi.

Come è stato sottolineato⁽²³⁾, ancora nel Cinquecento la nozione di *honestum* sopravvive, ma il suo significato non è più quello originario, bensì quello di correttezza⁽²⁴⁾ o di conformità alla legge, che sono poi i significati pervenuti al nostro mondo contemporaneo, comuni peraltro alla intera cultura europea.

Ad esempio Jean Bodin (1530-1596), già nel 1576, scriveva: «*or tout loyer est honorable ou profitable, ou l'un et l'autre ensemble: autrement cen'est pas loyer, parlant populairement et politiquement [...] car plus les loyer sont en soy de profit, et moins il sont d'honneur: et toujours le profit ravalle la splendeur et dignité de l'honneur*»⁽²⁵⁾ («ora ogni interesse è onorevole o proficuo, o l'uno e l'altro insieme: altrimenti non è per niente un interesse, popolarmente o politicamente parlando [...] perché quanto più gli interessi hanno in sé dei profitti, tanto più hanno meno d'onore: e sempre il profitto abbassa lo splendore e la dignità dell'onore»).

È all'evidenza che Jean Bodin valutasse il rapporto tra interesse e onorabilità, tra utile e onesto, analizzati tuttavia da un punto di vista pratico ed economico⁽²⁶⁾.

Così pure per Michel de Montaigne (1533-1592) non esiste l'*honestum*

⁽²³⁾ P. CHERCHI, *Il tramonto*, cit., p. 132.

⁽²⁴⁾ Cfr. G.M. RACCA, *Correttezza (diritto amministrativo)*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, 2, Milano, 2006, p. 1529.

⁽²⁵⁾ J. BODIN, *Six livres de la république*, 5, Cap. 4, Paris, 1578, p. 535 ss.

⁽²⁶⁾ V. sull'argomento P. CHERCHI, *Il tramonto*, cit., pp. 135-136; cfr. C. NAPOLEONI, voce *Utilità*, in *Dizionario di economia politica*, Milano, 1956, p. 1654.

come valore dato per sempre e uguale per tutti. Anche perché ogni essere umano agisce secondo coscienza o correttezza morale, per cui sarà piuttosto la *sagesse* a valutare l'opportunità di seguire l'onesto o l'utile, a seconda delle circostanze, senza dover cercare a tutti i costi di ricombinarli⁽²⁷⁾.

Lo stesso René Descartes (1596-1650) parla di 'morale provvisoria', nel rilevare che l'uomo sceglie ciò che è buono secondo il giudizio della ragione.

Ne consegue che la felicità non è altro che uno stato mentale di benessere che si raggiunge attraverso la pratica della virtù: «Je me formai une morale par provision, qui ne consistait qu'en trois ou quatre maximes, dont je veux bien vous faire part. La première était d'obéir aux lois et aux coutumes de mon pays, retenant constamment la religion en la quelle Dieum' a fait la grâce d'être instruit dès mon enfance, et me gouvernant, en toute autre chose, suivant les opinions les plus modérées, et les plus éloignées de l' excès, qui fussent communément reçues en pratique par les mieux sensés de ceux avec le quel j' aurai à vivre»⁽²⁸⁾ («Io mi sono formato una morale provvisoria che consiste di tre o quattro regole, di cui voglio mettervi al corrente. La prima è quella di obbedire alle leggi e ai costumi del mio paese, conservando costantemente la religione nella quale Dio m'ha fatto la grazia di essere istruito fin dalla mia infanzia, e comportandomi in tutte le altre cose seguendo le opinioni più moderate e le più lontane dagli eccessi e comunemente accettate in pratica dai migliori sensi di quelli con cui dovrei vivere»).

È all'evidenza che si tratti dei principi della morale pratica di un buon cittadino, che intende semplicemente vivere con onestà e moderazione.

A mio modo di vedere, si potrebbe affermare che nella virtù cartesiana che spinge la volontà ad adeguarsi alla ragione si ritrovi un po' della *sagesse* di Michel de Montaigne, di cui si è accennato sopra.

Come è stato notato⁽²⁹⁾, le emozioni costituiscono un tema dominante nella cultura del Seicento e lo saranno anche nel secolo successivo, quando

⁽²⁷⁾ M. DE MONTAIGNE, *Oeuvres complètes*, ed. A. Thibaudet et M. Rat, Paris, Gallimard, 1962, p. 767 ss.; v. altresì P. CHERCHI, *Il tramonto*, cit., pp. 139-143.

⁽²⁸⁾ R. DESCARTES, *Discours de la méthode, Troisième partie*, ed. Etienne Gilson, Paris, Vrin, 1989, pp. 76 ss.; v. sull'argomento P. CHERCHI, *Il tramonto*, cit., pp. 318-319.

⁽²⁹⁾ P. CHERCHI, *Il tramonto*, cit., p. 321.

cominciano a prendere il nome di “sentimenti” e quando il discorso sull’*honestum/utile*, così come lo intendeva Cicerone, sia di fatto scomparso, perché considerato non più rilevante.

In realtà, è piuttosto la nozione di utilità che comincia ad avere una propria autonomia, tanto è vero che è proprio la ricerca dell’utile che, secondo Thomas Hobbes (1588-1679), porta l’uomo ad uscire dallo stato di natura⁽³⁰⁾.

La ragione impone all’uomo delle leggi, che sono perciò naturali, la più importante delle quali prescrive a ognuno di operare in modo da salvaguardare la propria esistenza. Di fatto l’egoistica ricerca della propria conservazione e del proprio benessere spinge gli uomini alla ricerca del proprio guadagno, all’affermazione del proprio prestigio: di qui, non esistendo un potere comune che sottometta gli uomini alle leggi, nasce «quella condizione che è chiamata guerra, e tale guerra è di ogni uomo contro ogni altro uomo»⁽³¹⁾.

Non esiste di conseguenza la libertà, se non negli ambiti non coperti dalle leggi civili, nei quali ognuno potrà condursi secondo ragione⁽³²⁾.

In particolare e, soprattutto, per Immanuel Kant (1724-1804), la legge morale è per l’uomo obbedire alle prescrizioni della ragione. L’imperativo morale si presenta come *imperativo categorico*, che è quello che comanda un’azione incondizionatamente «come necessaria per sé stessa, fuori di ogni rapporto a un fine diverso, e cioè come oggettivamente necessaria»⁽³³⁾. L’uomo non può mai ridurre a strumento l’altro uomo, ma questi deve essere il fine dell’agire di ciascuno, fine dell’atto buono.

«Agisci in modo da trattare l’umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre, anche come fine, mai solo come mezzo»⁽³⁴⁾. In pratica la bontà dell’atto si misura non dall’esito dell’azione, ma da ciò che dipende

⁽³⁰⁾ P. CHERCHI, *Il tramonto*, cit., p. 322.

⁽³¹⁾ T. HOBBS, *Leviatano*, 1, pp. 119-120.

⁽³²⁾ Si consulti L. TORNATORE, G. POLIZZI, E. RUFFALDI, *Filosofia. Testi e argomenti*, 2. *Dal quattrocento al seicento*, Torino, 2000, p. 344; v. altresì F. ADORNO, T. GREGORY, V. VERRA, *Storia della filosofia*, 2, Roma-Bari, 1975, p. 146.

⁽³³⁾ F. ADORNO, T. GREGORY, V. VERRA, *Storia della filosofia*, cit., pp. 472-473.

⁽³⁴⁾ F. ADORNO, T. GREGORY, V. VERRA, *Storia della filosofia*, cit., p. 473. V. altresì I. KANT, *Critica della ragion pratica*, trad. di F. Capra, riveduta da E. Garin, Bari, 1966.

interamente da noi, dall'intenzione, dalla conformità della volontà al principio razionale formale. Si tratta, a mio modo di vedere, di una coscienza morale⁽³⁵⁾, intesa come senso del dovere, convinzione della obbligatorietà di date leggi e principi di azione dei quali si vede la fonte nella ragione.

L'imperativo morale di Kant, lo ritroveremo nel secolo successivo, pur con un fondo di amarezza, in Italo Calvino (1923-1985), quando tratta di quella parte di cittadini onesti (forse troppo pochi, se 'pur numerosi') che sono tali «per abitudine mentale, condizionamento caratteriale, tic nervoso. Insomma non potevano farci niente se erano così»⁽³⁶⁾.

L'onestà è quindi una virtù innata, secondo tale scrittore, che con la sua vena fiabesca, capace di offrire definizioni di stati d'animo in modo caricaturale, descrive la situazione sociale di un immaginario paese «che si reggeva sull'illecito [...] nel quale moltissime persone potevano trovare il loro vantaggio pratico senza perdere il vantaggio morale di sentirsi con la coscienza a posto. Avrebbero potuto dirsi unanimemente felici, gli abitanti di quel paese, non fosse stato per una pur sempre numerosa categoria di cittadini cui non si sapeva quale ruolo attribuire: gli onesti. [...] Così la controsocietà degli onesti [...] magari avrebbe finito per significare qualcosa d'essenziale per tutti, per essere immagine di qualcosa che le parole non sanno più dire, di qualcosa che non è stato ancora detto e ancora non sappiamo cos'è».

3. — *Corruzione e strumenti di contrasto antichi e moderni.*

Come notò Seneca⁽³⁷⁾ nelle Lettere a Lucilio, i vizi umani, tra cui la corruzione, non conoscono distinzioni di epoche: «Erras, mi Lucili, si existimas nostri saeculi esse vitium luxuriam et negligentiam boni moris et alia quae obiecit suis quisque temporibus: hominum sunt ista, non temporum», com-

⁽³⁵⁾ Cfr. W. CESARINI SFORZA, voce *Coscienza*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, p. 1044.

⁽³⁶⁾ I. CALVINO, *Apologo sull'onestà nel Paese dei corrotti*, in *La Repubblica*, 15 marzo 1980.

⁽³⁷⁾ SENECA, *Epistulae morales ad Lucilium*, XVI, 97, 1. V. altresì V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli-Roma, 2012, p. 3.

mentando la corruzione dei giudici nel processo che vedeva coinvolto come imputato Clodio, per adulterio con la moglie di Cesare.

Non a caso, in ogni periodo storico, sono stati predisposti mezzi di contrasto alla corruzione, tra i quali spiccano, *in primis*, lo strumento legislativo e l'apparato sanzionatorio.

Tuttavia, nonostante le misure intraprese attraverso i tempi, fenomeni di corruzione ad oggi sussistono, manifestando periodicamente un certo acuirsi.

Per questo l'etica e la responsabilità sociale sono sempre stati temi di grande attualità.

Ciò non significa che la storia non abbia mai conosciuto casi di buoni amministratori, come ad esempio quello identificato in Pericle, che nel V sec. a.C. nel trentennio del suo governo, è risaputo⁽³⁸⁾ come sapesse gestire il denaro pubblico, attraverso i rendiconti, nel bene esclusivo della *polis* e quindi al di fuori di ogni interesse di parte. I rendiconti, nel periodo di riferimento, consentivano al popolo di controllare la spesa pubblica grazie a un sistema organizzato in tre fasi: la prima consisteva nel porre ai candidati alle cariche pubbliche una serie di domande sulla loro vita sia pubblica sia privata, per valutarne l'attendibilità; la seconda era la presentazione periodica di rendiconti ai tribunali, durante il periodo di carica, e la terza un rendiconto, allo scadere del mandato, la cui irregolarità poteva portare alla condanna al decuplo di quanto stornato⁽³⁹⁾.

In pratica Pericle non si lasciò attrarre da doni e dall'oro, tanto è vero che, pur essendo più potente di molti re e di molti tiranni, appare probabile che egli non aumentasse neppure di un dramma le sostanze che il padre gli aveva lasciato⁽⁴⁰⁾.

Ad ogni modo, è altresì risaputo come nel mondo antico dovesse essere molto sentito, ad esempio, il problema degli abusi perpetrati dai magistrati,

⁽³⁸⁾ Si consulti G. MARGINESU, *I Greci e l'arte di fare i conti. Moneta e democrazia nell'età di Pericle*, Torino, 2021.

⁽³⁹⁾ V. sull'argomento E. CANTARELLA, *I conti del ragionier Pericle*, in *Corriere della sera*, 31 ottobre 2021, p. 34.

⁽⁴⁰⁾ Si consulti U. NICOLINI, D. CONSONNI, *L'uomo e la sua storia*, 1, Torino, 1967, p. 110.

considerato che è già possibile rinvenire la prima testimonianza del reato di corruzione giudiziale in un frammento delle XII Tavole (451-450 a.C., tab. 9.3), in cui si perseguiva addirittura con la pena di morte lo *iudex* o *arbiter* che prendesse denaro per la cosa da giudicare⁽⁴¹⁾.

Tale fattispecie è stata tramandata da una pagina delle *Noctes Atticae* di A. Gellio che riporta una discussione tra un giurista Sesto Cecilio e un filosofo accademico Favorino nel II sec. d.C., in merito al valore da attribuire alle XII Tavole, a distanza di tanti secoli dalla loro emanazione.

In sintesi, secondo il giurista, la pena di morte (criticata dal filosofo) applicata al caso di corruzione del giudice non sarebbe eccessiva, ma commisurata alla gravità del fatto da sanzionare: «E dove sono poi in queste leggi le norme che si possono tacciare di crudeltà? A meno che tu ritenga crudele la legge che punisce con la morte chi, ufficialmente designato giudice o arbitro, è riconosciuto colpevole d'aver incassato denaro per lo svolgimento della causa [...] 8. Tu conosci a fondo la filosofia: dimmi, dunque, per favore, se non ritieni meritevole della pena capitale la slealtà del giudice che, contravvenendo a ogni diritto divino e umano, tradisce per denaro il suo giuramento [...]»⁽⁴²⁾. Il terreno di scontro tra Favorino e Cecilio è, quindi, in senso lato, il rapporto tra il diritto più antico (nei paradigmi tratti direttamente dalla *lex XII Tabularum*) e il diritto successivo che vede la desuetudine degli stessi precetti decemvirali e il prodursi di nuove regole sostitutive. E il dissidio tra le due mentalità, invero, parrebbe inconciliabile: se per il filosofo antichità significa violenza e irrazionalità,

⁽⁴¹⁾ Cfr. M. MIGLIETTA, *Le norme di diritto criminale*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, II, a cura di M.F. Cursi, Napoli, 2018, p. 503 ss. V. sull'argomento anche E. FANELLI, *La corruzione in atti giudiziari*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 1997, 3, p. 6 s.

⁽⁴²⁾ GELL. 20.1.7-8: «Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? Nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur [...] 8. Dic enim, quaeso, dic, vir sapientiae studiosissime, an aut iudicis illius perfidiam contra omnia iura divina atque humana ius iurandum suum pecunia vendentis [...] non dignam esse capitis poene existumes?»; v. F. MERCOGLIANO, *Alle radici della corruzione*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino. Note*, 2020, n. 9.

per il giurista, invece, sono la profondità storica e la contestualizzazione a dar senso all'antichità⁽⁴³⁾.

Ad ogni modo l'importanza della Legge delle XII Tavole per tutta la legislazione romana è unanimemente riconosciuta dagli antichi: basti ricordare che Tito Livio (59 a.C.-17 d.C.) ne parla in questi termini: «ancor oggi, in questo cumulo immenso di leggi amucchiate le une sopra le altre, essa è la fonte di tutto il diritto pubblico e privato»⁽⁴⁴⁾.

Come è stato sottolineato⁽⁴⁵⁾, in diritto romano una forma di corruzione autonomamente identificata e separatamente disciplinata, era il peculato⁽⁴⁶⁾, che consisteva nell'appropriazione da parte di un'autorità pubblica (o anche di un collaboratore della stessa), di denaro o di beni, pubblici o di natura religiosa.

Al contrario, la *corruptio*⁽⁴⁷⁾ nel diritto romano non era ancora prevista in forma autonoma, ma veniva fatta rientrare insieme all'attuale concussione nel reato di *Repetundae* o *pecuniae repetundae*.

Con “*pecunias repeterè*” si può indicare l'attività giudiziaria con la quale in Roma antica si agiva in giudizio contro i funzionari pubblici rei di aver indebitamente ottenuto denaro o altri vantaggi in relazione alla loro carica. Il *crimen repetundarum* è, in altri termini, il riferimento storico di una concezione sanzionatoria dell'azione di recupero del “maltolto” nei confronti degli autori di reati implicanti un danno per le finanze pubbliche.

A tale proposito, si citano, tra le tante, alcune leggi che (si potrebbe dire), andarono a definire i contorni della corruzione (in senso lato) dei titolari di

⁽⁴³⁾ C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, pp. 16-17.

⁽⁴⁴⁾ T. LIVIO, III, 34, 6. Cfr. I. LANA, A. FELLIN, *Civiltà letteraria*, cit., p. 28.

⁽⁴⁵⁾ L. ATZERI, *La sanzione dell'infamia e il contrasto alla corruzione e al malgoverno nell'amministrazione tardo antica*, in *Atti dell'Accad. Roman. Costantin.*, XXIV, Perugia, 2021, p. 607.

⁽⁴⁶⁾ Tra gli studi dedicati al *peculatus* si segnala F. GNOLI, *Ricerche sul crimen peculatus*, Milano, 1979.

⁽⁴⁷⁾ Per una ricerca sulla corruzione politica nella Roma tardo repubblicana v. L. PERELLI, *La corruzione politica nell'antica Roma*, Milano, 1994; ancora per i richiami storici, cfr. P. MARTUCCI, *La criminalità economica*, Bari, 2006, p. 25; M. NARDUCCI, *Processi ai politici nella Roma antica*, Bari, 1995; F. SERRAO, *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa, 1980, p. 207.

pubblici uffici: la *lex Calpurnia*⁽⁴⁸⁾ del 149 a.C., a cui seguirono la *lex Iunia* del 149-123 a.C.; la *lex Sempronia de repetundis* del 123/122 a.C., ripresa dalla di poco posteriore *lex Acilia*; la *lex Cornelia de repetundis* dell'81 a.C. e le cesariane *lex Iulia de peculatu*⁽⁴⁹⁾ (per la repressione delle sottrazioni di denaro o di altro bene pubblico commesse dai magistrati) e la *lex Iulia repetundarum*⁽⁵⁰⁾ (in materia di estorsioni compiute dai magistrati in Italia e nelle province) del 59 a.C.

Le ultime due *leges Iuliae* andavano a colpire i magistrati corrotti, nonché i membri di organi politici collegiali, come ad esempio i senatori. La *lex Iulia de peculatu* configurò come *crimen* l'alterazione e la cancellazione dei registri e delle scritture contabili; con la *lex Iulia repetundarum* venne imposto ai governatori delle province l'obbligo di depositare due copie del bilancio provinciale (*rationes provinciae*) nelle due più importanti città della provincia stessa, e di trasmetterne una terza copia ai questori urbani, perché la conservassero nell'*aerarium populi romani*⁽⁵¹⁾.

Con queste ultime leggi le sanzioni conobbero un progressivo inasprimento e, come è stato evidenziato⁽⁵²⁾, se le primissime leggi *de repetundis* si sono limitate a imporre la sola restituzione da parte del magistrato delle somme estorte, le preclusioni per il condannato introdotte a partire dalla *lex Sempronia* lasciano intendere la natura infamante della condanna.

A tale proposito si ricorda che l'infamia (che trae origine dalla *nota* irrogata dai *censores* nell'esercizio delle loro funzioni di controllo dei *mores*) era innanzitutto una macchia morale che degradava sul piano sociale la persona colpita, relegandola, se di estrazione nobile, nello strato più basso della

⁽⁴⁸⁾ Per la *lex Calpurnia* v. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998, p. 109.

⁽⁴⁹⁾ L. ATZERI, *La sanzione dell'infamia*, cit., p. 607; v. altresì P. CERAMI, *Aspetti e problemi di diritto finanziario romano*, Torino, 1997, p. 113.

⁽⁵⁰⁾ V. sull'argomento P. GARBARINO, *Ad legem Iuliam repetundarum. Profili giuridici della repressione della corruzione in età tardo antica*, in *Dono, controdono e corruzione. Ricerche storiche e dialogo interdisciplinare*, a cura di G. Cuniberti, Alessandria, 2017, pp. 233-270.

⁽⁵¹⁾ L. ATZERI, *La sanzione dell'infamia*, cit., p. 607.

⁽⁵²⁾ L. ATZERI, *La sanzione dell'infamia*, cit., p. 609.

società. Il mutamento di *status* aveva effetti anche sul piano politico, precludendo all'*infamis* la partecipazione attiva alla vita politica. Come è stato notato⁽⁵³⁾, nell'apparato sanzionatorio predisposto dagli imperatori tardo antichi l'infamia acquista, rispetto al principato, un posto di primo piano nel contrasto alla corruzione.

Rimane il fatto che la *lex Iulia de repetundis* restò in vigore anche durante l'età del principato e negli anni successivi le cose non migliorarono, tanto è vero che una costituzione di Teodosio I del 380, riportata sotto il titolo CTh. 9.27.1, puniva quei governatori (*iudices*) condannati per aver violato la *lex Iulia* ed essersi macchiati di furti e di altri comportamenti criminosi configuranti il reato di corruzione e li sanzionava, privandoli delle insegne dei codicilli e dunque spogliandoli della carica (*ablatis codicillo rum insignibus et honore exuti*) della quale non si erano mostrati degni. In virtù di ciò, i funzionari corrotti venivano degradati socialmente e giuridicamente attraverso la collocazione tra le persone di infimo rango (*inter pessimos quosque et plebeios habeantur*)⁽⁵⁴⁾.

In realtà, in epoca tardo antica, la lotta alla corruzione è risultata una costante dell'azione di governo degli imperatori che, nel tentativo di moralizzare la pubblica amministrazione, promulgavano leggi sempre più crudeli senza alcuna garanzia peraltro che tali provvedimenti avrebbero mai sortito alcun effetto.

Le cariche elevate ricoperte da una stessa persona erano poche e generalmente per una sola volta⁽⁵⁵⁾, tant'è che i casi di iterazione della carica sono rari e non molto apprezzati.

Libanio (314-393 ca.)⁽⁵⁶⁾ loda Costanzo II e Costante perché essi mutavano frequentemente i prefetti: «Se le cure dell'ufficio sono pesanti essi

⁽⁵³⁾ L. ATZERI, *La sanzione dell'infamia*, cit., pp. 610-611.

⁽⁵⁴⁾ CTh. 9.27.1 del 380: «Iudices, qui se furtis et sceleris fuerint maculasse convicti, ablatis codicillo rum insignibus et honore exuti inter pessimos quosque et plebeios habeantur. Nec sibi post hac de eo honore blandiantur, quo se ipsi indignos iudicaverunt». Vedi L. ATZERI, *La sanzione dell'infamia*, cit., p. 621.

⁽⁵⁵⁾ F. DE MARTINO, *Storia*, cit., p. 381.

⁽⁵⁶⁾ A. LESKY, *Storia della letteratura greca*, 3, 5ª ed., Berna, 1975, p. 1066.

non domandano ad una sola persona di sopportarle e, se implicano qualche felicità, essi invitano più persone a goderne»⁽⁵⁷⁾.

Ma eccessiva e poco verosimile appare la versione di Ammiano (che scrive nel IV secolo), secondo la quale Valentiniano I avrebbe fatto mettere a morte un famoso avvocato, soltanto perché questi, dopo aver amministrato una provincia, aspirava ad averne un'altra⁽⁵⁸⁾.

Simmaco⁽⁵⁹⁾, in una lettera in cui rimproverava con tatto il giovane Valentiniano II, espresse un punto di vista insolitamente illuminato: «Invero il peso di tutta l'amministrazione (della città di Roma: ndr) ricade sulle mie spalle, mentre gli altri lo schivano; in futuro provvederete meglio alla vostra città, se affiderete gli uffici a chi non li desidera». Quando Simmaco scrisse questa lettera aveva ragioni speciali per il suo insolito atteggiamento: la oziosità e la venalità dei subordinati che la corte gli inviava aveva creato per lui, prefetto della città, lavoro extra e noie. Egli non richiede abilità o esperienza, ma semplicemente operosità e onestà⁽⁶⁰⁾.

È importante rilevare che in tutto il IV secolo, e oltre, l'impero continuò a essere condizionato dal patrocinio, un istituto giuridico, oltre che un'istituzione, basato su una serie di regole rivolte a un particolare tipo di rapporto che legava due persone, protetto e protettore⁽⁶¹⁾.

Nel tardo impero romano, il rapporto di patrocinio poteva essere anche di breve durata, come nel caso del *suffragium*, posto in essere allo scopo di promuovere la carriera politica del protetto⁽⁶²⁾.

In pratica, il *suffragium* era un modo usuale di segnalazione o raccomandazione all'imperatore o a chi doveva procedere alla nomina di un aspirante o candidato ad un ufficio, da parte di persone autorevoli⁽⁶³⁾.

⁽⁵⁷⁾ F. DE MARTINO, *Storia*, cit., p. 381, Or. LIX, 164.

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*, 381. Amm. XXIX, 3, 6.

⁽⁵⁹⁾ Q.A. Simmaco ha rivestito la carica di *praefectus urbi Romae* nel 384-385.

⁽⁶⁰⁾ A.H.M. JONES, *Il tardo impero romano*, 1, Milano, 1973, p. 469.

⁽⁶¹⁾ S. GIGLIO, *Patrocinio e diritto privato nel tardo impero romano*, Perugia, 1995, pp. 3-4.

⁽⁶²⁾ S. GIGLIO, *Patrocinio e diritto privato nel tardo impero romano*, cit., p. 4.

⁽⁶³⁾ F. DE MARTINO, *Storia*, cit., p. 385.

La pratica doveva essere tanto diffusa che l'imperatore Teodosio I si vide costretto a regolare questo tipo di accordo tra protettore e protetto, con un'apposita disposizione⁽⁶⁴⁾. Evidentemente pensava che non fosse possibile porre rimedio a tale situazione se non legalizzandola⁽⁶⁵⁾.

La *sponsio* stipulata, scritta e sottoscritta per ottenere il *suffragium* era valida e produttiva di effetti, se il contraente avesse conseguito quello che desiderava. Se invece della *sponsio* vi era stato versamento di oro o argento, il contratto era configurato come una specie di contratto reale (*traditio sola sufficiat*). Se erano promessi immobili, si richiedeva un atto scritto e successivamente la *corporalis traditio*.

Tuttavia, situazioni, persone e cose, in qualche modo, spingevano il *potentior* a realizzare scopi di per sé illeciti, indipendentemente dall'essere il patrocinio, frutto d'imposizione, con il risultato di corruzione generalizzata ed evasione fiscale⁽⁶⁶⁾.

L'abuso si diffuse col tempo e il sistema delle protezioni doveva essere diventato molto comune nel 439, quando fu imposto a tutti quelli che erano nominati governatori di provincia di giurare che non avevano, né avrebbero dato nulla per le loro cariche, direttamente o attraverso terzi o con una vendita fittizia, donazione o altra transazione⁽⁶⁷⁾.

Rimane il fatto che le estorsioni non furono mai sradicate, nonostante tante leggi.

Tuttavia, sull'argomento risulta molto interessante la l. *digna vox* (C. 1, 14, 4), una costituzione di Valentiniano III⁽⁶⁸⁾, diretta al prefetto del pretorio Volusiano in data 11 giugno 429, con la quale si vuole negare che all'impe-

⁽⁶⁴⁾ F. DE MARTINO, *Storia*, cit., p. 386, nt. 37: CTh. 2, 29, 2 = C. 4, 3, 1 del 394. V. sull'argomento S. GIGLIO, *Il "munus" della pretura a Roma e Costantinopoli nel Tardo Impero Romano*, in *An Tard*, 15, 2007, pp. 2-3.

⁽⁶⁵⁾ S. GIGLIO, *Patrocinio*, cit., p. 14.

⁽⁶⁶⁾ F. DE MARTINO, *Storia*, cit., p. 386.

⁽⁶⁷⁾ A.H.M. JONES, *Il tardo*, cit., p. 480.

⁽⁶⁸⁾ Un *dominus* che non ha ancora compiuto dieci anni, sotto la tutela della madre, Augusta Galla Placidia. V., per tutti, J. GAUDEMET, *La première mesure législative de Valentinien III*, in *Iura*, 20, 1969, p. 131.

ratore sia lecito concedere privilegi a singoli, e così violare le regole imposte dal diritto.

Il testo è il seguente: «Digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri: adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas. Et re vera maius imperio est submittere legibus principatum. Et oraculo praesentis edicti quod nobis licere non patimur indicamus». È – dice Valentiniano – dichiarazione degna di un regnante che il principe si confessi vincolato alle leggi: noi siamo infatti tanto più autorevoli quanto più lo è il diritto. E per verità è prova di grande potere il sottomettere il principato alle leggi. E con il disposto di questo editto indichiamo quanto non consentiamo sia a noi concesso⁽⁶⁹⁾.

In altri termini, quando la norma giuridica è stata creata, neppure al principe è lecito violarla per privilegiare, a danno di altri, una posizione individuale⁽⁷⁰⁾.

E sottomettere il potere alle leggi significa accrescere e non diminuire la sovranità (*maius imperio est submittere legibus principatum*).

Il principio risiede, in ultima analisi, nella volontà del potere di conformarsi al diritto, in una sorta di generale e preventiva autolimitazione, «proclamando quel che il potere non considera lecito a sé stesso» («quod nobis licere non patimur»)⁽⁷¹⁾.

A tale proposito, è stato sottolineato⁽⁷²⁾, che l'*honestas*, che richiede al principe di sottomettersi volontariamente alle leggi, potrebbe rivelarsi uno strumento efficace per salvaguardare la legalità, considerato che «si è troppo abituati, oggi, ad attendersi che i problemi giuridici si risolvano mediante il ricorso a criteri normativi, per non considerare l'appello alla “buona volontà” di un soggetto come un espediente metagiuridico».

⁽⁶⁹⁾ D. QUAGLIONI, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in *Annali del Dipartimento di Storia del diritto dell'Università di Palermo*, 52, 2007-2008, p. 55 ss.

⁽⁷⁰⁾ V. sull'argomento M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Le Novelle di Valentiniano III*, I, *Fonti*, Padova, 1988, pp. 184-185.

⁽⁷¹⁾ D. QUAGLIONI, *Dal costituzionalismo*, cit., p. 59; S. GIGLIO, C. LORENZI, *Linee introdotte*, cit., Perugia, 2003, p. 45.

⁽⁷²⁾ E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma, 1982, p. 147.

Ad ogni modo, non è da sottovalutare il fatto che il patrocinio, come rapporto tra protettore e protetto, produttivo di reciproci diritti e doveri, sviluppatosi in particolar modo nel tardo impero, rimanesse presente anche nella società del V e del VI secolo, dove, tuttavia, è risaputo che svolgesse un ruolo positivo, proprio nel periodo di trapasso dalla tarda antichità al medioevo.

Infatti, col passare del tempo, gli *humiliores*, in tempi e luoghi di quasi totale incertezza del diritto, sempre più consapevolmente si sottoponevano alla protezione dei *potentiores* che, in qualche misura, poteva rappresentare una certezza⁽⁷³⁾.

Come sappiamo, nel mondo medievale tutto assumeva una dimensione personale, fisica; è all'evidenza che il vassallaggio era fondato sul sistema secondo cui ogni individuo era 'l'uomo di un altro uomo', il servo era l'uomo del signore, il conte era l'uomo del re.

Ciò che veramente contava in tale epoca era il rapporto di natura privata, fondato su reciproche promesse di fedeltà e protezione.

D'altra parte, in un mondo con debolissimi poteri pubblici, diventare 'uomo di un altro uomo' rappresentava un contributo alla stabilità dell'ordine sociale e costituiva un passaggio fondamentale attraverso cui gli individui trovavano posizione nella gerarchia sociale⁽⁷⁴⁾.

Nella tradizione preunitaria la tendenza del legislatore era di contrastare il fenomeno corruttivo inteso in senso generale, con il distinguo della fattispecie realizzata mediante inganno da quella mediante costrizione.

Il codice penale del regno delle Due Sicilie del 1819, sulla scia dell'art. 174 del codice penale francese del 1810, nell'art. 196, sanzionava i pubblici agenti «che abbian dritto di esigere o per salario di proprie funzioni, o in favore del pubblico, derrate, o danari, o qualsivoglia altra specie di effetti, quante

⁽⁷³⁾ Si consulti S. GIGLIO, *Il patrocinio* (par. 40), in AA.VV., *Storia giuridica di Roma*, Perugia, 1998, pp. 198-199.

⁽⁷⁴⁾ Si consulti sull'argomento, per l'analisi delle istituzioni feudali e delle loro origini, F.L. GANSHOF, *Qu'est-ce-que la féodalité*, Bruxelles, 1947; cfr. R. VILLARI, *Storia medievale*, Roma-Bari, 1973, p. 107 ss.; J. BURCKHARDT, *La civiltà del Rinascimento in Italia*, 2ª ed., Firenze, Sansoni, 1962, p. 101 ss.

volte per privato profitto esigano quello che la legge non permette, o più di quello che la legge permette»; mentre l'art. 197 minacciava una pena più severa «se la indebita esazione mentovata nell'articolo precedente si trasformi in estorsione, facendosi uso di minaccia o di abuso di potere».

Il codice penale toscano del 1853, nell'art. 182, incriminava il pubblico ufficiale che, «abusando della sua qualità, ha indotto taluno a somministrare indebitamente a lui, o ad un terzo, danari od altra utilità, od ha profittato dell'errore altrui, per esigere ciò che non era dovuto, o più di ciò che era dovuto».

Si farà strada la volontà di punire con maggiore severità la corruzione consumatasi in ambito giudiziario, ne è un esempio l'art. 221 del codice sardo del 1859, sotto la sez. III, artt. 217-227 («Della corruzione dei pubblici ufficiali»): «Se l'uffiziale corrotto è un Giudice, e la corruzione ha avuto per oggetto il favore od il pregiudizio di una delle Parti litiganti in affari civili, il Giudice sarà punito colla pena della relegazione estensibile ad anni cinque, e colla interdizione dai pubblici uffizi».

Il codice Zanardelli, promulgato nel 1889, dal suo canto, ha riservato un ampio spazio ai reati di corruzione, al fine di evitare discredito alla p.a. Per questo la disciplina penale della corruzione si muoveva lungo due prospettive di tutela: da un lato la tutela del prestigio dei pubblici agenti e dall'altro lato la tutela del buon funzionamento della p.a.⁽⁷⁵⁾

All'art. 171, lo stesso prevedeva che «il pubblico ufficiale, che, per un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per altri, in danaro in altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione sino ad un anno con la interdizione temporanea dai pubblici uffici e con

⁽⁷⁵⁾ Cfr. A. CADOPPI, *La disciplina della corruzione nelle legislazioni italiane dell'Ottocento*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 557; S. RICCIO, voce *Corruzione (delitti di)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 898 ss.: «nei delitti di corruzione, l'oggetto della tutela penale è dato dall'interesse relativo al normale funzionamento ed al prestigio della pubblica amministrazione»; R. VENDITTI, voce *Corruzione*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 755; M. DEL GAUDIO, voce *Corruzione*, in *Dig. pen., Agg.*, I, Torino, 2000, p. 108; C.F. GROSSO, voce *Corruzione*, in *Dig. pen.*, III, Torino, 1989, p. 153; M.B. MIRRI, voce *Corruzione, Agg.*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1991, p. 3; cfr. F. GIANNITI, *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, Milano, 1970, p. 166 ss.; v. altresì F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino, 2012, p. 58 ss.

la multa da lire cinquanta a tremila» e all'art. 172 «Il pubblico ufficiale, che, per ritardare od omettere un atto del suo ufficio, o per fare un atto contro i doveri dell'ufficio medesimo, riceve o si fa promettere danaro o altra utilità, per sé o per altri, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni, con la interdizione temporanea dai pubblici uffici e con la multa da lire cento a cinquemila». Il legislatore del '30 (codice Rocco), anch'esso particolarmente sensibile a tutelare il prestigio della p.a., ha inteso seguire l'orientamento del codice precedente, colpendo con rinnovato rigore la corruzione del pubblico ufficiale, pur mantenendo sostanzialmente immutata l'impostazione di base del titolo relativo ai delitti contro la p.a.

In particolare, ad esempio, oltre all'ampliamento del novero dei soggetti attivi, con l'inserimento anche dell'incaricato di pubblico servizio, è stato equiparato il trattamento sanzionatorio del corruttore a quello del corrotto per la corruzione impropria antecedente⁽⁷⁶⁾.

A seguito delle profonde trasformazioni subite dal settore pubblico, la normativa si è, in un certo qual modo, adeguata alle nuove esigenze, così, ad esempio, la l. 26 aprile 1990, n. 86, ha previsto come fattispecie autonoma (e non più come aggravante degli artt. 318 e 319 c.p. nel testo previgente) la corruzione in atti giudiziari, attesa la necessità di intensificare la tutela della magistratura da indebite interferenze. Si rammenta, infatti, che il testo originario dell'art. 319 c.p., al 2° comma, considerava tale fattispecie come circostanza aggravante della corruzione propria.

È all'evidenza che tale normativa sia dettata dal presupposto che non sia meritevole di indulgenza il magistrato che, per compiere un atto del proprio ufficio, riceva denaro o altra utilità come retribuzione non dovuta⁽⁷⁷⁾.

Rimanendo in tema, risulta interessante la recente decisione della Corte Costituzionale⁽⁷⁸⁾, nel senso che è legittimo destituire il magistrato che accetta

⁽⁷⁶⁾ Sul passaggio dalla disciplina penale della corruzione del codice Zanardelli a quella del codice Rocco, v. S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 1993, p. 956 ss.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. F. CINGARI, *Repressione*, cit., p. 76 ss.; V. MILITELLO, *Sulla corruzione in atti giudiziari, La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. STILE, Napoli, 1988, p. 361.

⁽⁷⁸⁾ Corte cost., 12 novembre 2018, n. 197, pubblicata in G.U. 14 novembre 2018, n. 45; cfr. A. LARUSSA, *Magistrati, legittima la rimozione obbligatoria per chi accetta favori*, in *Altalex.com*.

favori da imputati in processi pendenti nella propria sede giudiziaria. La Corte ha sottolineato, in proposito, che ai magistrati è «affidata in ultima istanza la tutela dei diritti di ogni consociato» e che proprio per tale ragione essi «sono tenuti – più di ogni altra categoria di funzionari pubblici – non solo a conformare oggettivamente la propria condotta ai più rigorosi standard di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio nell'esercizio delle funzioni, ma anche ad apparire indipendenti e imparziali agli occhi della collettività, evitando di esporsi a qualsiasi sospetto di perseguire interessi di parte nell'adempimento delle proprie funzioni. E ciò per evitare di minare, con la propria condotta, la fiducia dei consociati nel sistema giudiziario, che è valore essenziale per il funzionamento dello Stato di diritto».

Visto che è da considerare come atto giudiziario l'atto funzionale a un provvedimento giudiziario, rientra nello stesso anche la deposizione testimoniale resa, ad esempio, nell'ambito di un procedimento penale.

A tale proposito, come è stato sentenziato⁽⁷⁹⁾, «Integra il reato di corruzione in atti giudiziari, ex art. 319-ter c.p., la promessa o la dazione di denaro rivolta al teste, e da questi accettata, affinché con la sua falsa testimonianza favorisca una parte del processo penale».

La l. 6 novembre 2012, n. 190, nota come *legge anticorruzione*, dichiaratamente recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione»⁽⁸⁰⁾, è volta a rafforzare l'efficacia e l'effettività delle misure di contrasto al fenomeno corruttivo, tenendo conto delle indicazioni fornite al riguardo da taluni strumenti sovranazionali già ratificati dal nostro Paese.

Tale legge non contiene una definizione di “corruzione”, che viene quindi data per presupposta. Come è stato precisato⁽⁸¹⁾, «il concetto di corruzio-

⁽⁷⁹⁾ Cass. pen., 23 giugno 2016, n. 40759, in *Ced Cassazione*.

⁽⁸⁰⁾ La l. 6 novembre 2012, n. 190, pubblicata in G.U. il 13 novembre 2012, n. 265 è esecuzione diretta della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della l. 3 agosto 2009, n. 116, e degli artt. 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, stipulata a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della l. 28 giugno 2012, n. 110.

⁽⁸¹⁾ Cfr. S. FOÀ, *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urb. e app.*, 2013, 3, p. 293.

ne deve essere inteso in senso lato, come comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati. Le situazioni rilevanti sono quindi evidentemente più ampie della fattispecie penalistica».

La l. 190/2012 è sostanzialmente composta da un articolo di 83 commi che pongono nuovi obblighi e adempimenti per le amministrazioni pubbliche, modifiche espresse a leggi vigenti, deleghe legislative e rinvii ad atti secondari da emanare.

Oltre dall'art. 1 la legge è composta dall'art. 2, che pone la clausola d'invarianza, nel senso che dall'attuazione della legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

L'idea di base è che fosse necessario combattere il malcostume politico e amministrativo non solo con gli strumenti repressivi tipici del diritto penale, ma anche con quelli preventivi propri del diritto costituzionale e del diritto amministrativo.

Si tratta di una legge che contiene tendenzialmente una disciplina generale applicabile a tutte le pubbliche amministrazioni, basti accennare ad alcune previsioni in tema di: trasparenza amministrativa; Autorità nazionale anticorruzione, con poteri, tra l'altro, ispettivi e di vigilanza; responsabile della prevenzione della corruzione; ridefinizione delle modalità e contenuti del codice di comportamento dei dipendenti pubblici, con il d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62⁽⁸²⁾, le cui previsioni sono poi integrate dai codici di comportamento adottati dalle singole amministrazioni.

Strumenti centrali nella lotta alla corruzione sono il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) e il Piano Triennale per la prevenzione della corruzione (PTPC).

⁽⁸²⁾ Il d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, pubblicato in G.U. 4 giugno 2013, n. 129 (emanato in attuazione della l. 190/2012), definisce i doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta che i pubblici dipendenti sono tenuti a osservare e prevede che la loro violazione sia fonte di responsabilità disciplinare; si consulti sull'argomento B. BEVILACQUA, *Il sistema sanzionatorio delineato dalla legge anticorruzione*, in *Giur. it.*, 2012, p. 12; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, p. 123.

La legge, in realtà, disegna un sistema di prevenzione su due livelli: quello nazionale, con il piano elaborato in ambito governativo (2° e 4° comma), e quello delle singole amministrazioni che elaborano i loro piani sulla base delle previsioni legislative (5°, 8° e 9° comma) e delle indicazioni contenute nel primo (6° comma).

In pratica ciascuna amministrazione deve adottare il proprio piano di organizzazione in funzione di prevenzione, recante, in primo luogo l'individuazione, tra le proprie attività di competenza, di quelle più esposte al rischio di corruzione e, in base al grado di rischio, delle misure di contrasto, anche mediante apposite procedure di formazione del personale⁽⁸³⁾.

Il soggetto chiave, strettamente legato all'introduzione dei piani di prevenzione della corruzione, per assicurarne l'efficacia, è il Responsabile della Prevenzione della Corruzione (RPC), individuato dall'organo di indirizzo politico, di regola tra i dirigenti di ruolo di prima fascia in servizio, (7° comma), con connesse responsabilità, anche di tipo erariale.

L'art. 54-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001, introdotto dalla legge in esame, tutela il dipendente pubblico che denuncia o riferisce (a chi di competenza) condotte illecite, di cui sia venuto a conoscenza, in ragione del proprio rapporto di lavoro.

La norma stabilisce, tra le altre cose, che il dipendente non possa essere sanzionato, trasferito o licenziato per motivi collegati alla denuncia e che eventuali misure discriminatorie, assunte nei suoi confronti, possano essere segnalate all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)⁽⁸⁴⁾ dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali.

⁽⁸³⁾ V. art. 1, 11° comma, l. 190/2012.

⁽⁸⁴⁾ L'ANAC nasce dalla trasformazione di un altro organismo pubblico, ossia la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), creata nel 2009 (v. art. 13, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150). La CIVIT è stata poi individuata dall'art. 1 della legge 190/2012, quale autorità nazionale competente a coordinare l'attività di contrasto della corruzione nella p.a. L'art. 5 del d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito in l. 30 ottobre 2013, n. 125 ha cambiato la denominazione in ANAC, ridefinendone le funzioni e le competenze in materia di trasparenza e anticorruzione (funzioni poi riordinate con il regolamento adottato con d.P.R. 9 maggio 2016, n. 105 («Regolamento di disciplina delle funzioni del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri

Tra le novità introdotte dal legislatore del 2012, c'è l'introduzione della nuova figura di reato «Traffico di influenze illecite», di cui al nuovo art. 346-*bis* c.p., condotta che prevede lo sfruttamento di relazioni realmente esistenti con pubblici ufficiali o esercenti un pubblico servizio «in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio».

Altra nuova figura di reato è quella prevista dal riscritto art. 318 c.p., titolata «Corruzione per l'esercizio della funzione», cioè per l'asservimento totale e non per il compimento di un singolo atto.

Sulla scia della l. 190/2012, la *ratio* della l. 27 maggio 2015, n. 69 («Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio») è quella di rafforzare la lotta alla corruzione, prevedendo, in primo luogo, un aumento della cornice edittale per i reati di peculato, corruzione, induzione indebita a dare o ricevere utilità, nonché per il delitto di associazione di tipo mafioso, e introducendo, in secondo luogo, sconti di pena nelle ipotesi di collaborazione *post factum* di corrotti e corruttori, oltre a una serie di disposizioni sostanziali e processuali rivolte al recupero coattivo delle *utilitates* indebitamente percepite dai pubblici agenti.

Infatti il nuovo art. 323-*quater* c.p. (introdotto dall'art. 4 della l. 69/2015) prevede una nuova misura cogente (destinata ai soli pubblici agenti, non essendo menzionate le condotte corruttive degli estranei alla p.a.), denominata 'riparazione pecuniaria', consistente nel recupero coattivo del vantaggio illecitamente ottenuto dai pubblici agenti⁽⁸⁵⁾.

in materia di misurazione e valutazione della performance delle pubbliche amministrazioni»). Si consulti sull'argomento F. MERLONI, R. CANTONE, *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, 2015; G. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 345 ss.; R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2017, p. 936.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. F. CINGARI, *Una prima lettura delle norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 807.

4. — *La trasparenza, strategia di prevenzione della corruzione.*

Non possiamo esimerci dal considerare che l'azione della p.a. sia stata troppo a lungo ancorata a principi ispirati a una cultura di mero adempimento e non al risultato, a volte senza prestare alcuna attenzione alla sua effettiva utilità⁽⁸⁶⁾.

Soprattutto, a seguito del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 («Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15 in materia di ottimizzazione della produttività e del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni») si sposta l'obiettivo fondamentale verso una migliore organizzazione del lavoro, il riconoscimento di meriti e demeriti del personale, il contrasto all'assenteismo, nonché la trasparenza dell'operato delle p.a., anche a garanzia della legalità.

In pratica, l'obiettivo è che la p.a. sia un centro di produzione di utilità, che ha come destinatario il cittadino, cioè la persona portatrice di interessi da soddisfare.

Infatti, in base all'art. 5, 2° comma, lett. a) del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, «gli obiettivi sono: rilevanti e pertinenti rispetto ai bisogni della collettività, alla missione istituzionale, alle priorità politiche ed alle strategie dell'amministrazione»⁽⁸⁷⁾.

Per certo, il d.lgs. n. 150/2009 rappresenta una tappa importante del percorso che ha condotto successivamente al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 («Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni»), dove, per la prima volta, si introduce il concetto di «accesso civico»⁽⁸⁸⁾, con la sua portata innovativa, attuativa della normativa anticorruzione (l. 190/2012)⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 566.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. A. CONTALDO, *Vita e problemi della p.a.*, in *Riv. amm.*, 2018, p. 70 ss.

⁽⁸⁸⁾ Introdotto dall'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. M. PELISSERO, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 42 ss.

Un istituto, il diritto di accesso civico, veramente nuovo, che fonde la cultura dell'obbligo di informare che incombe sulle pubbliche amministrazioni con quella del diritto del cittadino di essere informato. Con l'accesso civico chiunque ha il diritto di chiedere e ottenere gratuitamente dalle p.a. gli atti, i documenti e le informazioni di cui è obbligatoria la pubblicazione, ma che, per qualsiasi motivo, le amministrazioni non hanno provveduto a rendere pubbliche nei propri siti istituzionali⁽⁹⁰⁾.

Ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. 33/2013 «La trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche». È all'evidenza che non siamo più in presenza della disciplina prevista dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 («Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi»), in cui solo coloro che potevano vantare una situazione legittimante, avevano diritto a ottenere i documenti.

Il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97⁽⁹¹⁾, sulla revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, introduce un regime di accesso ancora più ampio di quello previsto dalla versione originaria dell'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013, in quanto consente di accedere non solo ai dati e ai documenti per i quali esistono specifici obblighi di pubblicazione (per i quali permane, comunque l'obbligo dell'amministrazione di pubblicare quanto richiesto, nel caso in cui non fosse già presente nel sito istituzionale), ma anche ai dati per i quali non esiste l'obbligo di pubblicazione e che l'amministrazione deve comunque fornire al richiedente.

In pratica, la trasparenza, da principio generale dell'azione amministrativa (art. 1 della l. 241/1990) ha assunto un carattere nuovo, considerato che è anche finalizzato a favorire il c.d. “controllo diffuso”.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, n. 33, Rimini, 2013.

⁽⁹¹⁾ Cfr. A. MONEA, *La nuova trasparenza alla luce del D.lgs. n. 97/2016. L'accesso civico*, in *Argomenti*, 2016, p. 1040.

In sostanza, attraverso i dati disponibili nel sito istituzionale, i cittadini dovrebbero essere messi nella condizione di controllare il funzionamento e l'utilizzo delle risorse nelle diverse sedi.

Certo, la trasparenza, ritenuta come strumento di controllo della spesa e di moralizzazione della vita pubblica potrebbe utilmente apportare il proprio contributo anche alle misure di contrasto alla corruzione⁽⁹²⁾.

In particolare, il nuovo volto della trasparenza, dopo il d.lgs. n. 150/2009 e il d.lgs. n. 33/2013, consente il collegamento con la stessa integrità, intesa non solo come assenza di forme di cattiva amministrazione, ma come promozione di un forte spirito civico⁽⁹³⁾.

E, d'altra parte, l'accesso civico ha comunque una funzione integrativa della trasparenza stessa, a dimostrazione di una p.a. rinnovata, se si pensa che nell'ordinamento italiano, per lungo tempo, la regola fondamentale è stata quella della prevalenza della riservatezza sulla trasparenza.

Si rammenta, infatti, che il d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 («T.U. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato») prevedeva un dovere generale di riservatezza, concepito come una misura di tutela dell'interesse pubblico, anche se sottintendeva un'idea che faceva del cittadino esclusivamente un destinatario dell'azione pubblica, e non un soggetto partecipe, protagonista, assieme all'amministrazione, dell'assetto degli interessi che si determinava con il provvedimento.

A tale proposito l'art. 15 del d.P.R. n. 3/1957 è stato modificato dall'art. 28 della l. n. 241/1990 con una disposizione che, pur mantenendo la regola della riservatezza, e quindi del segreto d'ufficio, ha previsto che atti e informazioni siano trasmessi nell'ambito e con le modalità previste dalle norme sul diritto di accesso.

Quest'ultimo è diventato quindi regola che supera la trasparenza, con riferimento peraltro ai titolari di interessi diretti, concreti e attuali (art. 22,

⁽⁹²⁾ Cfr. C. BENUSSI, *La riforma Severino e il nuovo volto della corruzione*, in *Corr. merito*, 2013, 4, p. 361.

⁽⁹³⁾ Vedi art. 11 del d.lgs. n. 150/2009. Si consulti sull'argomento A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. civ.*, 2015, 2, p. 337; v. altresì S. BATTINI, *La funzione di controllo e l'etica della trasparenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 321 ss.

1° comma, lett. b)) e ai soggetti legittimati alla partecipazione procedimentale (art. 10) e nei limiti di tale configurazione.

Già nella l. n. 241/1990 risulta centrale la figura del responsabile del procedimento, inteso non tanto come il funzionario nei confronti del quale gravano le conseguenze di eventuali illeciti, ma come la persona fisica (di norma il dirigente dell'ufficio o un suo delegato) che deve assumere la responsabilità dell'istruttoria mediante l'esercizio di specifiche prerogative.

Il quadro, come si è visto, si amplia con la normazione più recente, per cui l'ampia accezione di responsabilità è utilizzata in endiadi con il principio della trasparenza, tanto è vero che nel testo del decreto n. 33/2013 viene introdotta anche la figura del responsabile per la trasparenza che, nel nostro ordinamento, è anche il responsabile della prevenzione della corruzione⁽⁹⁴⁾, atteso che la trasparenza sia intesa come mezzo fondamentale di prevenzione della corruzione.

A proposito della trasparenza, si potrebbe affermare che, tutto sommato, si tratta di una concezione piuttosto recente, definita comunemente come una scelta d'immagine o un modo di essere dell'amministrazione⁽⁹⁵⁾.

Ad ogni modo, attraverso la trasparenza il legislatore ha inteso assicurare «l'efficienza dell'amministrazione e, al contempo, la garanzia del privato e la legalità dell'ordinamento nel suo insieme»⁽⁹⁶⁾.

In pratica, negli sviluppi che ne sono conseguiti, da un lato si è posto l'accento dall'atto all'attività, dal provvedimento al procedimento, dall'al-

⁽⁹⁴⁾ V. l'art. 43, 1° comma del d.lgs. n. 33/2013: «il responsabile della prevenzione della corruzione svolge di norma le funzioni di responsabile della trasparenza». Cfr. art. 1, 2° comma del d.lgs. n. 33/2013, dove è disciplinata anche la figura del responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza (art. 43), affidando a quest'ultimo una serie di funzioni di garanzia rispetto alla gestione e al trattamento dei dati e dei documenti detenuti dalla p.a.

⁽⁹⁵⁾ Si consulti R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 529; cfr. G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1995, p. 2; C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 99 ss.; R. CANTONE, *la svolta che serve all'Italia*, in *L'Espresso*, 5 marzo 2015, p. 49.

⁽⁹⁶⁾ Cons. Stato, 22 marzo 2007, n. 1384, in *Altalex.com*.

tro la p.a. ha assunto la dimensione dell'efficienza, quale connotato necessario di un moderno sistema di risultati e obiettivi ⁽⁹⁷⁾.

5. — *Considerazioni conclusive.*

In sintesi, nel prendere in esame il concetto di onestà, si è partiti dall'*honestade* (*honestum/utile*) di Cicerone, per poi citare la *prudentia* di Machiavelli, la *sagesse* di De Montaigne, la ricerca dell'utile di Hobbes, per finire con Kant, che con il suo 'imperativo categorico', in un certo qual modo, intendeva eliminare l'utile, in quanto riduttivo del bello morale puro.

In realtà, l'onestà è un concetto complesso che fa parte dell'intimo dell'uomo e del cittadino, anche se, nel corso della storia, l'equilibrio *honestum/utile* ha perduto parte della sua identità, a favore dell'utile, cioè di quanto serve per la sopravvivenza, per il benessere, per il successo materiale.

E, d'altra parte, non vi è chi ⁽⁹⁸⁾ non veda come anche quest'ultimo concetto sia vastissimo, in quanto per spiegarlo, si fa generalmente ricorso al concetto di 'vantaggio' o a quello di 'profitto', i quali nello specifico possono entrambi assumere carattere economico, oppure patrimoniale o morale, consistente nel ricevimento di un bene materiale o immateriale.

Come è stato sottolineato ⁽⁹⁹⁾, a rigore, l'utilità non sarebbe il bene, bensì l'attitudine del bene a soddisfare un bisogno umano e quindi è un 'predicato di relazione', in quanto esprime un rapporto fra un soggetto che ha un bisogno e un oggetto (il bene) che soddisfa il bisogno stesso.

In determinate figure criminose di corruzione l'utilità assume il carattere del 'compenso' o della 'retribuzione non dovuta' dall'*extraneus*, non avendo costui l'obbligo giuridico di prestarla ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁷⁾ Per un'analisi dell'evoluzione e dei profili strutturali del provvedimento amministrativo, cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016.

⁽⁹⁸⁾ F. GIANNITI, *Studi sulla corruzione*, cit., pp. 60-63.

⁽⁹⁹⁾ F. GIANNITI, *Studi sulla corruzione*, cit., pp. 13-14.

⁽¹⁰⁰⁾ F. GIANNITI, *Studi sulla corruzione*, cit., p. 72.

Nei paragrafi precedenti si è avuto modo di vedere come l'essenza di ogni riforma nasca dall'esigenza di adeguare la norma al mutamento qualitativo del rapporto corruttivo, che il più delle volte non si esaurisce nella compravendita di un singolo atto conforme o contrario ai doveri d'ufficio, bensì si estende all'asservimento dell'esercizio della funzione o del potere pubblico a interessi privati.

Sovente è stato scritto⁽¹⁰¹⁾ che la corruzione è sempre stato un fenomeno difficile da studiare e da penetrare nelle dinamiche, così come nella eziologia.

La maggiore complessità del fenomeno rispetto ad altri tipi di delitti deriva dal fatto che lo studio della corruzione si basa su un campione numericamente ridotto di reati conosciuti, considerato il mutuo interesse delle parti ad occultare il patto corruttivo e a difendersi reciprocamente⁽¹⁰²⁾.

Infatti è un fenomeno che giunge a conoscenza dell'autorità in percentuali esigue, sia per la mancanza di interesse da parte delle vittime a far uscire dal sommerso questo tipo di devianza, sia per la scarsa visibilità delle tracce del reato, considerato che le somme di denaro che costituiscono la tangente o le altre utilità sono difficilmente rintracciabili in un paese in cui vi è una rilevante economia sommersa (lavoro in nero), così come talvolta possono essere difficilmente individuabili le illegittimità di singoli atti amministrativi, oggetto di compravendita in una situazione di scarsa efficienza della p.a.

D'altra parte, è all'evidenza che una cattiva amministrazione renda più difficili i controlli dei processi decisionali e riduca la qualità e la legalità dell'ordinamento nel suo insieme dei servizi prestati⁽¹⁰³⁾.

E l'ottica è sempre quella del caso concreto in ordine ai doveri del funzionario, di conseguenza il risultato della gestione, più o meno rispondente

⁽¹⁰¹⁾ Per i profili giuridici della corruzione, oltre alla manualistica corrente, cfr. A. SPENA, *Il «turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003. Una innovativa analisi della dimensione economica della corruzione è proposta da M. ARNONE, E. ILIOPULOS, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, in *Vita e pensiero*, Milano, 2005.

⁽¹⁰²⁾ Sui processi trasformativi del fenomeno corruttivo, in particolare, v. P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, 2007, p. 4.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. G. PIGNATONE, *«Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto». Tra diritto vivente e prospettive di riforma*, Torino, 2018, p. 3.

ai principi della buona amministrazione, richiede valutazioni riguardo alla condotta tenuta dai pubblici dipendenti.

In realtà, il dipendente pubblico è titolare di una qualità che ha acquisito normalmente, a seguito di una selezione per pubblico concorso, *status*⁽¹⁰⁴⁾, che richiama sul dipendente obblighi di comportamenti che valgono nei confronti dell'amministrazione di appartenenza e, ancora prima, verso coloro che sono destinatari diretti e indiretti dell'azione amministrativa⁽¹⁰⁵⁾.

I doveri del pubblico impiegato di servire esclusivamente la Nazione (art. 98 Cost.) con disciplina e onore (art. 54 Cost.) costituiscono il fondamento costituzionale dello *status* di coloro che sono posti al servizio degli interessi affidati alle cure delle amministrazioni pubbliche.

L'onestà è una dote che ci si aspetta da tutti, ma i pubblici funzionari sono tenuti a un modello di onestà più elevato. Lo si desume per l'appunto dal citato art. 54 Cost., che dedica il 1° comma a tutti i cittadini e il secondo, in particolare, ai cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche. E proprio a costoro è richiesto di adempiere le loro funzioni con disciplina e onore.

A questi doveri corrisponde anche un particolare regime di responsabilità, definito dall'art. 28 Cost., a norma del quale i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti.

Autorevole giurisprudenza della Corte Costituzionale⁽¹⁰⁶⁾ ha affermato quanto segue: «non ha inteso il legislatore di tutelare una categoria di lavoratori ritenuti superiori perché dipendenti dello Stato, ma soltanto di proteggere quello speciale *status* che viene conferito in considerazione delle

⁽¹⁰⁴⁾ Si parla, ad esempio, di *status* di impiegato pubblico nella sentenza della Corte di Giustizia 9 dicembre 2010, causa C-296/09, Baesen, sul significato di impiegati pubblici e personale assimilato in materia di previdenza sociale. Tale significato, ai sensi dell'art. 13, n. 2, lett. d), del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, come modificato dal regolamento (CEE) del Consiglio 12 maggio 1981, n. 1390, viene determinato unicamente in base al diritto nazionale dello Stato membro cui appartiene l'amministrazione datrice di lavoro.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007, pp. 131 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Corte cost., ord. 17 marzo 1988, n. 323, in G.U. 30 marzo 1988, n. 13.

attribuzioni e dei poteri ad essi affidati: *status* che, peraltro, è poi anche fonte di aggravamento di responsabilità ogniqualvolta la qualità in parola viene assunta ad elemento costitutivo (reati propri) o a circostanza aggravante di talune fattispecie».

Il giudizio di responsabilità attiene, innanzitutto, ai rapporti interni dei pubblici funzionari, atteso che necessariamente gli obblighi di servizio creano un'incidenza nel servizio stesso.

Come è stato sottolineato⁽¹⁰⁷⁾, in primo luogo, si tratta del problema dei comportamenti, anche se essi non dipendono solo dalla misura dell'onestà e della correttezza dei singoli funzionari, ma, in larga parte, dalle condizioni in cui essi operano e dalle regole che disciplinano lo svolgimento delle loro attività. Gli stessi codici di comportamento contengono sempre formulazioni generiche, quando invece sarebbe di importanza primaria l'attività di formazione e sensibilizzazione del personale, a cui per decenni, è stata riservata poca attenzione⁽¹⁰⁸⁾.

Eppure il valore aggiunto, a mio modo di vedere, è dato proprio dalla formazione che deve perseguire due obiettivi principali: quello di informare gli impiegati sulle leggi e sui regolamenti applicabili e aiutarli nell'interpretazione e nell'applicazione di essi; e quello di far comprendere i principi e le logiche che ispirano queste regole, per consentire agli impiegati di stabilire autonomamente il comportamento corretto, anche nelle ipotesi non previste dalle leggi e dai regolamenti⁽¹⁰⁹⁾.

La formazione dovrebbe essere costante e avere luogo non solo al momento dell'assunzione, ma sistematicamente nel corso dell'attività lavorativa e con specificità per le singole categorie.

Attraverso un'attività formativa a carattere specialistico per la singola struttura di appartenenza e, attraverso un'attività di costante aggiornamento sulle novità legislative e organizzative, è possibile che un gruppo di lavoro,

⁽¹⁰⁷⁾ B.G. MATTARELLA, *Le regole*, cit., p. 9.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. S. KRANZ, *Etica dei comportamenti. Principi alla base del lavoro al servizio dei cittadini. Sanzioni in caso di violazioni*, in *Azienditalia. Il Personale*, 2016, 2.

⁽¹⁰⁹⁾ B.G. MATTARELLA, *Le regole*, cit., pp. 173-175.

anche se instabile o disorientato, possa trasformarsi in una squadra efficiente e soprattutto competente.

Come è stato osservato⁽¹¹⁰⁾, la struttura dirigenziale, tra le altre cose, dovrebbe tradurre gli obiettivi strategici in obiettivi operativi, indicando compiti e aspettative ai propri collaboratori; ai dipendenti andrebbe chiarito il senso della propria attività e del proprio ruolo.

Inoltre è necessario il coinvolgimento di tutti coloro che partecipano al perseguimento di un certo obiettivo e che svolgono una determinata attività. Questo significa avere relazioni, contatti, lavorare (con e) attraverso le persone.

Al mio ingresso nella pubblica amministrazione, oltre quarant'anni or sono, la prima sensazione che ho avvertito è che mancavano i principi organizzativi, si andava avanti con le consuete procedure, senza che qualcuno si preoccupasse della loro concreta utilità.

Noi nuovi assunti, dopo aver frequentato un breve corso didattico, andavamo ad affiancare gli anziani, che procedevano, per consuetudine, con la quotidiana esperienza.

Nessun apporto supplementare, nessuna riunione del personale, però il rispetto verso il collega più anziano, unito allo spirito di iniziativa di noi allora giovani assunti, con una cultura scolastica più elevata, siamo riusciti, per certi aspetti, a rendere più rapide le procedure, a rendere più snelli e organizzati gli archivi.

Non che mancassero le difficoltà, considerata la diffidenza al cambiamento del metodo di lavoro.

Preciso che sto parlando dei tempi in cui l'impiegato pubblico scriveva ancora a mano e teneva molto a una bella grafia.

Nel frattempo, cambiavano le leggi e anche gli strumenti utilizzati: le vecchie macchine da scrivere venivano sostituite da quelle elettriche, che poi lasciavano il posto ai computers, successivamente si è assistito all'avvento dell'amministrazione digitale, anche se la vera svolta era già avvenuta con

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. F. CAVALLUCCI, *La valutazione negli Enti Locali: a che punto siamo?*, in *Azienditalia. Il Personale*, 2016, 5.

l'entrata in vigore della l. n. 241/1990, sul diritto di accesso agli atti.

E proprio da allora si è cominciato ad avvertire il senso delle trasformazioni intervenute nell'amministrazione: prevalenza dei servizi sulle funzioni autoritative e configurazione anche di queste in forma di servizi al cittadino - utente delle nuove tecnologie, responsabilizzazione delle pubbliche amministrazioni, emersione di nuovi interessi e di corrispondenti forme di tutela.

In realtà, l'età digitale, inevitabilmente, ha portato la spersonalizzazione delle attività amministrative e un peggioramento della qualità del rapporto della p. a. con i cittadini utenti dei servizi.

A tale proposito, pur considerando la risorsa informatica come un valido ausilio per il miglioramento dei livelli di servizio, il mio vissuto in una p. a. mi ha insegnato che la trasparenza 'vera' debba passare, comunque, attraverso l'intermediazione di un funzionario: quel responsabile del procedimento (introdotto dalla l. n. 241/1990) che deve fungere da 'punto di raccordo' con il cittadino, che chieda di vedere e anche di accedere a tutto quello che avviene all'interno dell'amministrazione.

Internet non potrà mai sostituire il rapporto diretto tra il responsabile del procedimento e il cittadino che misura il grado di efficienza dalla bontà del servizio che gli viene reso.

Si è spesso affermato⁽¹¹¹⁾ che «nelle amministrazioni vi sono persone poco motivate, mal gestite, talora anche oziose o recalcitranti».

Io, dal canto mio, ho conosciuto in molti colleghi delle persone perbene, che hanno svolto il proprio lavoro con impegno e dedizione, rispettando regole di comportamento che esistevano senza essere scritte e che, comunque, venivano rispettate e fatte rispettare.

Oggi il sistema amministrativo è, senza dubbio, più complesso rispetto al passato e i cittadini, essendo diventati protagonisti nel rapporto con il settore pubblico, hanno crescenti aspettative nei confronti dei pubblici impiegati che, dal canto loro, stante la scarsità delle risorse umane e finanziarie, sono in sofferenza per fornire un servizio di qualità.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. S. CASSESE, *Verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 12 ss.; S. CASSESE, *L'etica pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 1097; cfr. B.G. MATTARELLA, *Le regole*, cit., p. 135.

Inoltre, il disordine normativo, dato da troppe norme, a volte incerte o di difficile interpretazione, non facilita, anzi, consente di scegliere arbitrariamente la disciplina da applicare, favorendo a volte la corruzione.

D'altra parte, questa criticità non è nuova, se si pensa che già Tacito (55-117 d.C. ca.) nei suoi *Annali* (3.27.3) sosteneva in modo disperato che, quanto più corrotta era la repubblica, tanto più numerose fossero le leggi: «et corruptissima re publica plurimae leges».

Obiettivo essenziale è cercare in tutti i modi di ridurre le opportunità che si manifestino casi di corruzione e, per ottenere tale scopo, è necessario creare un contesto sfavorevole alla corruzione, con l'adozione quotidiana di buone pratiche, magari potenziando, a livello di ogni singola amministrazione, misure ulteriori rispetto a quelle obbligatorie previste a livello nazionale.

Strumenti, come ad esempio i controlli, dovrebbero essere valorizzati, coordinati e sistematizzati, così pure la formazione in materia di etica e legalità, le disposizioni per rischio specifico, la previsione della rotazione periodica dei funzionari, in modo da evitare contatti pericolosi con possibili corruttori.

In tale contesto, a mio modo di vedere, la sfida per un'amministrazione sana consiste nel portare avanti questo processo, atteso che il grado di efficienza si misura dalla bontà dei servizi che vengono resi ai cittadini.

Per essere buona l'amministrazione deve essere semplice, atteso che la semplicità risponde a un'esigenza di legalità sostanziale, che vuole che al cittadino non siano imposti oneri che non siano strettamente indispensabili per lo svolgimento, da parte dell'amministrazione, della sua funzione di servizio.

Come è stato sottolineato⁽¹¹²⁾, la legge anticorruzione, pur essendo uno strumento fondamentale nella lotta a tale fenomeno, non pretende di pianificare la virtù amministrativa, il piano anticorruzione deve solo prendere, entro un arco di vigenza temporale, delle misure volte a ostacolare la tentazione di non essere virtuoso.

⁽¹¹²⁾ F. MERUSI, *L'imbroglione delle riforme amministrative*, Modena, 2016, p. 21.

In definitiva, sono le risorse umane che, con onestà, dovrebbero rendere concrete le riforme e, per farlo, dovrebbero adottare la massima attenzione e ogni iniziativa utile e opportuna per una effettiva repressione e prevenzione del fenomeno corruttivo⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹³⁾ L. MONTANARI, *Onore e onestà la strana coppia che non deve mai “lasciarsi”*, in *la Repubblica*, 7 settembre 2014; F. RIGOTTI, *Onestà*, Milano, 2014; ID., *L'onore degli onesti*, Milano, 1998; A. GALDO, *Se la corruzione si vince con una svolta culturale*, in *Il Messaggero*, 16 ottobre 2016; P. RUSSO, *Prevenzione della corruzione negli enti locali: la funzione di responsabile*, 7 marzo 2014, in *Altalex.com*.

SILVIO PIETRO CERRI^(*)

SOCIETÀ DI FATTO E INTERESSI FAMILIARI

Abstract: The essay analyzes some hypotheses of coexistence between family-type interests and specific interests of business management in its various forms (individual business, family business, company), noting, in particular, the importance of univocally distinguishing cases in which the business is managed individually, cases in which the company is managed jointly with the spouse and/or family members and cases in which the entrepreneur shares the management, with spouse and/or family members, in a substantial (and not even formal) way. This allows to identify the boundary between gratuitous acts arising from an exclusively family interest (i.e., a guarantee in favor of the entrepreneur spouse due to moral obligation), from formal (and not even substantial) gratuitous acts (guarantee in favor of the entrepreneur spouse as an act of co-management of business).

SOMMARIO: 1. Rapporti familiari e patti tra soci. – 2. Società di fatto, impresa familiare e azienda coniugale. – 3. Atti dispositivi e principio di solidarietà. – 4. Interesse del garante e corrispettività indiretta. Fideiussione *omnibus* e conferimento.

1. — *Rapporti familiari e patti tra soci.*

Vi è, intorno all'annosa questione concernente la corretta inquadrabilità della c.d. società di fatto⁽¹⁾, un consolidato orientamento giurisprudenziale, volto a ritenerne la sussistenza nell'ipotesi in cui, in difetto di espresso ac-

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ V. in proposito R. SACCO, *Sulla società di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 59; C. ANGELICI, *Società di fatto (società di fatto e irregolare)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991; F. KUSTERMAN, *Delle società. Commentario*, Milano, 1988, p. 122; G. SPATAZZA, *La società di fatto*, Milano, 1980; ID., *Verso la soppressione del socio occulto*, in *Giur. comm.*, 1982, p. 205 ss.; V. SALAFIA, *Società di fatto: ammissibile la trasformazione in società di persone*, in *Società*, 1995, p. 1314; ma v. anche F. DI SABATO, *Manuale della società*, Torino, 1992, p. 69 ss.; F. GALGANO, A. BONSIGNORI, *Il fallimento delle società*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Galgano, Padova, 1988, p. 56.

cordo, due o più persone agiscano in qualità di soci, a mezzo di comportamenti concludenti⁽²⁾.

Detta impostazione, tuttavia, non consente a tutt'oggi una individuazione univoca del fenomeno, potendo parlarsi di "società di fatto" in due casi fondamentali, ossia in presenza di: a) un accordo interno tra soci, non ne-

⁽²⁾ Sulla necessità della sussistenza di circostanze concludenti al fine di poter parlare di società di fatto cfr., *ex multis*, Cass., 22 febbraio 2008, n. 4529, in *Fallimento*, 2008, p. 911, con nota di A. BARBIERI, *L'estensione del fallimento del socio occulto o di fatto*; Cass., Sez. lav., 5 gennaio 2007, n. 47, in *Notariato*, 2007, p. 143; Cass., Sez. lav., 4 gennaio 2007, n. 23, in *Impresa*, 2007, p. 635, in *Dir. e prat. lav.*, 2007, p. 2111, in *Lav. nella giur.*, 2007, p. 1026, ove si sottolinea che «Per l'esistenza in capo al coniuge dell'imprenditore della qualità di socio di fatto (e della conseguente responsabilità patrimoniale nei confronti dei dipendenti dell'imprenditore stesso) è necessario che il vincolo societario emerga da elementi concludenti, rigorosamente provati, idonei ad escludere che l'eventuale partecipazione all'attività aziendale del coniuge sia motivata esclusivamente dall'*affectio maritalis* nonché a delineare in modo inequivoco la partecipazione all'attività commerciale»; Cass., 8 agosto 2003, n. 11957, in *Guida al dir.*, 2003, 44, p. 67; Cass., 26 agosto 1998, n. 8468, in *Corr. trib.*, 1998, p. 3062, e in *Riv. dir. trib.*, 2000, II, 233; Cass., 27 novembre 1997, n. 11975, in *Fallimento*, 1998, p. 1150, con nota di F. PATINI, *Prova e presunzione del vincolo sociale nelle società di fatto*, secondo la quale «Per poter considerare esistente una società di fatto, agli effetti della responsabilità delle persone e/o dell'ente, anche in sede fallimentare, non occorre necessariamente la prova del patto sociale, ma è sufficiente la dimostrazione di un comportamento, da parte dei soci, tale da ingenerare nei terzi il convincimento giustificato ed incolpevole che quelli agissero come soci, atteso che, nonostante l'inesistenza dell'ente, per il principio dell'apparenza del diritto, il quale tutela la buona fede dei terzi, coloro che si comportino esteriormente come soci vengono ad assumere in solido obbligazioni come se la società esistesse. Tuttavia, in caso di società di fatto (che si assuma) intercorrente fra consanguinei, la prova dell'esteriorizzazione del vincolo deve essere particolarmente rigorosa, occorrendo che essa si basi su elementi e circostanze concludenti, tali da escludere che l'intervento del familiare possa essere motivato dall'*affectio familiaris*, sicché, di regola, non è di per sé sufficiente la dimostrazione di finanziamenti e/o pagamenti ai creditori dell'impresa da parte del congiunto dell'imprenditore, costituendo questi atti neutri, spiegabili anche in chiave di solidarietà familiare»; Cass., 29 ottobre 1997, n. 10695, in *Studium iuris*, 1998, p. 317, in *Corr. giur.*, 1998, p. 924, con nota di F. FRUMIGLI, *Società di fatto e principi contrattualistici*, nonché in *Giur. it.*, 1998, p. 747; Cass., 13 maggio 1997, n. 4187, in *Giur. it.*, 1998, p. 513; Cass., 26 luglio 1996, n. 6770, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 160, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 124, in *Riv. dott. comm.*, 1997, p. 587, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 996, con nota di P. USAI, *In tema di prova di società apparente tra consanguinei*, in *Riv. not.*, 1997, p. 879, e in *Fallimento*, 1997, p. 162, con nota di A. FIGONE, *Società di fatto tra familiari*; Cass., 6 ottobre 1988, n. 5403, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 464, in *Fallimento*, 1989, p. 269, nonché in *Società*, 1989, p. 129, con nota di S. TAURINI, *Assoggettabilità a fallimento di socio receduto*.

cessariamente manifesto ai terzi, per la comune gestione di un'attività d'impresa; *b*) un vincolo societario esternato a terzi in modo da ingenerare, nei medesimi, la legittima convinzione dell'esistenza di una società, anche in assenza di sua formale costituzione⁽³⁾. La prova del vincolo societario, in linea di principio, può essere diretta ovvero ottenuta in modo presuntivo, per il tramite di manifestazioni esteriori del rapporto societario.

Si ha la prima ipotesi ove, con riferimento ai rapporti interni tra soci, si dimostri la sussistenza degli elementi costitutivi di una società, come il conferimento di beni e/o servizi per la formazione del fondo comune, la partecipazione a utili e perdite nonché, infine, la volontà di collaborare e di vincolarsi al fine di raggiungere un risultato comune⁽⁴⁾: si tratta, in sintesi, della c.d. *affectio societatis*⁽⁵⁾, normalmente comprovata dalla stipula di un contratto societario⁽⁶⁾.

Al contrario, in assenza di prova diretta, dovrà farsi riferimento a comportamenti tendenti a manifestare un rapporto societario e idonei a dimostrare l'esistenza del vincolo tramite processo induttivo: si pensi, ad esempio, alle operazioni di finanziamento nonché di garanzia, cui deve attribuirsi rilievo nell'ipotesi in cui, effettuate in maniera sistematica e concludente:

⁽³⁾ A. FIGONE, *Società di fatto tra familiari*, cit., p. 163.

⁽⁴⁾ *Ex multis*, Cass., 7 dicembre 1989, n. 5408, cit. Sul punto anche A. FIGONE, *Società di fatto tra familiari*, cit., p. 163.

⁽⁵⁾ Cfr., per la giurisprudenza di legittimità, Cass., 26 marzo 1994, n. 2985, in *Fallimento*, 1994, p. 845; Cass., 8 gennaio 1991, n. 84, *ivi*, 1991, p. 239; Cass., 10 agosto 1990, n. 8154, *ivi*, 1991, p. 473; per quella di merito v. Trib. Napoli, 17 luglio 1996, *ivi*, 1997, p. 103, con nota di V. RINALDI, *Estensione del fallimento di società e rapporti di parentela*, secondo il quale «Condizioni necessarie e sufficienti per la rappresentazione del vincolo sociale sono la coesistenza di elementi oggettivi, quali il conferimento di beni o servizi, con la formazione di un fondo comune e con la partecipazione degli autori dei conferimenti ai guadagni ed alle perdite, e soggettivi, concretantisi nell'intenzione pattizia dei contraenti di vincolarsi e collaborare per conseguire i risultati patrimoniali comuni nell'esercizio collettivo di una o più attività economiche ed imprenditoriali (c.d. *affectio societatis*)»; nonché Trib. Cassino, 14 giugno 1995, *ivi*, 1996, p. 293, con nota di L. GAFFURI, *Prestazioni di garanzia a favore del coniuge e fallimento di società apparente*.

⁽⁶⁾ Sul punto Trib. Catania, 7 aprile 1988, nonché App. Catania, 8 luglio 1988, entrambe in *Fallimento*, 1989, p. 308.

a) costituiscano, alla stregua di un conferimento⁽⁷⁾, il mezzo di apprestamento della propria opera di sostegno nell'attività d'impresa; b) sottolineino un chiaro intento volto alla gestione imprenditoriale, incompatibile sia con il diritto di regresso che con l'assunzione della qualifica di terzo creditore dell'ente garantito⁽⁸⁾. Oltre a dette operazioni di finanziamento e garanzia dovrà tenersi conto di quelle operazioni le quali, valutate nel loro complesso nonché sotto il profilo della loro concretezza, costituiscano manifestazione di unità d'intenti nell'ambito della gestione imprenditoriale e nel perseguimento dei medesimi risultati.

Vi sono, poi, casi di "società apparente"⁽⁹⁾, in cui l'esistenza di una società di fatto non è dimostrabile a mezzo della mera esteriorizzazione del vincolo societario⁽¹⁰⁾, ed atti e comportamenti predetti acquistano rilievo giuridico

⁽⁷⁾ Sulla configurabilità della fideiussione in termini di conferimento v. *infra*, § 4.

⁽⁸⁾ Cfr. Cass., 26 luglio 1996, n. 6770, cit.; Cass., 4 agosto 1988, n. 4827, *ivi*, 1989, p. 15, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 463, nonché in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 372.

⁽⁹⁾ In tema di distinzione tra società di fatto, società occulta e società apparente, notoriamente oggetto di ampia e risalente attenzione da parte della dottrina, si v., *ex multis*: R. SACCO, *Sulla società di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 59 ss.; C. ANGELICI, voce *Società irregolari e di fatto*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1989, p. 3 ss.; C. CARBONE, *La società occulta*, in F. PREITE, C.A. BUSI (a cura di) *Trattato società di persone*, I, Torino, 2015, p. 91 ss.; M.A. MARZULLI, *La società di fatto*, *ivi*, p. 61 ss.; F. PREITE, *La società apparente*, *ivi*, p. 79 ss.; G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, in G. COTTINO, M. SARALE, R. WEIGMANN (a cura di), *Società di persone e consorzi*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da G. Cottino, Padova, III, 2004, p. 401 ss.; G. FERRI jr., *Società di fatto e imprenditore occulto*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, p. 610 ss.; G. SPATAZZA, *La società di fatto*, 1980, Milano, *passim*.

⁽¹⁰⁾ Cfr. sul punto Trib. Verona, 12 dicembre 1988, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, c. 35, secondo cui «La prestazione di garanzie di natura fideiussoria all'interno del nucleo familiare, da parte di un coniuge a favore dell'altro coniuge imprenditore, non è sufficiente a coinvolgere il garante nel fallimento del garantito in qualità di socio di quest'ultimo, in quanto essa prestazione non prova in modo certo ma solo in via indiziaria l'esistenza di un vincolo sociale di fatto tra moglie e marito»; tale decisione si armonizza, come la ormai quasi totalità delle decisioni di merito, con il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità. In ordine alla prova del rapporto sociale di fatto cfr., in generale, Cass., 6 ottobre 1988, n. 5403, cit., secondo la quale «Ai fini della dichiarazione di fallimento di una società di fatto, la sussistenza del contratto sociale può risultare, oltre che da prove dirette specificamente riguardanti i suoi requisiti, anche da manifestazioni esteriori, quando per la loro sintomaticità e concludenza inducano a ritenere l'esistenza della società anche nei rapporti interni; finan-

solo ove idonei ad ingenerare un ragionevole convincimento, in capo ai terzi, dell'esistenza del vincolo societario: in questi casi, ed ai fini dell'assoggettabilità dei soci al fallimento, gli interpreti tendono ad equiparare la società di fatto, concretamente esistente, a quella apparente⁽¹¹⁾.

ziamenti e fideiussioni in favore dell'imprenditore, se non sono di per sé idonei a provare il rapporto sociale, possono costituire indici rivelatori del rapporto qualora per sistematicità e in relazione al caso concreto siano ricollegabili ad una costante opera di sostegno dell'attività dell'impresa, qualificabile come collaborazione del socio al raggiungimento degli scopi sociali»; ma v. anche Cass., 4 agosto 1988, n. 4827, cit.

Con particolare riferimento alle società di fatto tra coniugi e, in genere, tra familiari, v. Cass. (ord), 4 ottobre 2019, n. 27541, in *Giur. it.*, 2020, 4, p. 864, con nota di A. OVAZZA, *Società di fatto in ambito familiare ed estensione del fallimento*, in *Studium iuris*, 2020, p. 613, e in *Società*, 2020, p. 111, ove si evidenzia che «In tema di estensione del fallimento del titolare dell'impresa individuale agli altri componenti della famiglia, l'esistenza del contratto sociale può essere desunta, oltre che da prove dirette specificamente riguardanti i suoi requisiti (*affectio societatis*, costituzione di un fondo comune, partecipazione agli utili ed alle perdite), anche da manifestazioni esteriori che, pur giustificabili alla luce del rapporto di coniugio o di parentela, siano rivelatrici, per il loro carattere di sistematicità e concludenza, delle componenti del rapporto societario, tra le quali particolare significatività può riconoscersi ai rapporti di finanziamento e di garanzia che siano ricollegabili ad una costante opera di sostegno dell'attività dell'impresa per il raggiungimento degli scopi sociali»; Cass., 17 ottobre 1986, n. 6087, in *Rep. Giur. it.*, 1987, voce *Fallimento*, n. 535, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 416 e in *Fallimento*, 1987, p. 572; Cass., 23 dicembre 1982, n. 7119, in *Rep. Giur. it.*, 1984, voce *Società*, n. 239, in *Giur. comm.*, 1983, p. 847, e in *Fallimento*, 1983, p. 1342; per la giurisprudenza di merito v. Trib. Lucca, 30 giugno 1986, in *Rep. Giur. it.*, 1987, voce *Fallimento*, n. 538, e in *Dir. fall.*, 1986, II, p. 934; App. Messina, 26 luglio 1985, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Fallimento*, n. 597, e in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, II, p. 565, con nota di S. ALAGNA, *Garanzie per i debiti, impresa familiare e società di fatto*; Trib. Udine, 30 novembre 1984, in *Rep. Giur. it.*, 1985, voce *Società*, n. 283, e in *Dir. fall.*, 1985, II, p. 505; Trib. Tempio Pausania, 30 aprile 1983, in *Rep. Giur. it.*, 1985, voce *Fallimento*, n. 624, e in *Dir. fall.*, 1985, II, p. 282; Trib. Roma, 23 giugno 1982, in *Rep. Giur. it.*, 1983, voce *Società*, n. 272, e in *Dir. fall.*, 1983, II, p. 244, con nota di D. DI GRAVIO, *Pregiudizialità fra concordato fallimentare e procedura di estensione. Le società di fatto all'interno delle famiglie*. Anche in dottrina vi è orientamento univoco in ordine agli indici rivelatori della sussistenza di una società di fatto tra coniugi e, in genere, tra familiari: cfr. M. BRONZINI, *Inattesa dichiarazione di fallimento anche di un terzo in occasione di risoluzione di un concordato*, in *Dir. fall.*, 1986, II, p. 934 ss.; S. ALAGNA, *Garanzie per i debiti, impresa familiare e società di fatto*, cit., p. 571 ss.; D. DI GRAVIO, *Pregiudizialità fra concordato fallimentare e procedura di estensione. Le società di fatto all'interno delle famiglie*, cit., p. 247 ss.

⁽¹¹⁾ In tal senso v. Cass., 9 settembre 1996, n. 8168, in *Fallimento*, 1997, p. 503; Cass., 11 marzo 1992, n. 2914, *ivi*, 1992, p. 696; Cass., 8 gennaio 1991, n. 84, cit.; Cass., 7 giugno 1985,

La società di fatto, come quella apparente, può sussistere tra coniugi e/o tra parenti stretti⁽¹²⁾, ed in tali ipotesi – proprio in considerazione della sostanziale coincidenza degli elementi tipici del rapporto coniugale e/o familiare con quelli strutturali del vincolo societario – è necessario garantire un certo rigore nel valutare sia la prova del vincolo che le eventuali, relative, esteriorizzazioni⁽¹³⁾.

n. 3398, *ivi*, 1986, p. 152. Per la giurisprudenza di merito si v. Trib. Torino, 26 novembre 1992, in *Giur. it.*, 1993, 2, c. 399, con nota di G. BENESSIA, *Nota in tema di fallimento della società apparente*, nonché in *Riv. not.*, 1993, p. 1252, il quale sottolinea che «L'ingerenza nella gestione e nell'amministrazione di una s.n.c. (attuata attraverso riscossione di importi e pagamento di fatture per conto della società) ancorché non sufficiente di per sé ad integrare la prova di un rapporto sociale di fatto ed occulto, costituisce tuttavia circostanza idonea ad ingenerare nei terzi il convincimento dell'esistenza di tale rapporto. La necessità di tutelare l'incolpevole affidamento di questi ultimi, giustifica pertanto l'estensione del fallimento al socio apparente, essendo irrilevante la presenza o meno di accordi con i componenti effettivi della società».

⁽¹²⁾ Per la qualificabilità dei “parenti stretti” si v. Trib. Catania, 15 luglio 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, c. 52, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 167, in *Riv. dott. comm.*, 1993, p. 350, nonché in *Fallimento*, 1993, p. 105, secondo cui debbono rinvenirsi tra quelli elencati *ex art.* 433 c.c.

⁽¹³⁾ Cfr. sul punto Cass., 2 aprile 1999, n. 3163, in *Dir. fall.*, 2000, II, p. 560, nonché in *Fallimento*, 2000, p. 606, con nota di G.M. ZAMPERETTI, *Fallimento della società di fatto*, secondo cui «In tema di società di fatto che si assuma intercorrente tra soggetti legati da stretti vincoli familiari, la prova della esteriorizzazione del vincolo societario, necessaria e sufficiente per poter considerare esistente la società, deve essere rigorosa, occorrendo che essa si basi su elementi e circostanze concludenti, tali da escludere che l'intervento del familiare possa essere motivato dall'*affectio familiaris*, e da deporre, invece, in modo non equivoco nel senso di una sua compartecipazione all'attività commerciale del consanguineo». Per la giurisprudenza di merito si v. App. Milano, 22 giugno 2010, in *Fallimento*, 2011, p. 120, secondo cui «Ai fini della dichiarazione di fallimento del socio illimitatamente responsabile di una s.d.f., ai sensi dell'art. 147 l.fall., ha rilevanza il fatto che il soggetto abbia utilizzato i propri conti correnti personali per fare e ricevere pagamenti afferenti l'attività di impresa e per farvi confluire finanziamenti dichiaratamente utilizzati per acquistare un bene strumentale dell'attività del coniuge, in quanto tali comportamenti sono riconducibili all'*affectio societatis* e non all'*affectio maritalis*»; App. Napoli, 2 novembre 2010, in *leggiditalia.it*, la quale sottolinea che «Deve ritenersi sussistente una società di fatto tra coniugi, rilevante ai fini fallimentari, ogni qualvolta l'un coniuge ponga in essere ripetuti atti di amministrazione e gestione dell'impresa dell'altro, in tal modo apparendo all'esterno come contitolare della stessa. In ipotesi siffatte, invero, tali condotte non possono in alcun modo giustificarsi né nell'adempimento di obblighi nascenti dal rapporto di coniugio, né alla stregua di apporto all'impresa familiare altrui. In tale ultimo caso, in particolare, l'unica persona legittimata ad agire nei confronti dei terzi è unicamente il titolare dell'impresa».

La giurisprudenza di legittimità è infatti costante nel ritenere che le operazioni di finanziamento e/o di garanzia poste in essere dal coniuge o dal familiare stretto costituiscano di per sé atti neutri, la cui *ratio* è rinvenibile, potenzialmente, nella solidarietà familiare come nel vincolo societario: di conseguenza, in sede fallimentare, solo nel secondo caso sarà possibile estendere, al coniuge od al familiare, la responsabilità illimitata e solidale, ponendo dette attribuzioni «rilevare solo quando intervengano non già al solo scopo di supportare l'imprenditore (come avviene di frequente tra familiari), bensì se dimostrino l'intendimento di voler assumere anche i rischi connessi alla gestione dell'impresa»⁽¹⁴⁾.

Sarà quindi necessario individuare, caso per caso, la linea di confine tra *affectio familiaris* ed *affectio societatis*⁽¹⁵⁾ in modo tale da rendere dimostrabile l'eventuale volontà del coniuge, o del familiare in genere, di compartecipare all'attività di gestione imprenditoriale al di là del legame affettivo-familiare⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Così A. FIGONE, *Società di fatto tra familiari*, cit., p. 164.

⁽¹⁵⁾ Cfr. sul punto M. BIANCA, *Estensione dello status di socio accomandatario al coniuge dell'accomandatario: "affectio societatis" o "affectio coniugalis"?*, in nota ad App. Genova, 18 agosto 2020, in *Fam. e dir.*, 2021, p. 946 ss.; ma v. anche S.P. CERRI, *Affectio familiaris, atti di disposizione e società di fatto*, nota a Cass., 5 luglio 2013, n. 16829, in *Vita not.*, 2013, p. 1063 ss. V. inoltre, per la giurisprudenza di merito, Trib. Ravenna, 6 maggio 1994, in *Gius.*, 1994, 14, p. 143; Trib. Pordenone, 8 aprile 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 217; App. Catania, 19 settembre 1991, in *Giur. comm.*, 1992, p. 608.

⁽¹⁶⁾ V. sul punto Cass., 26 luglio 1996, n. 6770, cit.; Cass., 23 dicembre 1982, n. 7119, cit.; Cass., 27 settembre 1956, n. 293, in *Dir. fall.*, 1956, II, p. 800; v. inoltre, per la giurisprudenza di merito, App. Bologna, 12 febbraio 2003, in *Fallimento*, 2003, p. 900; Trib. S. Maria Capua Vetere, 16 aprile 2002, in *Giur. nap.*, 2002, p. 416; Trib. Napoli, 17 luglio 1996, cit.; Trib. Cassino, 14 giugno 1995, cit.; Trib. Torino, 25 maggio 1992, in *Fallimento*, 1992, p. 974; Trib. Ravenna, 6 maggio 1994, in *Gius.*, 1994, 14, p. 143; Trib. Catania, 15 luglio 1992, cit.; Trib. Pordenone, 8 aprile 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, p. 217, con nota di V. COLUSSI, *Società di fatto fra coniugi*; Trib. Catania, 28 febbraio 1991, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2914, in *Dir. fall.*, 1991, p. 237, con nota di S. DEL CORE, *Fideiussione omnibus e fallimento, e ivi*, 1992, p. 610, con nota di G.L. NIGRO, *Sull'efficacia del diritto di prelazione previsto nello statuto di una società a responsabilità limitata*; Trib. Verona, 12 dicembre 1988, cit.; Trib. Tempio Pausania, 30 aprile 1983, cit.; Trib. Roma, 23 giugno 1982, cit.; App. Napoli, 22 dicembre 1980, in *Fallimento*, 1981, p. 521, e in *Foro nap.*, 1981, I, c. 8, secondo cui «In materia di società di fatto tra coniugi la prova dell'esistenza di un vincolo sociale deve essere particolarmente rigorosa, occorrendo la inequivoca partecipazione di un coniuge all'attività commerciale dell'altro

2. — *Società di fatto, impresa familiare e azienda coniugale.*

Legata alla presenza, tra gli appartenenti ad una medesima compagine imprenditoriale, dei parenti o del coniuge dell'imprenditore vi è, in aggiunta a quella della prova del rapporto sottostante, un'ulteriore questione, riguardante la collocabilità di un'impresa *lato sensu* collettiva nell'ambito dello schema della società di fatto, ovvero della impresa familiare.

Le conseguenze derivanti dal sostenere una interpretazione piuttosto che un'altra debbono ritenersi dotate di una certa rilevanza⁽¹⁷⁾ dal momento che, a differenza di quanto avvenga per i componenti di un'impresa familiare, i soci di una società di fatto – come i soci di una società di persone regolare – debbono considerarsi, in caso d'insolvenza della società, soggetti a fallimento personale. Al contrario, i membri di una impresa familiare mai assumono la qualifica imprenditoriale, vantando esclusivamente un diritto di credito (utili e mantenimento) nei riguardi del soggetto che suddetta qualifica rivesta⁽¹⁸⁾.

di guisa che detta partecipazione configuri quella *affectio societatis* che implica un *quid pluris* e diverso dall'*affectio coniugalis*; in mancanza di contrari indizi univoci e concludenti, l'aiuto dato dall'uno all'altro coniuge, deve essere considerato per presunzione logica come una possibile derivazione dai vincoli di convivenza e di affetto nascenti dal matrimonio, anziché come una manifestazione certa di cointeressenza tra coniugi a fini di lucro»; Trib. Rimini, 25 febbraio 1972, in *Dir. fall.*, 1972, II, p. 522; Trib. Torino, 20 gennaio 1971, *ivi*, 1971, II, p. 290; Trib. Bari, 18 marzo 1965, *ivi*, 1965, II, p. 518; App. Roma, 12 ottobre 1963, *ivi*, 1963, II, p. 684; Trib. Bologna, 28 giugno 1962, *ivi*, 1962, II, p. 727; Trib. Roma, 2 dicembre 1958, *ivi*, 1959, II, p. 295. *Contra*, Cass., 14 febbraio 2001, n. 2095, in *Giur. it.*, 2001, p. 1885; Trib. Messina, 8 gennaio 2003, in *Giur. it.*, 2003, p. 1192; Trib. Padova, 26 settembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 919; Trib. Messina, 14 gennaio 1995, in *Gius.*, 1995, p. 1646; App. Catania, 19 settembre 1991, *cit.*; App. Messina, 26 luglio 1985, *cit.*; Trib. Napoli, 30 marzo 1974, in *Dir. e giur.*, 1975, p. 968; App. Firenze, 3 aprile 1970, in *Dir. fall.*, 1970, II, p. 840, con nota di M. Bronzini, *Fideiussioni pericolose*; Trib. Pistoia, 15 maggio 1968, in *Giur. merito*, 1969, II, p. 137; App. Milano, 2 marzo 1951, in *Dir. fall.*, 1951, II, p. 253.

⁽¹⁷⁾ Cfr. A. FIGONE, *Società di fatto tra familiari*, *cit.*, p. 164.

⁽¹⁸⁾ V. in proposito Cass., 27 giugno 1990, n. 6559, in *Dir. fall.*, 1991, II, p. 21, con nota di P. PAJARDI, *Impresa familiare e fallimento*; ma v. anche Trib. Milano, 10 giugno 1993, *ivi*, 1994, II, p. 257, secondo cui «La linea di demarcazione tra società di fatto e impresa familiare va tracciata in ragione del comportamento dei partecipanti nei confronti dei terzi: se essi si pongono verso

L'istituto dell'impresa familiare è stato introdotto dalla riforma del diritto di famiglia del '75 al fine di attribuire rilevanza e tutela giuridica alle forme di prestazione lavorativa *de facto* effettuata – in assenza di vincolo di subordinazione, ovvero di rapporto di lavoro associativo o societario – da parte dei familiari dell'imprenditore. L'art. 230-*bis* c.c. quindi richiede, per la relativa applicazione, che l'attività lavorativa prestata dal familiare risulti improntata non alla cogestione imprenditoriale, bensì alla mera collaborazione, realizzabile sia a livello interno (con l'imprenditore) che esterno (tale da rendersi conoscibile a terzi).

Anche a livello d'impresa familiare possono prospettarsi, quindi, questioni probatorie analoghe a quelle affrontate in ordine alla società di fatto: nel caso in cui l'esteriorizzazione, infatti, risulti idonea ad ingenerare nei terzi la legittima convinzione dell'esistenza di un vincolo imprenditoriale di natura societaria, anche a fronte di formale atto costitutivo d'impresa familiare dovrà ritenersi esistente, in sostanza, una società di fatto, con conseguente estendibilità, al coniuge/familiare, della disciplina concernente il fallimento⁽¹⁹⁾.

Nell'ipotesi in cui, inoltre, nell'ambito di una società di fatto tra coniugi risulti vigente il regime di comunione dei beni, sono prospettabili ulteriori questioni interpretative, dal momento che la disciplina societaria dovrà porsi in coordinamento con quella del citato regime patrimoniale.

questi ultimi come contitolari dell'impresa, si può ritenere esistente, pur in assenza di prova dell'esistenza dell'*affectio societatis* una società apparente titolare di un proprio patrimonio giuridico costituito da un fascio di obbligazioni e come tale assoggettabile a fallimento. Nel caso di fallimento della società, questo può essere esteso all'ex socio già illimitatamente responsabile se l'insolvenza che lo ha determinato riguarda obbligazioni sorte antecedentemente allo scioglimento del vincolo sociale»; nonché Trib. Torino, 25 marzo 1991, in *Fallimento*, 1991, p. 1993, ove si evidenzia che «L'impresa familiare costituisce un istituto, la cui disciplina può essere invocata solo quando nella fattispecie, cui le parti hanno dato vita, non sia individuabile un diverso rapporto giuridico, come invece è ravvisabile nell'ipotesi in cui con il comportamento esteriore sia stato ingenerato nei terzi l'affidamento in ordine all'esistenza di una società di fatto attraverso la prestazione di finanziamenti, fideiussioni ed altri comportamenti che per la loro sistematicità pongono in evidenza una collaborazione del socio per il raggiungimento degli scopi sociali». In dottrina cfr., per i profili generali, M.C. ANDRINI, *L'impresa familiare*, in *Tratt. dir. amm. e dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, II, Padova, 1989, p. 59 ss.

⁽¹⁹⁾ Cfr. A. FIGONE, *Società di fatto tra familiari*, cit., p. 164.

Il pensiero va, *in primis*, all'art. 177, 1° comma, lett. *d*) e 2° comma, c.c., in materia di azienda coniugale.

A fronte di una giurisprudenza piuttosto esigua riguardo all'azienda coniugale⁽²⁰⁾ – tale da non consentire una elaborazione di principi generali –,

⁽²⁰⁾ In argomento, v. Cass. (ord.), 27 aprile 2020, n. 8222, in *Foro it.*, 2020, 1, c. 3169, secondo cui «In caso di costituzione, tra i coniugi, di una società di persone, ai beni compresi nel patrimonio sociale si applica la disciplina societaria e non quella, recessiva, dell'azienda coniugale»; ma v. anche Cass., Sez. lav., 23 maggio 2006, n. 12095, in *Lav. nella giur.*, 2006, p. 1231, nonché in *Impresa*, 2006, p. 1705, la quale sottolinea che «L'art. 177 c.c., lett. *d*), come modificato dalla l. 19 maggio 1975, n. 151, art. 59, considera oggetto di comunione legale le aziende gestite da entrambi i coniugi, costituite dopo il matrimonio. / Dato questo carattere essenziale di gestione paritaria, l'azienda coniugale di cui all'art. 177 c.c., lett. *d*), sembra assimilabile ad una impresa collettiva, diversamente dalla impresa familiare, di cui all'art. 230-*bis* c.c., introdotto dall'art. 89 della stessa legge sul nuovo diritto di famiglia, nella quale i diritti dei collaboratori rilevano solo sul piano obbligatorio, non comportano alcuna modifica nella struttura dell'impresa, che fa capo al titolare della stessa, il quale solo ha la qualifica di imprenditore ed al quale spettano i poteri di gestione e di organizzazione del lavoro (Cass., 15 aprile 2004, n. 7223, Cass., 20 giugno 2003, n. 9897, Cass., 6 marzo 1999, n. 1917, Cass., 4 ottobre 1995, n. 10412). La dottrina civilistica è divisa sulla natura giuridica dell'azienda coniugale, anche in rapporto a quella della impresa familiare. Tuttavia il rilievo ad essa comune [...] è che con le norme citate il legislatore non ha inteso disciplinare nuove forme d'impresa, ma tutelare i familiari partecipi, e si è limitato ad attribuire ad essi una serie di diritti (a carattere patrimoniale, stante la sede civilistica). / Si tratta di considerazioni comuni al carattere residuale della impresa familiare di cui all'art. 230-*bis*, che tutela i partecipanti, sul piano patrimoniale, in tutti i casi in cui non si configuri già la tutela propria del rapporto di lavoro subordinato o di quello societario (Cass., 26 giugno 1984, n. 3722, Cass., 9 giugno 1983, n. 3948)»; Cass., Sez. lav., 18 dicembre 1992, n. 13390, in *Dir. e giur. agr.*, 1993, p. 83, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, 1, p. 609, con nota di P. BONTEMPI, *Impresa familiare e retribuzione*, in *Vita not.*, 1993, p. 813, in *Dir. fam.*, 1994, p. 106, secondo la quale «In relazione al disposto dell'art. 230-*bis* c.c., l'ipotesi di impresa familiare realizzata mediante la partecipazione del coniuge all'attività aziendale si differenzia dalla fattispecie dell'azienda coniugale prevista dall'art. 177, lett. *d*) c.c., in cui la collaborazione dei coniugi si attua con la gestione comune dell'impresa; ai fini di tale distinzione non ha alcuna rilevanza diretta il regime di comunione dei beni vigente tra i coniugi, che può spiegare effetti solo sul piano della tutela, ex art. 178 c.c., dei diritti sui beni destinati all'esercizio di impresa». Si v. inoltre, per la giurisprudenza di merito, App. Milano, 10 maggio 2006, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 363, con nota di G. BECCARA, *I confini tra l'impresa coniugale e l'impresa familiare*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 123, con nota di U. MINNECI, *Fisiologia e patologia dell'azienda coniugale*, ove si sottolinea che «In presenza dell'ipotesi, legislativamente prevista, di gestione dell'azienda da parte di entrambi i coniugi non si discute più della configurabilità di una società di fatto, né tantomeno di un'impresa familiare ai sensi dell'art. 230-*bis* c.c., la cui applicazione

L'argomento è stato oggetto di particolare approfondimento da parte della dottrina⁽²¹⁾, la quale correttamente osserva, anzitutto, come debba escludersi qualsiasi incompatibilità tra società di fatto ed azienda coniugale, essendo, la prima, mera rappresentazione della modalità di svolgimento di un'attività d'impresa, mentre la seconda costituisce un *corpus* di beni organizzati per l'esercizio di detta attività, rilevante ai fini dell'applicabilità della disciplina del regime patrimoniale tra coniugi⁽²²⁾.

L'azienda coniugale è, in sostanza, un *corpus* che forma oggetto della comunione legale dei coniugi, e non deve confondersi con quell'azienda che coniugale possa solo apparire in superficie alla luce del fatto che sia, ad esempio, di proprietà dei coniugi, ovvero che sia lo strumento di esercizio di un'impresa coniugale (da non confondersi, a sua volta, con l'impresa familiare)⁽²³⁾.

La corretta collocazione sistematica della azienda coniugale è, tuttavia, tutt'altro che scontata o lineare⁽²⁴⁾.

è residuale rispetto ad ogni altro rapporto fra coniugi normativamente disciplinato», e «La peculiarità della fattispecie disciplinata dall'art. 177, comma 1, lett. d) c.c. per quanto attiene all'azienda sta nel fatto che quando la costituzione (o l'acquisto) della stessa avviene dopo la celebrazione del matrimonio e non si tratti, in forza del titolo, di un bene personale, l'attribuzione della titolarità a uno solo dei coniugi ovvero alla comunione coniugale viene a dipendere non dalle modalità con cui si costituisce o viene acquistata l'azienda medesima, bensì dal dato rappresentato dalla gestione»; Trib. Cagliari, 6 giugno 1996, n. 977, in *Riv. giur. sarda*, 1997, p. 688, con nota di M. AMITRANO, *Sull'ammissibilità di una «trasformazione» di un'impresa coniugale in società in accomandita semplice*; Trib. Reggio Emilia, 17 dicembre 1984, in *Riv. not.*, 1985, p. 440; Trib. Casale Monferrato, 30 luglio 1979, in *Giur. merito*, 1981, I, p. 1309.

(21) V. P. SCHLESINGER, Sub art. 177, in L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1977, I, p. 368 ss., spec. p. 384 ss.; B. INZITARI, *Impresa e società nella comunione legale familiare*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 85.

(22) A. FIGONE, *Società di fatto tra familiari*, cit., p. 164.

(23) Sul punto, P.G. JAEGER, F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, 8ª ed., Milano, 2010, p. 126 ss., spec. p. 130 s.

(24) In considerazione dell'ampia varietà delle disamine in argomento si v., *ex multis*, And. GENOVESE, *L'azienda coniugale*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da G. Bonilini, 2, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 2015, p. 1294 ss.; V. COLUSSI, voce *Impresa e azienda coniugale*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 1; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, 6ª ed., Torino, 2014, p. 141; L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, Padova, 2009, p. 6 ss.

Partendo dal citato dato letterale dell'art. 177, 1° comma, lett. *d*), c.c., sono oggetto di comunione legale «le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio»⁽²⁵⁾, mentre il 2° comma ostacola la qualifica di coniugalità in ordine all'azienda che risulti appartenuta ad uno dei coniugi anteriormente al matrimonio, anche ove gestita, successivamente, da entrambi i coniugi: da ciò, l'ascrivibilità alla comunione solo di utili ed incrementi realizzati da detta cogestione⁽²⁶⁾.

Si tratta, pertanto, d'individuare l'esistenza di criteri univoci di separazione della azienda coniugale dalla azienda che coniugale non può essere, ai sensi del citato art. 177 c.c.

Vi è, tra i parametri che permetterebbero l'individuazione dell'azienda coniugale quale oggetto di comunione legale, l'elemento teleologico, consistente nella disamina originata dalla destinazione propria del bene produttivo: partendo dall'art. 177, 1° comma, lett. *d*), c.c., sarebbe “coniugale” l'azienda che si qualifichi attraverso due caratteristiche indipendenti tra loro: *a*) la cogestione da parte dei coniugi; *b*) la costituzione comune successiva al matrimonio⁽²⁷⁾. Si tratta, tuttavia, di soluzione che soffre di alcuni punti d'ombra, tra cui l'accostamento, al dato certo della cogestione dei coniugi, della mancata trasparenza in ordine al senso da attribuire al concetto di gestione imprenditoriale: da ciò infatti nascono, da tempo, equivoci con riferimento ai possibili aspetti distintivi tra detta gestione e il concetto di “collaborazio-

⁽²⁵⁾ G. OBERTO, Sub *artt. 177 e 178 c.c.*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, I, *Costituzione, Carte dei diritti, Quattro codici*, 2ª ed., Milano, 2009, p. 804 s.

⁽²⁶⁾ G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, loc. ult. cit.; G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 373 s. e 382; ID., *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, *ivi*, 1976, I, p. 118; P. DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Bonilini e Cattaneo, 2, *Il regime patrimoniale della famiglia*, 2ª ed., Torino, 2007, p. 127; G. MARASÀ, voce *Impresa coniugale*, in *Dig. comm.*, VII, Torino, 1992, p. 153; B. MEOLI, *La comunione legale: natura, caratteri ed oggetto*, in AA.VV., *I rapporti patrimoniali. L'impresa di famiglia. Il patto di famiglia*, III, Torino, 2011, p. 220; G. RAGUSA MAGGIORE, *Comunione legale e fallimento*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La comunione legale*, II, Milano, 1989, p. 816 s.; R. COSTI, *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1976, p. 34 s.; M. GIONFRIDA DAINO, *La posizione dei creditori nella comunione legale tra coniugi*, Padova, 1986, p. 123.

⁽²⁷⁾ V. App. Milano, 10 maggio 2006, cit.

ne” all’interno di un comparto imprenditoriale, difficoltà, queste, che naturalmente si sono riversate sul più ampio dibattito concernente la distinzione, in via di principio, tra “impresa coniugale” e “impresa familiare”⁽²⁸⁾.

Vi sono alcuni profili di mancata coerenza sistematica del parametro funzionale⁽²⁹⁾.

Anzitutto, vige autonomia tra impresa familiare e impresa coniugale:

- a) la “collaborazione”, tipica della “impresa familiare” di cui all’art. 230-*bis* c.c., si verifica ove il familiare presti propria attività lavorativa, in modo continuativo, nella famiglia o nell’impresa, senza assumerne anche la gestione⁽³⁰⁾: al familiare che presta, in maniera retribuita, la propria collaborazione col coniuge imprenditore, indipendentemente dalla propria qualifica di coniuge, non compete la qualifica imprenditoriale;
- b) l’attività di “gestione in comune”, ricorrente nella “impresa coniugale”, porta i coniugi all’esercizio in comune di un’attività imprenditoriale, con conseguente assunzione, da parte di entrambi, della qualifica di amministratore⁽³¹⁾ e naturale configurabilità dell’ipotesi di coniugi coim-

⁽²⁸⁾ Cfr., sul punto, F.D. BUSNELLI, *Impresa familiare e azienda gestita da entrambi i coniugi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 1397 ss., spec. 1404 s., dalle cui riflessioni è possibile facilmente confermare la mancata condivisibilità del “criterio funzionale”, e ciò anche alla luce del fatto che, pur ispirato a criteri di tipo sistematico, porta tuttavia a soluzione tutt’altro che univoca.

⁽²⁹⁾ Sul punto, A. GENOVESE, *I confini attuali dell’azienda coniugale*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 522 ss., spec. p. 524.

⁽³⁰⁾ V., sul punto, A. MAGAZZÙ, *Le aziende gestite da entrambi i coniugi*, in A. MAISANO (a cura di), *L’impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 1977, p. 39 ss.

⁽³¹⁾ Cfr. L. BALESTRA, *Sub art. 230-bis c.c.*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, I, *Costituzione, Carte dei diritti, Quattro codici*, 2ª ed., Milano, 2009, p. 926 ss.; G. FERRI, *Impresa coniugale e impresa familiare*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, p. 2; G. OPPO, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 120 ss.; ID., *Diritto di famiglia e diritto dell’impresa*, cit., p. 384; G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 639 s.; ID., voce *Impresa coniugale*, cit., p. 152; R. COSTI, *Impresa familiare, azienda coniugale e «rapporti con i terzi» nel nuovo diritto di famiglia*, in *Giur. comm.*, 1976, I, p. ss.; V. COLUSSI, *Azienda coniugale e disciplina dell’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 610 ss.; B. MEOLI, *La comunione legale: natura, caratteri ed oggetto*, cit., p. 227 s.; G. PELLEGRINO, *Impresa coniugale, impresa familiare e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1981, I, p. 7. Si tratta di orientamento rinvenibile anche in giurisprudenza, con riferimento alla quale si v. in particolare Cass., Sez. lav., 18 dicembre 1992, n. 13390, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 609, con nota

prenditori⁽³²⁾.

Ma vi sono ulteriori riflessioni utili al superamento del criterio funzionale, focalizzato sul momento di destinazione ad impresa coniugale per la qualifica, in termini di “coniugalità”, di un’azienda.

Per aversi azienda coniugale, infatti, la gestione in comune tra coniugi è condizione necessaria ma non sufficiente, essendo necessario che l’azienda sia stata costituita dopo il matrimonio, cioè a dire che sia stata acquistata successivamente al medesimo, tramite impiego di beni e risorse rientranti in comunione legale⁽³³⁾: l’azienda esercitata a mezzo d’impresa cogestita

di P. BONTEMPI, *Impresa familiare e retribuzione*, in *Dir. fam.*, 1994, p. 106, in *Dir. e giur. agr. amb.*, 1993, p. 83, e in *Vita not.*, 1993, p. 813, la quale evidenzia in proposito che «In relazione al disposto dell’art. 230-bis c. c., l’ipotesi di impresa familiare realizzata mediante la partecipazione del coniuge all’attività aziendale si differenzia dalla fattispecie dell’azienda coniugale prevista dall’art. 177, lett. d) c.c., in cui la collaborazione dei coniugi si attua con la gestione comune dell’impresa; ai fini di tale distinzione non ha alcuna rilevanza diretta il regime di comunione dei beni vigente tra i coniugi, che può spiegare effetti solo sul piano della tutela, ex art. 178 c.c., dei diritti sui beni destinati all’esercizio di impresa».

⁽³²⁾ Cfr. R. COSTI, *Impresa familiare, azienda coniugale e «rapporti con i terzi» nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 6 ss.; ID., *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 38 ss. *Contra*, F.D. BUSNELLI, *Impresa familiare e azienda gestita da entrambi i coniugi*, cit., p. 1401.

Anteriormente alla riforma del diritto di famiglia del 1975, la collaborazione del coniuge nell’esercizio dell’impresa del familiare costituiva il risultato di tipizzazione meramente sociale, in quanto l’apporto del familiare assumeva connotati vari, come la mera esecuzione di prestazioni afferenti ad un contesto imprenditoriale formalmente ascrivibile ad altro familiare, ovvero l’esercizio di attività propriamente gestionale, con il comune denominatore, tuttavia, dello spirito solidale informante la causa sia del contributo lavorativo che del relativo diritto di credito (sottoforma, quest’ultimo, di corrispettivo, mantenimento ovvero retribuzione): cfr. G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1984, I, p. 440. A partire dalla citata riforma, nell’ambito dell’attività di collaborazione prestata all’interno dell’impresa si distingue tra: a) attività di gestione esercitata dal coniuge: solo in tal caso l’azienda appartiene al patrimonio coniugale (cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, 2, *Le convenzioni matrimoniali. Famiglia e impresa*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1984, p. 170), in costanza dei requisiti di cui al 1° comma, lett. d) dell’art. 177 c.c.; b) ogni altro tipo di prestazione eseguita dal familiare, come ad esempio, per ciò che qui interessa, il coniuge: caso, questo, in cui la prestazione resa dal coniuge diviene il fatto giuridico previsto ex art. 230-bis c.c. (cfr. G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, cit., p. 440 ss.; M. NUZZO, *L’impresa familiare*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, 2, *Il regime patrimoniale della famiglia*, 2ª ed., Torino, 2007, p. 489).

⁽³³⁾ Cfr. P. DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 118; G. OPPO, *Regimi patrimoniali*

dai coniugi può quindi definirsi come coniugale, ma solo ove costituita dai coniugi dopo il matrimonio⁽³⁴⁾, e una volta divenuta coniugale, tale rimane a prescindere dall'eventuale successiva comprensione di beni di esclusiva proprietà dei coniugi. Senza precedente dispiegamento di effetti civili del matrimonio, in sostanza, l'azienda non può divenire coniugale, ma solo di proprietà esclusiva di un coniuge *ex art. 177, 2° comma, c.c.*, alla stessa stregua del caso in cui il complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa dovesse acquistarsi dopo la celebrazione del matrimonio, ma in forza di successione a causa di morte ovvero per effetto di donazione, in linea con quanto statuito *ex art. 179, 1° comma, lett. b), c.c.*⁽³⁵⁾. A nessuna diversa conclusione si perverrebbe nell'ipotesi in cui, mediante medesima azienda di esclusiva proprietà, sia stata poi esercitata impresa coniugale, profilo produttivo, semmai, del tipico effetto della ascrivibilità, in comunione legale, di utili ed incrementi così conseguiti (cfr. *art. 177, 2° comma, c.c.*)⁽³⁶⁾.

In caso, poi, di esercizio d'impresa coniugale a mezzo di azienda di proprietà esclusiva di uno dei coniugi, si profilano alcune ipotesi fondamentali. Alla luce di disamina della comune intenzione dei contraenti, infatti, può alternativamente giungersi a conclusione che: *a)* il proprietario del cespite abbia contrattualmente concesso al coniuge il diritto di godimento dell'azienda (con necessità di verificare di volta in volta se il contratto, gratuito od oneroso, abbia forma espressa ovvero tacita); *b)* non vi sia impianto contrattuale a costituzione di un diritto di godimento sull'azienda, con conseguente

della famiglia e fallimento del coniuge, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 47 s.; ID., *Famiglia e impresa*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive* (Atti del Convegno di Verona, 14-15 giugno 1985, dedicato alla memoria del prof. Luigi Carraro), Padova, 1986, p. 138; A. MAGAZZÙ, *Le aziende gestite da entrambi i coniugi*, cit., p. 799; E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali. Artt. 177-179*, in *Cod. Civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 1999, p. 89 s.

⁽³⁴⁾ Si v. in proposito P. DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 118.

⁽³⁵⁾ Cfr. B. INZITARI, *Impresa e società nella comunione legale familiare*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 76 s.

⁽³⁶⁾ R. COSTI, *Impresa familiare, azienda coniugale e «rapporti con i terzi» nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 12 s.; G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, cit., p. 622; si v. inoltre G. OPPO, *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 285; ID., *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 118.

paventabilità di azienda, di proprietà esclusiva di un coniuge, impiegata per l'esercizio della sua impresa individuale, e applicazione dell'art. 178 c.c., in base a cui, in detta ipotesi, gli incrementi d'impresa maturati dopo il matrimonio formano oggetto di comunione residuale e differita⁽³⁷⁾; c) sia configurabile un'azienda coniugale ogniqualvolta l'azienda personale di un coniuge risulti, in epoca successiva al matrimonio, dal medesimo riconfigurata quale azienda coniugale, attraverso: i) una previa rinuncia alla proprietà esclusiva dell'azienda (rinuncia desumibile, eventualmente, dalla mancata formulazione della "riserva di proprietà" nel momento di adibizione dell'azienda a strumento di esercizio d'impresa coniugale); ii) un atto di destinazione dell'azienda a impresa coniugale, esprimente una fattispecie modificativa della titolarità dell'azienda (da individuale divenendo, quindi, coniugale)⁽³⁸⁾.

Nonostante nell'ipotesi di cui al 1° comma, lett. d) dell'art. 177 c.c. risulti una connessione di fondo tra azienda coniugale ed impresa coniugale, si tratta di istituti che mantengono una propria autonomia concettuale⁽³⁹⁾: elemento, questo, che conferma la profilabilità di azienda coniugale – in quanto

⁽³⁷⁾ Cfr. sul punto T.V. RUSSO, *Le vicende estintive della comunione legale*, Napoli, 2004, p. 67; G. OBERTO, *Sub artt. 177 e 178 c.c.*, cit., 795 ss.; V. COLUSSI, voce *Impresa e azienda coniugale*, cit., p. 2; A. MAGAZZÙ, *Le aziende gestite da entrambi i coniugi*, cit., p. 797; G. CIAN, A. VILLANI, *La comunione legale dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, p. 347; A. GORASSINI, *Azienda coniugale (Art. 177, lett. d e 2° comma; Art. 178)*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da P. Zatti, 3, *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. Anelli e M. Sesta, 2ª ed., Milano, 2012, p. 295. In giurisprudenza si v., da ultimo, Cass., Sez. un., 17 maggio 2022, n. 15889, in *Foro it.*, 2022, 7, 1, c. 2382, in *Giur. it.*, 2022, 12, 2602, con nota di G. OBERTO, *La natura della comunione de residuo al momento della cessazione del regime legale*, in *Notariato*, 2022, p. 365, con nota di A.C. SORGE, *Sulla natura della comunione de residuo*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 1187, con nota di M.S. MAISANO, *La natura della c.d. comunione de residuo sui beni d'impresa*, la quale sottolinea che «Nel caso di impresa riconducibile ad uno solo dei coniugi costituita dopo il matrimonio, e ricadente nella c.d. comunione *de residuo*, al momento dello scioglimento della comunione legale, all'altro coniuge spetta un diritto di credito pari al 50% del valore dell'azienda, quale complesso organizzato, determinato al momento della cessazione del regime patrimoniale legale, ed al netto delle eventuali passività esistenti alla medesima data».

⁽³⁸⁾ Si v. inoltre, sul punto, G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, cit., p. 445, nonché E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali. Artt. 177-179*, cit., p. 99.

⁽³⁹⁾ Per la distinzione tra azienda coniugale e impresa coniugale v. L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, cit., p. 5.

tale oggetto di comunione legale – anche in assenza di esercizio d’impresa coniugale⁽⁴⁰⁾.

A riprova di quanto appena detto si pensi, anzitutto, al fatto che un’azienda divenuta coniugale, tale permarrebbe anche nell’ipotesi in cui venga meno, successivamente alla sua costituzione, l’impresa coniugale⁽⁴¹⁾. Diverso, ovviamente, il caso in cui i coniugi non si siano mai impegnati nell’esercizio di un’impresa coniugale: fattispecie, questa, in cui difficilmente si registrerebbe, proprio in ossequio alla norma citata, il caso di azienda coniugale.

Giova ricordare, in proposito, quanto rilevato da parte di dottrina e giurisprudenza⁽⁴²⁾, cioè a dire come l’azienda, ove costituita od acquistata dal coniuge con uso di propri fondi, appartenga temporaneamente al suo patrimonio, con conseguente facoltà, in capo al titolare dell’azienda medesima, di destinarla alla “impresa individuale” di cui all’art. 178 c.c. Nel caso in cui, inoltre, il proprietario di azienda intenda alienarla o concederla in affitto, ovvero ancora di destinarla, concordemente con l’altro coniuge, ad esercizio d’impresa individuale di quest’ultimo, l’azienda assumerebbe, per ciò, la qualifica di “coniugale”⁽⁴³⁾. Ancora, può dirsi “coniugale”: a) l’azienda che

⁽⁴⁰⁾ V. Trib. Roma, 16 settembre 1999, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 183, con nota di P. SCHLESINGER, *Sull’azienda coniugale*, ove si sottolinea che «La semplice circostanza che i coniugi siano comproprietari di azienda, non è sufficiente di per sé a ritenere che quest’ultima sia necessariamente cogestita da entrambi e che, pertanto, tra essi sussista una società di fatto».

⁽⁴¹⁾ Cfr. A. GORASSINI, *Azienda coniugale (Art. 177, lett. d e 2° comma; Art. 178)*, cit., p. 290.

⁽⁴²⁾ Cfr. G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, cit., p. 450 ss.; Cass. (ord.), 28 settembre 2015, n. 19204, in *Ced Cassazione*, la quale evidenzia in proposito che «In tema di comunione legale, l’art. 168 c.c. disciplina la particolare condizione dei beni acquistati dal coniuge per essere destinati all’impresa da lui gestita e costituita dopo il matrimonio, i quali sono soggetti al regime della comunione legale *de residuo*, ossia ristretta ai soli beni sussistenti al momento dello scioglimento della comunione, sicché non opera per tali acquisti il meccanismo previsto dall’art. 179, 2° comma, c.c., rimanendo essi esclusi automaticamente, seppur temporaneamente, dal patrimonio coniugale, senza necessità di specifica indicazione o di partecipazione di entrambi i coniugi all’atto di acquisto, atteso che, mentre la prima norma prende in considerazione beni qualificati da un’oggettiva destinazione all’attività imprenditoriale del singolo coniuge, la seconda si occupa di beni soggettivamente qualificati dall’essere strumento di formazione ed espressione della personalità dell’individuo».

⁽⁴³⁾ Cfr. G. OPPO, *Regimi patrimoniali della famiglia e fallimento del coniuge*, cit., p. 47; in senso contrario, V. COLUSSI, voce *Impresa e azienda coniugale*, cit., p. 1.

debba essere acquistata o costituita da entrambi i coniugi dopo il matrimonio (art. 177, 1° comma, lett. *a*), c.c.), senza rinvenirvi ostacolo nel mancato esercizio, mediante essa, d'impresa coniugale⁽⁴⁴⁾; *b*) l'azienda costituita od acquistata, dopo il matrimonio, con uso di beni coniugali, in ossequio al generale principio in base a cui è coniugale ogni bene acquistato con uso di beni coniugali; *c*) l'azienda che, pur acquistata da un solo coniuge, venga adibita a comunione⁽⁴⁵⁾.

D'altra parte, non può parlarsi in termini di *coniugalità*, in senso tecnico, nel caso di bene ricadente in comunione legale, rispetto all'azienda posta ad oggetto del diritto di comproprietà dei coniugi⁽⁴⁶⁾. "Comunione legale", in ossequio agli artt. 177 ss. c.c., è qualifica propria della complessità dei rapporti patrimoniali tra coniugi, che va tenuta ben distinta dalla comunione ordinaria di cui agli artt. 1100 ss. c.c., in quanto: *a*) la prima locuzione gode di disciplina che, passando dall'amministrazione alla gestione dell'azienda coniugale: *i*) permea di sé ogni fattispecie riguardante il bene (dall'acquisto di contitolarità del diritto allo scioglimento della comunione tra i coniugi); *ii*) rende l'istituto una comunione senza quote, alla quale i terzi non possono prendere parte; *b*) la comunione ordinaria attiene, al contrario, al mero profilo della disciplina di contitolarità del diritto reale, riferendosi conseguente, da una parte, alla regolamentazione di godimento e amministrazione in comune della cosa e, dall'altra, alle cause di scioglimento e relative, necessarie, formalità⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, cit., p. 453.

⁽⁴⁵⁾ V. G. MARASÀ, voce *Impresa coniugale*, cit., p. 152.

⁽⁴⁶⁾ G. OPPO, *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, cit., p. 279; ma v. anche A. GENOVESE, *I confini attuali dell'azienda coniugale*, cit., p. 531.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. B. INZITARI, *Impresa e società nella comunione legale familiare*, cit., pp. 76-77; F. CORSI, *Azienda coniugale, comunione legale e società*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p. 619. Cade pertanto in comunione ordinaria (in proporzione all'effettivo apporto) l'azienda costituita dai nubendi prima del matrimonio: cfr. G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, cit., p. 454; anche dopo tale momento l'azienda rimarrebbe, infatti, esclusa da comunione legale, in quanto proprio alla luce dell'art. 179, 1° comma, lett. *a*), c.c., «i beni di cui, prima del matrimonio, il coniuge era proprietario o rispetto ai quali era titolare di un diritto reale di godimento», sono beni personali del coniuge, non rientranti, in quanto tali, tra quelli oggetto di comunione: cfr.,

È necessario, a questo punto, stabilire quale sia la disciplina applicabile all'azienda coniugale, ove risulti adibita ad esercizio d'impresa coniugale⁽⁴⁸⁾.

In base alla disciplina dei beni rientranti in comunione legale, secondo parte della dottrina, è privilegiata la regolamentazione dei rapporti interni tra coniugi, con detrimento rispetto alle ipotesi di rapporti esterni, cioè a dire tra comunione e terzi⁽⁴⁹⁾. Si afferma, in proposito, come possa intravedersi una disciplina applicabile all'azienda coniugale – ove mediante la stessa risulti esercitata l'impresa coniugale – in due macroaree normative⁽⁵⁰⁾: *a*) le norme sulla comunione legale, in quanto sarebbero applicabili sia per individuare la titolarità dell'azienda, sia per ciò che concerne la disciplina dell'attività di gestione esercitata tramite la stessa azienda⁽⁵¹⁾; *b*) le norme societarie⁽⁵²⁾.

La questione, in tal modo prospettata, può trovare soluzione solo ponendo un *discrimen* tra due indagini, relative ai casi in cui l'impresa coniugale sia esercitata mediante azienda non coniugale, ovvero attraverso un'azienda coniugale⁽⁵³⁾.

Nel caso d'impresa coniugale esercitata tramite azienda di proprietà esclusiva di uno dei coniugi ovvero appartenente a terzi, dovrà farsi riferimento al più volte citato art. 177, 2° comma, c.c., che prevede la caduta in comunio-

sul punto, G. OBERTO, Sub *art. 179 c.c.*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, I, *Costituzione, Carte dei diritti, Quattro codici*, 2ª ed., Milano, 2009, p. 807 ss. Ogniqualevolta si rinvenga, pertanto, azienda oggetto di comunione ordinaria, ciascun coniuge ne è comproprietario secondo quota, proporzionata al determinato investimento a specifici accordi contestuali all'organizzazione dei beni per l'esercizio imprenditoriale: ciò, ovviamente, ad eccezione dell'applicazione della presunzione sancita dall'art. 1101, 1° comma, c.c.

⁽⁴⁸⁾ V. in proposito A. GENOVESE, *I confini attuali dell'azienda coniugale*, cit., p. 532.

⁽⁴⁹⁾ G. CIAN, A. VILLANI, *La comunione legale dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, cit., p. 337 s.; G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, cit., p. 454.

⁽⁵⁰⁾ In senso contrario, F.D. BUSNELLI, *Impresa familiare e azienda gestita da entrambi i coniugi*, cit., p. 1397 ss.

⁽⁵¹⁾ G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, cit., p. 628 s.

⁽⁵²⁾ V. in proposito R. SCOTTI, *Il sistema degli acquisti nella comunione legale e le partecipazioni sociali*, Napoli, 2014, p. 17 ss.

⁽⁵³⁾ V. G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, cit., p. 633.

ne di utili e incrementi di azienda⁽⁵⁴⁾. In caso d'impresa coniugale esercitata attraverso azienda appartenente a terzi⁽⁵⁵⁾, inoltre, parte della dottrina ritiene come i coniugi – a differenza dell'esercizio d'impresa coniugale tramite azienda coniugale⁽⁵⁶⁾ – potrebbero stipulare una società di fatto con cui esercitare congiuntamente l'impresa⁽⁵⁷⁾: con conseguente applicabilità sia dell'art. 177, 2° comma, c.c., sia della disciplina in materia di società di fatto, e ciò in particolar modo con riferimento ai rapporti con i terzi e la responsabilità per le obbligazioni societarie. Certamente, l'ipotesi d'impresa coniugale priva di azienda coniugale disvela la questione della possibilità o meno di costituire una società di capitali, con conseguente soluzione: *a)* positiva, ove non sia rispettato il requisito dell'impresa coniugale⁽⁵⁸⁾; *b)* negativa, ove ricorra un'effettiva impresa coniugale, caso in cui l'esercizio di una comune attività gestionale non risulterebbe assimilabile all'esercizio in comune dell'attività propria della società di capitali, caratterizzata proprio, tra l'altro, dalla mancanza di un'amministrazione comune da parte del comparto dei soci⁽⁵⁹⁾.

Ove l'impresa coniugale sia esercitata mediante azienda coniugale, secondo buona parte della dottrina⁽⁶⁰⁾ l'applicazione della disciplina della comunione legale ovvero della disciplina societaria debbono valutarsi partendo dalla disamina di due aspetti principali: gestione comune, da una parte, e amministrazione, dall'altra.

Quanto alla gestione del bene oggetto di comunione legale: *a)* l'applicazione della normativa societaria comporterebbe la costituzione di una "società di

⁽⁵⁴⁾ G. MARASÀ, voce *Impresa coniugale*, cit., p. 154.

⁽⁵⁵⁾ G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, cit., p. 637 s.

⁽⁵⁶⁾ G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, cit., p. 639 s.; P. DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 134 ss.; R. COSTI, *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 54 s.; A. MAGAZZÙ, *Le aziende gestite da entrambi i coniugi*, cit., p. 809; G. OPPO, *Famiglia e impresa*, cit., p. 139 s. *Contra*, B. MEOLI, *La comunione legale: natura, caratteri ed oggetto*, cit., p. 225.

⁽⁵⁷⁾ G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, cit., p. 637 s.; P. DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 130 s.

⁽⁵⁸⁾ G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, cit., p. 454.

⁽⁵⁹⁾ G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, cit., p. 639 s.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. G. OPPO, *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, cit., p. 280 ss.

gestione”, e alla comunione apparterrebbero sia azienda che utili ed incrementi conseguiti con l’esercizio imprenditoriale⁽⁶¹⁾; *b*) ascrivendo, invece, l’attività di gestione alle regole proprie della comunione, delle obbligazioni sorte dall’esercizio d’impresa risponderebbe non solo l’azienda comune (con incrementi ed utili), ma anche l’insieme dei beni oggetto della medesima comunione legale (art. 186 c.c.), nonché i coniugi in proprio (art. 190 c.c.).

Con riguardo, invece, all’amministrazione: *a*) ipotizzandosi l’applicazione della disciplina sulla comunione legale, quella ordinaria dovrebbe ritenersi soggetta ad amministrazione disgiuntiva, senza diritto di veto (cfr. art. 180, 1° comma, c.c.), mentre quella straordinaria ad amministrazione congiuntiva, con previsione d’intervento giurisdizionale, in assenza di accordo tra le parti, al fine dell’autorizzazione al compimento dell’atto (artt. 180, 2° comma e 181 c.c.); *b*) in caso di amministrazione disciplinata in base alla regolazione societaria, la medesima dovrebbe ritenersi sempre di tipo disgiuntivo, con diritto di veto.

Rinvenire, pertanto, la disciplina applicabile all’impresa coniugale esercitata con azienda coniugale, è possibile tramite disamina dell’ulteriore dibattito svoltosi alla luce della disciplina societaria⁽⁶²⁾.

Parte della dottrina, in proposito, sostiene come partendo dagli artt. 2247 e 2248 c.c. sia possibile scorgere la diversa finalità perseguita dalle norme riguardanti la comunione legale e le società: la prima, quindi, caratterizzata dallo scopo di godimento dei beni oggetto di comunione; le seconde caratterizzate, invece, dalla qualificazione del godimento dei beni e del loro uso ai fini di esercizio imprenditoriale⁽⁶³⁾. In base, quindi, alla disciplina della comunione legale vi sarebbero elementi univoci utili solo a prospettare – in caso di utilizzazione, da parte dei coniugi, dell’azienda per l’esercizio d’impresa – la costituzione di una società di fatto (cfr. artt. 2247 ss. c.c.), e ciò anche in base all’impostazione fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità, secon-

⁽⁶¹⁾ V. ancora G. OPPO, *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, cit., p. 280.

⁽⁶²⁾ Su cui v., di recente, A. GENOVESE, *I confini attuali dell’azienda coniugale*, cit., p. 534 ss.

⁽⁶³⁾ F. CORSI, *Azienda coniugale, comunione legale e società*, cit., p. 618 ss.; ID., *Ancora sull’azienda coniugale*, in *Giur. comm.*, 1976, I, p. 16 ss.; B. INZITARI, *Impresa e società nella comunione legale familiare*, cit., p. 85; G. RAGUSA MAGGIORE, *Comunione legale e fallimento*, cit., p. 824 ss.

do cui non vi sarebbe necessità di espressa manifestazione di consenso per la creazione di detta forma societaria⁽⁶⁴⁾.

Tra le principali conseguenze di tale orientamento vi sono le seguenti: *a)* una presunta ricavabilità, dall'art. 177, 1° comma, lett. *d)*, c.c., di un principio efficace nei limiti di attribuzione della titolarità di determinati beni, nel caso in cui l'azienda risulti costituita e gestita posteriormente al matrimonio⁽⁶⁵⁾; *b)* gli artt. 181, 182, 2° comma e 191 c.c. dovrebbero ritenersi limitati a mera disciplina dell'amministrazione dei beni comuni; *c)* tramite l'esercizio d'impresa coniugale, i beni oggetto di comunione legale sarebbero conferiti, in godimento, a favore della società, con conseguente applicazione dell'art. 2254, 2° comma, c.c.⁽⁶⁶⁾; *d)* vi sarebbe, infine, un forte incremento di garanzia per i creditori sociali, che vedrebbero possibilità di soddisfazione dei propri interessi non solo grazie al patrimonio societario, ma anche facendo riferimento alla responsabilità personale e solidale di entrambi i coniugi (cfr. art. 2267 c.c.), nonché procedendo ad espropriazione della quota dei beni oggetto di comunione legale – come l'azienda coniugale – appartenente ad ogni coniuge⁽⁶⁷⁾.

In realtà, tale impostazione non è esente da alcune lacune di tipo sistematico, e ciò per più ragioni: *a)* anzitutto, l'impresa coniugale non può ascrivere a profili di tipo societario, e ciò sia per motivi inerenti al comparto causale cui è improntata, sia per motivi inerenti alla dimensione entro cui è chiamata ad operare⁽⁶⁸⁾; *b)* le norme sulla comunione legale incarnano, in via autonoma, una disciplina idonea a regolare i rapporti sia interni che esterni, ove

⁽⁶⁴⁾ Si v. B. INZITARI, *Impresa e società nella comunione legale familiare*, cit., p. 74 ss.

⁽⁶⁵⁾ B. INZITARI, *Impresa e società nella comunione legale familiare*, cit., p. 85.

⁽⁶⁶⁾ B. INZITARI, *Impresa e società nella comunione legale familiare*, cit., p. 86.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. sul punto T.V. RUSSO, *Obbligazioni familiari e responsabilità patrimoniale nel regime di comunione legale*, Napoli, 2004, p. 49 ss., ove disamina della questione della espropriazione di quota del coniuge obbligato; v. inoltre G. BALENA, *Brevi riflessioni sull'espropriazione di beni in comunione legale*, in *Il giusto proc. civ.*, 2014, p. 1 ss.; M. ACONE, *Spunti critici e ricostruttivi in tema di espropriazione dei beni della comunione legale coniugale*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 3 ss.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. G. FERRI, *Impresa coniugale e impresa familiare*, cit., p. 4 ss.; v. inoltre F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, 2, *Le convenzioni matrimoniali. Famiglia e impresa*, cit., p. 167 ss.

si focalizza l'attenzione verso l'attività gestionale – che dà vita ad impresa collettiva, ma non societaria – condotta tramite azienda coniugale⁽⁶⁹⁾.

L'ipotesi di cui all'attività gestoria esercitata tramite azienda coniugale deve, quindi, ritenersi regolata dalla disciplina della comunione legale, con conseguente inutilità del ricorso ad analogia per casistiche simili⁽⁷⁰⁾.

A conferma di quanto appena detto è utile ricorrere, ad esempio, alle norme di cui agli artt. 181, 182, 183 e 191 c.c.

⁽⁶⁹⁾ G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*, cit., p. 376; ID., *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 118 ss.; ID., *Famiglia e impresa*, cit., p. 140 s.; G. MARASÀ, voce *Impresa coniugale*, cit., p. 153 s.; ID., *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, cit., p. 634; G. PELLEGRINO, *Impresa coniugale, impresa familiare e fallimento*, cit., p. 9 ss.; D. VITTORIA, *Azienda coniugale*, in D. VITTORIA, M.C. ANDRINI, *Azienda coniugale e impresa familiare*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da Galgano, XI, Padova, 1989, p. 11 ss.; V. COLUSSI, voce *Impresa e azienda coniugale*, cit., p. 3; ID., *Azienda coniugale e disciplina dell'impresa*, cit., p. 614; A. MAGAZZÙ, *Le aziende gestite da entrambi i coniugi*, cit., p. 806 ss.; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, 2, *Le convenzioni matrimoniali. Famiglia e impresa*, cit., p. 172 ss.; M. GIONFRIDA DAINO, *La posizione dei creditori nella comunione legale tra coniugi*, cit., p. 124 ss.; P. DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 128 s. Si v. inoltre, in giurisprudenza, App. Milano, 10 maggio 2006, cit. Ma v. anche le più risalenti Trib. Cagliari, 6 giugno 1996, n. 977, cit., secondo il quale «L'azienda a conduzione familiare, configurando una fattispecie riconducibile all'impresa coniugale e quindi un'impresa collettiva non inquadrabile nei fenomeni societari, non è suscettibile di trasformazione in società in accomandita semplice»; nonché Trib. Catania, 23 dicembre 1982, in *Società*, 1984, p. 41, ove si sottolinea che «Nell'ipotesi in cui un'azienda sia gestita di fatto da entrambi i coniugi ed i medesimi si trovino in regime di comunione legale, in assenza di precisi accordi formali, l'azienda ricade nell'ipotesi di cui all'art. 177, lett. d) c.c. ovvero, se si tratti di azienda già appartenente ad uno dei coniugi prima del matrimonio, nell'ipotesi di cui al 2° comma dello stesso art. 177; in tali casi, pertanto, non può applicarsi la disciplina dettata in materia societaria».

⁽⁷⁰⁾ Deve rilevarsi, in ogni caso, una sostanziale distinzione tra la *ratio* alla base della disciplina societaria, rispetto all'ipotesi di azienda coniugale, oggetto di attività d'impresa condotta dai coniugi. Mentre la finalità della prima disciplina, infatti, è quella di consentire una competitiva iniziativa economica, la *ratio* che informa di sé l'intera riforma del '75 – ove certamente ricade anche la materia afferente alla gestione dell'azienda coniugale destinata ad esercizio d'impresa coniugale – è costituita sia dal raggiungimento della completa uguaglianza tra coniugi, sia dal soddisfacimento del principio di solidarietà alla base della conduzione dei rapporti tra i coniugi medesimi. Sul punto, G. OPPO, *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, cit., p. 283; ma v. anche D. VITTORIA, *I coniugi coimprenditori (contributo allo studio dell'impresa collettiva non societaria)*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 874, nonché A. MAGAZZÙ, *Le aziende gestite da entrambi i coniugi*, cit., p. 806 ss.

L'art. 181 c.c., in caso di dissenso tra coniugi sul compimento di atti di straordinaria amministrazione, prevede infatti che, in caso di rifiuto da parte del coniuge al compimento dell'atto, quest'ultimo potrebbe trovare autorizzazione giurisdizionale ogniqualvolta rispondente «all'interesse della famiglia o dell'azienda che a norma della lett. d) dell'art. 177 fa parte della comunione», confermandosi l'attenzione, da parte del legislatore, per l'interesse dell'azienda⁽⁷¹⁾.

L'art. 182, 1° comma, c.c. concerne, invece, l'ipotesi della procura, conferita da un coniuge in favore dell'altro, al fine di consentire la gestione del bene ricadente in comunione: si tratta di delega limitata, in via di principio, al compimento di singoli atti; il 2° comma, tuttavia, si occupa della particolare ipotesi in cui il bene oggetto di comunione consista proprio nella più volte citata “azienda coniugale”, di talché, in caso «di gestione comune di azienda, uno dei coniugi può essere delegato dall'altro al compimento di tutti gli atti necessari all'attività d'impresa»⁽⁷²⁾. Detta ultima norma quindi, nel profilare una seconda tipologia di atti d'impresa, consente di delineare non solo l'attuale perimetro, statico, di ciò che può intendersi come “azienda coniugale”, ma anche di disciplinarne il suo aspetto più dinamico, ove, parlando di «gestione comune d'azienda», può univocamente intendersi la «gestione dell'azienda nell'attività di impresa»⁽⁷³⁾.

Ancora, l'art. 183 c.c. prevede l'esclusione del coniuge dall'amministrazione in ipotesi quali interdizione e cattiva amministrazione, a fronte delle quali le norme societarie stabiliscono distinte conseguenze tra cui, ad esempio, l'esclusione del socio dalla società.

Infine, in base a quanto statuito *ex art.* 191 c.c. – sempre distintamente dal comparto normativo societario – lo scioglimento di azienda può veri-

⁽⁷¹⁾ Cfr. G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*, cit., p. 376; ID., *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, cit., p. 281.

⁽⁷²⁾ V. sul punto E. AL MUREDEN, *Sub art. 182 c.c.*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, I, *Costituzione, Carte dei diritti, Quattro codici*, 2ª ed., Milano, 2009, p. 844 ss.

⁽⁷³⁾ Così G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*, cit., p. 376 s.; ID., *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, cit., p. 281 s.

ficarsi in base a specifica convenzione matrimoniale⁽⁷⁴⁾, soggetta in quanto tale ai requisiti formali di cui all'art. 162 c.c.⁽⁷⁵⁾: di talché, alla luce della comunione legale, lo scioglimento di azienda coniugale potrà verificarsi non tramite liquidazione, bensì attraverso divisione⁽⁷⁶⁾.

3. — *Atti dispositivi e principio di solidarietà.*

Nell'ambito dei rapporti tra interessi familiari e gestione d'impresa vi è un ulteriore profilo la cui disamina risulta, nell'ambito del presente studio, quantomeno opportuna: quello afferente la qualificabilità degli atti dispositivi compiuti, in favore dell'imprenditore, dal coniuge e in assenza di corrispettivo diretto.

In proposito giova ricordare come sia noto, anzitutto, il dibattito in ordine alla sostanza del c.d. spirito di liberalità; d'altra parte, non può non tenersi in considerazione la «naturale elasticità della categoria dei doveri della morale sociale»⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. sul punto T.V. RUSSO, *Le vicende estintive della comunione legale*, cit., p. 67, che evidenzia come in tal caso, diversamente da quanto previsto *ex art.* 191, 1° comma, c.c., non vi è completa cessazione del regime di comunione legale, bensì la mera estromissione del singolo cespite, corrispondente all'azienda coniugale, dall'ambito applicativo di detto regime patrimoniale.

⁽⁷⁵⁾ Si v. T.V. RUSSO, *Le vicende estintive della comunione legale*, cit., p. 68.

⁽⁷⁶⁾ V. ancora G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*, cit., p. 377; ID., *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, cit., p. 282.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti di donazione*, Torino, 2009, p. 256 s., il quale evidenzia come in proposito non sia rilevante «quale sia lo specifico interesse, o motivo, che abbia spinto il donante», importando invece «che la funzione svolta in concreto dal contratto non sia promozionale dei suoi interessi economici, perché altrimenti non più di donazione dovrebbe parlarsi, ma di un negozio gratuito economicamente interessato».

In ordine ai profili di distinzione tra doveri della morale sociale e comportamenti liberamente attuati dai soggetti nel perseguimento di scopi di solidarietà sociale (come attività di volontariato, attribuzioni non dovute e spontaneamente finalizzate a scopi di pubblica utilità), e le prestazioni c.dd. etiche o superetiche, v. le autorevoli osservazioni di A. PALAZZO, *Prestazioni cortesie, etiche e superetiche*, in *Diritto romano attuale*, 2000, 3, p. 131 ss.

Riguardo alla corretta identificazione dello “spirito di liberalità”, la dottrina più avveduta ne individua l’essenza nell’attribuzione patrimoniale non solo caratterizzata dall’assenza di un corrispettivo – circostanza presente generalmente anche nei meri contratti gratuiti – ma anche «giustificata dall’animo liberale, dalla coscienza cioè di conferire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi costretti (*liberalitas nullo iure cogente in accipientem facta*), in vista della determinazione degli assetti della futura successione, e quindi con effetti successori anticipatori. Esso deve riscontrarsi sempre per la qualificazione giuridica della donazione ed è elemento costitutivo del contratto di donazione al pari dell’arricchimento. Il motivo, invece, si presenta diverso dallo spirito di liberalità ed è “un movente tutto personale e concreto dell’atto volitivo”»⁽⁷⁸⁾.

In generale, si rileva una certa «insofferenza nei confronti di un *interesse a donare* identificato esaustivamente sulla indistinta “non patrimonialità” di tale interesse»⁽⁷⁹⁾: di tale insofferenza si pone a testimonianza anche quella parte della dottrina per la quale la cessazione del divieto di donazione tra coniugi non condurrebbe necessariamente gli atti di disposizione privi di corrispettivo, realizzati in costanza di matrimonio, all’interno dello schema della liberalità, in quanto non può non darsi conto dell’esistenza di una *causa familiae*⁽⁸⁰⁾.

L’enucleazione di una “causa familiare”⁽⁸¹⁾ costituisce indubbiamente indice rivelatore dell’incidenza delle dinamiche familiari sulla causa in concreto degli atti traslativi privi di corrispettivo diretto⁽⁸²⁾: ciò, come osserva

⁽⁷⁸⁾ In tal senso A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, Torino, 2012, p. 49.

⁽⁷⁹⁾ V. ancora P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, loc. ult. cit.

⁽⁸⁰⁾ Cfr., in questi termini, G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, *passim*, nonché ID., *Liberalità ed interessi familiari*, in *Dir. fam.*, 1997, I, p. 1543.

⁽⁸¹⁾ In tal senso T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001, p. 162; ma v. anche, seppure in prospettiva diversa, G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, I, p. 705.

⁽⁸²⁾ Cfr., sul punto, A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, cit., pp. 5-8, ove si evidenzia che «Il riferimento all’interesse non

la dottrina sul punto, «se non porta ad escludere la possibilità di donazioni, pure o remuneratorie, tra i coniugi, invita tuttavia l'interprete a considerare con attenzione la possibilità di qualificare diversamente gli atti di trasferimento gratuiti con funzione *lato sensu* attuativa dei doveri familiari, siano essi riconducibili oppure no alla figura dell'obbligazione naturale»⁽⁸³⁾.

In ogni caso, a fronte di attribuzioni patrimoniali rilevanti e/o effettuate in maniera sistematica, deve ritenersi necessario provarne la causa in concreto dal momento che in caso contrario, come anche sottolineato dalla giurisprudenza di legittimità, dovrebbe presumersi, nell'attribuzione

patrimoniale del disponente impone un'indagine preliminare sul fenomeno della gratuità intesa in senso lato, che va sempre più assumendo un ruolo rilevante. / Come rilevato in dottrina, e autorevolmente confermato di recente dalla Cassazione, anche a Sezioni Unite [il riferimento è alla fondamentale Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538], a qualificare la fattispecie sul piano giuridico sono gli interessi concreti perseguiti e condivisi dalle parti, la cui sintesi costituisce in ambito contrattuale la causa del negozio. / La loro corretta individuazione consente di operare una prima classificazione: *a)* trasferente e beneficiario sono entrambi portatori di interessi a carattere non patrimoniale (NP+NP): la fattispecie non può evidentemente essere qualificata in termini contrattuali, mancando il requisito della patrimonialità di cui all'art. 1321 c.c.; siamo nell'ambito dei rapporti di cortesia; *b)* trasferente e beneficiario sono entrambi portatori di interessi di natura patrimoniale (P+P): la fattispecie si colloca nell'ambito dei contratti corrispettivi, dove la corrispettività può essere diretta o indiretta; *c)* il trasferente è portatore di un interesse non patrimoniale, non ricevendo dall'attribuzione vantaggi economici nemmeno indiretti, al contrario del beneficiario che riceve un vantaggio economico, consistente nell'attribuzione di un diritto reale o personale (NP+P): la fattispecie va inquadrata nella gratuità o nella liberalità, a seconda delle finalità dell'attribuzione, dove la liberalità può essere diretta o indiretta. / L'individuazione degli interessi concreti perseguiti dalle parti, e quindi della causa dell'attribuzione, prescinde dal tipo contrattuale effettivamente utilizzato in una data situazione. Infatti, come si specificerà in seguito, il legislatore ha previsto tipi ad attribuzione unilaterale (donazione, comodato ecc.), o bilaterale (vendita, permuta ecc.), che si prestano alla realizzazione della gamma di interessi particolari ora evidenziati, tanto direttamente quanto indirettamente. In quest'ultimo caso, il tipo contrattuale diviene strumentale alla realizzazione di una causa diversa da quella presa a riferimento in astratto dal legislatore per quel dato negozio».

⁽⁸³⁾ In questi termini P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, cit., p. 257, il quale aggiunge in proposito come risulti forse eccessiva la conclusione di chi, come G. DORIA, *Liberalità ed interessi familiari*, cit., p. 1549, ravvisa nell'attività traslativa nell'ambito dei rapporti coniugali caratteristiche tali «da renderla in via tendenziale incompatibile con la funzione liberale».

gratuita compiuta dal familiare a vantaggio di suoi congiunti, il carattere donativo⁽⁸⁴⁾.

Al di là della questione sulla prova della concreta funzione dell'atto, pare corretto allinearsi con quella parte della dottrina che ritiene ragionevole ostare, in via di principio, all'automatico inserimento dell'atto "gratuito" tra congiunti nell'ambito delle liberalità⁽⁸⁵⁾, e a tal fine richiama un risalente orientamento giurisprudenziale⁽⁸⁶⁾ il quale inseriva, tra le ipotesi da escludere

⁽⁸⁴⁾ Si v. in questi termini Cass., 8 settembre 2004, n. 18065, in *Guida al dir.*, 2004, 45, p. 40, secondo la quale il negozio costitutivo di fondo patrimoniale deve ritenersi atto a titolo gratuito non rilevando, in senso contrario, i doveri di solidarietà familiare promananti dal matrimonio, ed è pertanto sottoposto alla disciplina di cui all'art. 64 l.fall. tranne che nel caso in cui sia in concreto dimostrata «l'esistenza di una situazione tale da integrare, nella sua oggettività, gli estremi del dovere morale ed il proposito del *solvens* di adempiere unicamente a quel dovere mediante l'atto in questione»; conf. Cass., 26 marzo 2003, n. 4457, in *Dir. e giust.*, 2003, 16, p. 92, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1774, in *Gius.*, 2003, p. 1713, e in *Arch. civ.*, 2004, p. 103, secondo cui «In tema di revocatoria fallimentare, l'atto con il quale il coniuge, ai sensi dell'art. 228 della legge 19 maggio 1975, n. 151, conviene con l'altro coniuge di assoggettare, senza contropartita, al regime di comunione legale un bene di sua proprietà, acquistato anteriormente all'entrata in vigore della citata legge, rientra nella categoria degli atti a titolo gratuito, privi di effetti rispetto ai creditori ai sensi dell'art. 64 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare), atteso che la facoltà concessa dal menzionato art. 228 della legge n. 151 del 1975 non può essere utilizzata in pregiudizio dei terzi (i cui diritti sono espressamente fatti salvi dalla norma stessa) e che nell'atto non può, di per sé, configurarsi l'adempimento di un dovere morale – non sussistendo alcun obbligo di porre in comunione i beni personali anteriormente acquisiti –, a meno che non si dimostri in concreto l'esistenza di una situazione tale da integrare, nella sua oggettività, gli estremi del dovere morale ed il proposito del *solvens* di adempiere unicamente a quel dovere mediante l'atto in questione». V. infine, per la giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 14 aprile 2003, in *Giur. it.*, 2004, p. 1023, in base a cui «La costituzione del fondo patrimoniale è da considerarsi atto a titolo gratuito e di conseguenza il creditore che ne chieda la revoca è assolto dall'onere di provare che il coniuge del suo debitore era consapevole del pregiudizio arrecato al creditore, ovvero partecipante della volontà del debitore di arrecargli danno».

⁽⁸⁵⁾ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, cit., p. 257.

⁽⁸⁶⁾ V. Cass., 7 aprile 1972, n. 1045, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 614; Cass., 29 agosto 1963, n. 2406, in *Dir. fall.*, 1964, I, p. 15 ss., con note di E. ALVINO, *Gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale* e di G. RAGUSA MAGGIORE, *Costituzione di patrimonio familiare e revocatoria fallimentare*. *Contra*, seppure posteriormente all'abolizione dell'istituto del patrimonio familiare, Cass., 4 settembre 2000, n. 11545, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 22, p. 86; Cass., 28 novembre 1990, n. 11449, in *Fallimento*, 1991, p. 365, nonché, per la giurisprudenza di merito, Trib. Napoli, 12 dicembre 2001, in *Fallimento*, 2002, p. 775.

tra quelle sottoponibili alla disciplina di cui all'art. 64 l.fall. (oggi sostanzialmente trasfusa nell'art. 163⁽⁸⁷⁾ del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155», entrato in vigore il 15 luglio 2022), i trasferimenti realizzati dal coniuge in favore della comunità familiare, purché proporzionati al patrimonio del disponente. Tale orientamento, infatti, pur risultando espressione di una erronea distinzione di fondo tra atto «di pura liberalità» e atto «finalizzato all'attuazione del dovere di contribuzione familiare», consentiva, insieme all'opinione dottrinale volta ad estendere l'efficacia dell'art. 64 l.fall. anche alle donazioni remuneratorie⁽⁸⁸⁾, di porre la questione, sul terreno di confine tra liberalità e solidarietà, «se anche l'interesse all'adempimento di un particolare dovere della morale sociale (familiare) – [...] ontologicamente diverso dall'interesse al perseguimento di utilità generali o di scopi di solidarietà sociale – possa costituire valido fondamento di una promessa o di un negozio traslativo qualificandolo come estraneo all'area dello spirito di liberalità che invece caratterizza la donazione (pur se remuneratoria)»⁽⁸⁹⁾. Infatti, ove si optasse per la soluzione affermativa, la donazione cesserebbe di costituire lo

⁽⁸⁷⁾ Su cui si v. A. PICCIAU, *L'azione revocatoria nella liquidazione giudiziale*, in *Fallimento*, 2019, p. 1171 ss., spec. p. 1171, ove si sottolinea in proposito che «Il nuovo Codice della crisi conferma l'impianto della disciplina dell'azione revocatoria contenuto nella legge fallimentare. Gli artt. 163-171 CCII introducono circoscritte modifiche al testo delle norme, ancor oggi vigenti, della legge fallimentare. I limitati interventi del nuovo codice sono il portato della scelta legislativa del legislatore delegante, che si è occupato della materia nell'art. 7, comma 4, lett. b). Con tale norma, la L. n. 155/2017 ha disposto che, sia per le azioni di inefficacia sia per l'azione revocatoria, il periodo sospetto decorre a ritroso dal deposito della domanda cui sia seguita l'apertura della liquidazione giudiziale fermo restando il disposto del secondo comma dell'art. 69-bis l.fall.». Più in generale, in ordine alla revocatoria in ambito fallimentare e alla soluzione negoziata della crisi d'impresa, relativamente al periodo precedente alla riforma ex d.lgs. n. 14/2019, si v. la pregevole disamina di G. VILLANACCI, A. COEN, *La gestione della crisi di impresa e i piani attestati di risanamento ai sensi dell'art. 67, 3° comma, lett. d) legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 82 ss.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 6 ss.; Ant. D'ANGELO, *La donazione*, cit., p. 31 ss.; F. CARRESI, *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 567 s.

⁽⁸⁹⁾ Così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, cit., p. 259.

strumento negoziale deputato all'assunzione di promesse di dare, corrispondenti all'indiretta esecuzione di obblighi propri della morale sociale.

4. — *Interesse del garante e corrispettività indiretta. Fideiussione omnibus e conferimento.*

Alcune fattispecie passate al vaglio della S.C. inducono a rivolgere particolare attenzione agli atti gratuiti (altrimenti evidenziati come «di solidarietà coniugale») compiuti dal coniuge dell'imprenditore nei confronti di quest'ultimo, nonché alla loro interrelazione con l'attività di gestione dell'impresa: non può, infatti, qualificarsi in termini di gratuità l'attribuzione patrimonialmente interessata preordinata al raggiungimento di scopi imprenditoriali condivisi⁽⁹⁰⁾.

In proposito, la dottrina più recente ha definitivamente individuato i criteri di qualificazione del rapporto, distinguendo le fattispecie in varie categorie a seconda dell'interesse in concreto realizzato.

In particolare: *a)* se l'interesse perseguito dall'autore dell'attribuzione è di natura patrimoniale, ciò significa che costui si attende il conseguimento di una controprestazione, quindi gli interessi patrimoniali di entrambe le parti, se condivisi, danno luogo, in ogni caso, alla causa onerosa o di scambio⁽⁹¹⁾; *b)* se, invece, l'interesse del *tradens* non è di natura patrimoniale, costui nulla si attende dall'*accipiens* (si dice, comunemente, che la prestazione è disinteressata), con la conseguenza che la condivisione dell'interesse non patrimoniale

⁽⁹⁰⁾ Cfr. Cass., 15 maggio 2010, n. 12045, in *Giur. it.*, 2011, p. 796, con nota di G. RISPOLI, *Nota in tema di azione revocatoria*, la quale sottolinea che «Non costituisce atto dovuto, come tale escluso dall'ambito applicazione dell'azione revocatoria, il pagamento di un debito scaduto mediante *datio in solutum* o donazione remuneratoria»; Cass., 5 luglio 2013, n. 16829, in *Vita not.*, 2013, p. 1063, con nota di S.P. CERRI, *Affectio familiaris, atti di disposizione e società di fatto*, e in *Giur. it.*, 2014, p. 1428, con nota di E. MORINO, *Affectio societatis e affectio familiaris fra società apparente e società di fatto*.

⁽⁹¹⁾ Si veda sul punto la definizione fornita *ex art.* 1274 del *código civil* spagnolo: «*En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte.*».

dà luogo alla causa liberale o alla causa gratuita⁽⁹²⁾, secondo che l'interesse richiamato sia o meno preordinato alla produzione di effetti duraturi e rilevanti, volti a realizzare finalità successorie⁽⁹³⁾.

È evidente che nel caso in cui il coniuge dell'imprenditore disponga in suo favore al fine di evitare una disgregazione del patrimonio familiare (inteso in senso ampio), viene in rilievo soltanto la fattispecie di cui alla lett. a), in quanto un soggetto ha interesse di natura patrimoniale all'attribuzione, che può essere diretto (allorché vi sia corrispettivo in senso tecnico, ed anche il tipo utilizzato sia preordinato allo scambio⁽⁹⁴⁾), ovvero indiretto (quando, pur essendo la causa onerosa, il tipo utilizzato dalle parti possieda struttura unilaterale, essendo in astratto costruito per il raggiungimento d'interessi gratuiti o liberali).

Determinare l'interesse del fideiussore a prestare garanzia verso il coniuge⁽⁹⁵⁾ sarà, quindi, indispensabile al fine di correttamente individuare la causa attributiva, con conseguente inquadramento dell'attribuzione nella donazione indiretta, ove la prestazione risulti sorretta da interesse non patrimoniale (per l'appunto, spirito di liberalità), ovvero nella c.d. gratuità strumentale o corrispettività indiretta, in caso d'interesse patrimoniale in capo al fideius-

⁽⁹²⁾ Al fine di far rientrare l'efficacia dell'atto gratuito nella corretta fattispecie sarà pertanto necessario valutare in concreto il profilo causale dell'attribuzione: la corretta ricostruzione concettuale della causa si rivela, infatti, determinante al fine di correttamente individuare un contratto gratuito, una liberalità, ovvero un semplice rapporto di cortesia (caratterizzato, pertanto, da natura extragiuridica): v. in proposito le pregevoli riflessioni di A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia-Roma, rist. 2011, p. 79; ID., *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, p. 429 ss.; ID., *Contratti collegati e disciplina della nullità parziale: un difficile connubio (il caso del patto commissorio)*, in *Rass. giur. umbra*, 2003, p. 418 ss.; ID., *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, p. 98; nonché A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, cit., p. 47 ss.

⁽⁹³⁾ Sul punto A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, cit., p. 20.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, cit., spec. pp. 8, 21 e 26 s.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. Cass., 5 luglio 2013, n. 16829, cit.

sore⁽⁹⁶⁾; come sostiene la dottrina più avveduta potrà, in ogni caso, palesarsi l'interesse del garante esclusivamente a mezzo di «procedimento equitativo, consistente in un'attenta valutazione delle singole circostanze attinenti al caso concreto, della “storia” delle parti (*fides*) e dei loro rapporti pregressi»⁽⁹⁷⁾.

Come facilmente intuibile, le questioni maggiormente rilevanti in proposito si rinvergono nell'ambito della corresponsività indiretta, in quanto riguardano il settore qualitativamente e quantitativamente più importante in cui la garanzia fideiussoria trova applicazione: l'attività d'impresa⁽⁹⁸⁾.

Ove, pertanto, la garanzia risulti prestata nell'interesse di un imprenditore,

⁽⁹⁶⁾ A. SASSI, *Contratti di garanzia*, in A. PALAZZO, S. MAZZARESE (a cura di), *I contratti gratuiti*, Torino, 2008, p. 495.

⁽⁹⁷⁾ Così A. SASSI, *Contratti di garanzia*, cit., p. 495.

⁽⁹⁸⁾ In base al provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia («ABI – Condizioni generali di contratto per la Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie») (cfr. § 61, nt. 5), il 72% delle garanzie personali viene rilasciato da persone fisiche a copertura di rischi relativi a crediti concessi dalle banche a «famiglie produttrici» e a «società non finanziarie». Deve ritenersi più difficile, pertanto, che una fideiussione venga prestata da una società commerciale, anche se ormai si considera superato il problema dell'attinenza della fideiussione all'oggetto sociale. La Cassazione aveva, in due risalenti pronunce, ritenuto valide le garanzie prestate da società esclusivamente in presenza di specifica ed espressa previsione statutaria: cfr. Cass., 25 ottobre 1958, n. 3471, in *Foro it.*, 1959, I, c. 1150 nonché in *Dir. fall.*, 1959, II, p. 61, e Cass., 20 giugno 1958, n. 2148, in *Banca borsa tit. cred.*, 1959, II, p. 27, nonché in *Dir. fall.*, 1958, II, p. 439; per la dottrina sul punto cfr. V. ALLEGRI, *Prime considerazioni sui nuovi modelli A.B.I. di fideiussione*, in M. VIALE (a cura di), *I nuovi modelli A.B.I. di fideiussione. Quaderni teorico-pratici per l'impresa*, 1, Torino, 1990, p. 17 ss., e ivi ulteriori riferimenti. Tale impostazione, ampiamente criticata in dottrina, è stata in seguito abbandonata a metà degli anni Settanta, in due sentenze, nelle quali si afferma come l'inerenza della garanzia all'oggetto sociale debba in ogni caso valutarsi riguardo al caso concreto, tenendo in considerazione anche l'interesse del garante: cfr. Cass., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Foro it.*, 1977, I, c. 1998, in *Giur. comm.*, 1977, p. 771, con nota di G. LA VILLA, *Atti estranei all'oggetto sociale e collegamento fra società*, nonché in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 220, con nota di G. FERRI, *Garanzia per debito altrui, pagamento di debito altrui, e atti estranei all'oggetto sociale*, il quale afferma (p. 231 ss.) che l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale rileva in ordine al potere degli amministratori e non in ordine alla capacità della società e che, di conseguenza, l'atto estraneo all'oggetto sociale può essere sempre ratificato dall'assemblea ordinaria; Cass., 7 febbraio 1975, n. 466, in *Foro it.*, 1975, I, c. 1382; v. inoltre, per la giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 26 settembre 1983, in *Riv. it. leasing*, 1985, p. 181. In dottrina si v., oltre agli autori già citati, G. GRIPPO, *Garanzie atipiche e fallimento*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 391 ss.

orientamento giurisprudenziale maggioritario è propenso a ritenere la medesima come idonea a realizzare un conferimento in società, di talché, venendosi a creare un sostanziale vincolo societario tra garante e garantito, l'eventuale fallimento di quest'ultimo dovrebbe considerarsi esteso anche al primo⁽⁹⁹⁾.

Come già sottolineato⁽¹⁰⁰⁾ non può ritenersi sufficiente, la mera prestazione delle garanzie, a provare la sussistenza di un vincolo societario, essendo necessario a detto fine non solo che le garanzie assumano il carattere di sistematicità, ma anche il concorso con altri elementi strutturali del contratto societario, tra i quali vi è l'ingerenza nella gestione imprenditoriale, la spendita del nome e la partecipazione agli utili: elementi, tutti, da valutarsi necessariamente a mezzo di un procedimento sostanzialmente equitativo⁽¹⁰¹⁾.

Sulla scorta di tale orientamento vi sono decisioni secondo cui, al fine di poter parlare in termini di "società di fatto" tra garante e garantito, sarebbe necessario ravvisare la sussistenza sia della componente patrimoniale, la quale può essere anche costituita da una fideiussione *omnibus*, sia di quella gestionale, cioè a dire l'ingerenza, da parte del fideiussore, nella conduzione dell'impresa: solo a tali condizioni il garante potrebbe assumere la qualifica – per quanto *de facto* – di socio⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁹⁾ Cfr., *ex multis*, Cass., 7 giugno 1974, n. 1690, in *Giur. comm.*, 1975, p. 733, con nota di D. TESTI, *Quando il finanziamento può dirsi conferimento*; ma v. anche Trib. Napoli, 22 marzo 1994, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, II, p. 616, con nota di F. FIMMANÒ, *Il fallimento del fideiussore*, ove si pone a fondamento della decisione il fatto che i familiari abbiano rilasciato fideiussione *omnibus* ad istituti bancari, e considera tale elemento, di per sé (nonché in assenza di prova contraria) un indice rivelatore sia dell'esistenza del rapporto societario che della partecipazione dei sovventori alla gestione economica della società. In dottrina, sul punto, si v. A. AIROLDI, *Conseguenze del nuovo diritto di famiglia sulla garanzia patrimoniale e sui contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1975, I, p. 485 s.; F. RIOLO, *Garanzie reali e personali prestate dai coniugi in regime di comunione legale*, in *Bancaria*, 1977, p. 679; G. OPPO, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 106; R. COSTI, *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 89.

⁽¹⁰⁰⁾ V. *retro*, § 1.

⁽¹⁰¹⁾ Su cui v. A. SASSI, *Contratti di garanzia*, cit., p. 496.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. Cass., 23 dicembre 1982, n. 7119, cit.; App. Firenze, 3 aprile 1970, cit.; Trib. Napoli, 2 luglio 1980, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, p. 149, con nota di G. GIORDANO, *Conferimento, fideiussione e confusione di patrimoni*; Trib. Lucca, 21 luglio 1978, in *Banca borsa tit. cred.*, 1979, II,

In realtà, come sottolineato da autorevole dottrina⁽¹⁰³⁾, pur arrecando la concessione di garanzie sicuri vantaggi economici all'impresa (salvo il caso in cui ciò risulti, in ipotesi particolari, espressamente previsto *ex lege*: cfr. art. 2464, 6° comma, c.c.), la fideiussione *omnibus* non appare di per sé riconducibile alla nozione di conferimento tecnicamente intesa, costituendo, il medesimo, assunzione dell'obbligo di compiere una prestazione – avente ad oggetto beni o servizi⁽¹⁰⁴⁾, nonché una destinazione permanente – diretta al raggiungimento dello scopo societario⁽¹⁰⁵⁾; la fideiussione *omnibus* concorre al conseguimento dello scopo societario solo indirettamente, ed accedendo al debito principale è fonte di obbligazione solo eventuale, i cui effetti possono addirittura cessare, essendo contrattualmente previsto, in favore del garante, il diritto di recesso *ex art.* 4 del modulo A.B.I.⁽¹⁰⁶⁾.

241, con nota di M. BRONZINI, *La fideiussione bancaria non è prova di società*, Trib. Firenze, 6 ottobre 1975, in *Dir. fall.*, 1976, II, p. 258, con nota di ID., *Formalità per l'estensione del fallimento. Fideiussioni non pericolose*. In argomento v. anche App. Bologna, 9 giugno 1981, in *Giur. comm.*, 1982, p. 205, con nota di G. SPATAZZA, *Verso la soppressione del socio occulto*, cit. In dottrina cfr., oltre agli autori citati, N. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Torino, 1983, p. 227 ss.; nonché V. ALLEGRI, *Prime considerazioni sui nuovi modelli A.B.I. di fideiussione*, cit., p. 16; M. VIALE, *Fideiussione omnibus*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 305 ss.

⁽¹⁰³⁾ A. SASSI, *Contratti di garanzia*, cit., p. 497.

⁽¹⁰⁴⁾ È utile ricordare in proposito la questione sorta sotto la vigenza del testo originario dell'art. 1469-*bis* c.c., contenente il riferimento – poi abrogato – ai contratti aventi ad oggetto «la cessione di beni o la prestazione di servizi». Riguardo a detta disposizione era opinione condivisa, infatti, che la fideiussione non potesse realizzare la «cessione di beni» ovvero la «prestazione di servizi» richiesti, dalla norma, ai fini di applicabilità della disciplina dei contratti del consumatore, e ciò pur evidenziandosi l'incongruità del dato normativo, il quale aveva recepito in modo difforme la direttiva 93/13/CEE, nonché proponendosi talune soluzioni interpretative volte ad applicare la normativa sul consumatore almeno nell'ipotesi in cui la fideiussione accedeva a contratti aventi ad oggetto la cessione di beni o la prestazioni di servizi; per la questione, nonché per le soluzioni prospettate sia in dottrina che in giurisprudenza, v. L. RUGGERI, *La fideiussione*, in L. RUGGERI, S. MONTICELLI, *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ. Cons. naz. Notariato* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 191 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. G. FERRI, *Le società*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Torino, 1987, p. 16, nt. 3.

⁽¹⁰⁶⁾ In argomento M. BRONZINI, *La fideiussione bancaria non è prova di società*, cit., p. 245; ma v. anche C. GIANNATTASIO, *Fideiussione a garanzia di apertura di credito a società di persone intesa come conferimento in società*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1974, I, p. 32 ss.

Il fatto, tuttavia, che la prestazione di garanzia non integri tecnicamente un conferimento in società non porta automaticamente ad escludere che tra fideiussore e garantito sussista un vincolo societario sostanziale⁽¹⁰⁷⁾: deve darsi conto, infatti, della possibilità d'intendere il concetto di "apporto societario", per quanto con i predetti limiti, in senso ampio, di talché oggetto della prestazione potrà essere un'attività lavorativa ovvero di collaborazione alla conduzione imprenditoriale⁽¹⁰⁸⁾. Pertanto, sempre tenendo conto che al fine di potersi configurare un vincolo societario tra garante e garantito è necessaria la sussistenza di tutti i requisiti propri di suddetto vincolo (conferimento, gestione in comune e partecipazione agli utili), dovrà verificarsi se vi sia stata da parte del fideiussore l'assunzione, in concreto, di un obbligo potenzialmente qualificabile come conferimento⁽¹⁰⁹⁾.

Tali conclusioni devono quindi ritenersi applicabili in fattispecie in cui la fideiussione sia prestata da un congiunto dell'imprenditore⁽¹¹⁰⁾; come già si è avuto modo di precisare, in tale ipotesi è rinvenibile, in misura ancora maggiore, l'importanza di addivenire ad una corretta individuazione della causa attributiva⁽¹¹¹⁾: di regola, infatti, il vincolo familiare costituisce esclusivamente il motivo – usualmente a carattere non patrimoniale – della prestazione di garanzia, mai, di per sé (soprattutto in mancanza di cointeressenza del fi-

⁽¹⁰⁷⁾ A. SASSI, *Contratti di garanzia*, cit., p. 497.

⁽¹⁰⁸⁾ Sul punto ancora G. FERRI, *Le società*, cit., p. 16.

⁽¹⁰⁹⁾ A. SASSI, *Contratti di garanzia*, cit., p. 498.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. C. GIANNATTASIO, *Fideiussione prestata da prossimo congiunto a garanzia di apertura di credito, erroneamente intesa come conferimento in società*, in AA.VV., *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milano, 1976, p. 119 ss. Per alcuni profili comparatistici v. S. CATANOSI, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, Perugia-Roma, rist. 2013, spec. p. 41 ss.

⁽¹¹¹⁾ Sul punto v. Trib. Cassino, 23 gennaio 2001, in *Gius*, 2002, p. 332, secondo il quale «Sussiste una società di fatto tra coniugi allorché un coniuge compia ripetuti atti di amministrazione, gestione e finanziamento con riferimento all'impresa dell'altro coniuge, apparendo all'esterno come contitolare della stessa, non potendo tali condotte giustificarsi né nell'adempimento di obblighi nascenti dal rapporto di coniugio, né alla stregua di apporto all'impresa familiare altrui, posto che in quest'ultimo caso l'unica persona legittimata ad agire nei confronti dei terzi è il titolare dell'impresa».

deiussores nell'attività economica del destinatario del finanziamento), indice dell'esistenza di un rapporto societario⁽¹¹²⁾, di talché l'attribuzione avviene, in tali ipotesi, assumendo le caratteristiche proprie della donazione, soggiacendo in quanto tale alla relativa disciplina⁽¹¹³⁾. È evidente che, in presenza ad esempio di cointestazione di conti correnti, la sistematica prestazione, da parte dell'un coniuge, di fideiussioni a garanzia delle esposizioni dei soli conti intestati all'altro, la comproprietà di buona parte degli immobili utilizzati nella cogestione imprenditoriale nonché, infine, la costituzione d'ipoteca volontaria a favore di banche creditrici, costituiscono elementi comprovanti, sotto il profilo causale, una netta preponderanza del vincolo societario su quello familiare⁽¹¹⁴⁾.

A conclusioni in parte difformi si potrebbe arrivare nella già citata ipotesi d'impresa familiare, argomento che presenta, peraltro, maggiore complessità. In ordine alla prestazione di una fideiussione *omnibus* in favore dell'imprenditore da parte del coniuge collaboratore all'impresa familiare si ritiene: da parte della giurisprudenza, che detta prestazione debba considerarsi rivelatrice, unitamente ad altri elementi (come, ad esempio, la partecipazione agli utili) dell'esistenza di un vincolo societario⁽¹¹⁵⁾; da parte della dottrina, che possa ravvisarsi un'impresa collettiva, con conseguente fallimento, in caso d'insolvenza, di entrambi i coniugi⁽¹¹⁶⁾. Come sottolineato dalla dottrina più avveduta⁽¹¹⁷⁾, entrambe le teorie richiamate non tengono conto della totalità delle situazioni concretamente realizzabili e si fondano, peraltro, su presupposti non sempre sistematicamente coerenti apparendo, pertanto, affette

⁽¹¹²⁾ Cfr. A. SASSI, *Contratti di garanzia*, cit., p. 498.

⁽¹¹³⁾ Sul punto A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, p. 116.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. Cass., 5 luglio 2013, n. 16829, cit.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. App. Messina, 26 luglio 1985, cit. Quanto ai punti di distinzione tra i due istituti ed ai relativi criteri d'individuazione v., per tutti, G. FERRI, *Le società*, cit., p. 36 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. N. SALANITRO, *Fideiussione omnibus e impresa familiare*, in AA.VV., *Fideiussione omnibus, i rapporti bancari nel nuovo diritto di famiglia e problemi di diritto penale bancario*, Milano, 1978, p. 58 ss.

⁽¹¹⁷⁾ V. sul punto A. SASSI, *Contratti di garanzia*, cit., p. 499.

da particolare rigidità: il rilascio della fideiussione non influisce, infatti, sul rapporto intercorrente tra i coniugi, con essa profilandosi la mera garanzia di un debito altrui; quanto alla partecipazione agli utili, questa non può considerarsi, in sé, indice di rapporto societario, in quanto è normativamente prevista (cfr. art. 230-*bis* c.c.) a tutela del coniuge mero collaboratore e in posizione, pertanto, debole.

Solo la verifica della situazione concreta consentirà, quindi, la corretta individuazione della posizione del coniuge garante nei confronti dell'impresa, e ciò a mezzo del già citato, fondamentale, procedimento equitativo.

ANDREA SASSI^(*)

IL SISTEMA SUCCESSORIO TRA CANONI COSTITUZIONALI E REGOLE EUROPEE

ABSTRACT: The essay analyzes, also in light of the innovations introduced by European Law (reg. EU 650/2012), the regulations concerning successions due to death, with particular attention to the civil institutions aimed at allowing the early succession of some legal relationships forming headed by the settlor, in compliance with the prohibition on succession agreements referred to in the art. 458 of the Italian Civil Code. Particular in-depth analysis is therefore dedicated to the study of the “cause of attribution”, which, for the purposes of early succession, must necessarily be characterized by the “non-pecuniary” interest of the settlor.

SOMMARIO: 1. Quadro generale e strumenti attuativi. – 2. Successione e integrazione europea. – 3. Spirito di liberalità e categorie della successione. – 4. Causalità e liberalità. – 5. Negozi successori anticipatori. – 6. Successione *mortis causa*. – 7. Diritto successorio e principi costituzionali. – 8. Deroghe legali all'unità della successione.

1. — *Quadro generale e strumenti attuativi.*

La disciplina delle successioni *mortis causa*, tradizionalmente, ha lo scopo di assicurare la circolazione delle situazioni giuridiche soggettive riferibili ad una persona fisica, dopo il momento della sua morte, che coincide con l'estinzione della sua capacità giuridica di cui all'art. 1 c.c.⁽¹⁾. In altri termini,

^(*) Università degli Studi di Perugia, *Scientific Coordinator*.

⁽¹⁾ In tema di diritto successorio la letteratura è vasta e composita. Per le opere generali, nel vigore del codice del 1865 v. L. BARASSI, *Corso di diritto civile. Diritto successorio*, Padova, 1923; E. BETTI, *Appunti di diritto civile. Parte generale sulle successioni*, Milano, 1928-1929; A. BUTERA, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, in *Cod. civ. comm. secondo l'ordine degli articoli*, Torino, 1940; N. COVIELLO, *Delle successioni. Parte generale*, Napoli, 1935; F. DEGNI, *Lezioni di diritto civile. Le successioni a causa di morte*, I-III, Padova, 1931-1937; E. PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, Firenze, 1873-1877; V. POLACCO, *Delle successioni*, 2^a ed. a cura di Ascoli ed E. Polacco, Milano-Roma,

l'ordinamento garantisce, attraverso la delazione testamentaria o, in mancanza (in tutto o in parte) di questa, mediante quella legittima, l'individuazione di un nuovo titolare delle situazioni giuridiche soggettive trasmissibili, cioè che non si estinguono con la morte del titolare originario, con ciò evitando

1937; G. VENEZIAN, *Le successioni per causa di morte*, Messina, 1920; per il codice attuale v. almeno AA.VV., *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni Bonilini*, Milano, 2009; AA.VV., *Tratt. breve delle successioni e donazioni Rescigno-Ieva*, 2^a ed., Padova, 2010; Giu. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982; ID., *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, Giu. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, 7^a ed., Padova, 1979; Lor. BALESTRA, M. DI MARZIO (a cura di), *Successioni e donazioni*, Padova, 2008; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2.2. Le successioni*, 6^a ed. agg. a cura di M. Bianca e P. Sirena, Milano, 2022; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, 4, 2, *Le successioni a causa di morte*, Torino, 1996; G. BONILINI, *Diritto delle successioni*, Roma-Bari, 2004; A. BURDESE, *Successioni. II) Successioni a causa di morte*, in *Enc. Giur.*, XXX, Roma, 1993; M.P. CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-461*, in *Cod. civ. Comm. Schlessinger*, Milano, 2006; R. CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, 2^a ed., Napoli, 2013; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 4^a ed. agg. a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2015; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977; A. CICU, *Le successioni*, Milano, 1947; ID., *Successione per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, XLII, 2^a ed., Milano, 1961; L. COVIELLO jr., *Diritto successorio. Corso di lezioni*, Bari, 1962; A. DE CUPIS, *Successione ereditaria (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1257 ss.; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, 3^a ed., Bologna-Roma, 1997; L. GENGHINI, C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, 2^a ed., Padova, 2022; C. MAIORCA, *La dinamica giuridica successoria*, Napoli, 1992; A. PALAZZO, *Successioni (parte gen.)*, in *Dig. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 122 ss.; ID., *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv. Indica-Zatti*, 2^a ed., Milano, 2000; ID., *Il diritto delle successioni: fondamenti costituzionali, regole codicistiche ed istanze sociali*, in *Vita not.*, 2004, p. 116 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012; P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, Padova, 1994; P. SCHLESINGER, *Successioni (dir. civ.)*. Parte generale, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 754 ss.; M. SESTA, V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006. In prospettiva evolutiva v. inoltre S. DELLE MONACHE (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007; V. SCALISI, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, p. 387 ss.; A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988. Su specifici aspetti: G. BONILINI, *Le obbligazioni di fonte successoria*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, III, *Fatti e atti fonti di obbligazione*, Torino, 2005; F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Milano, 1990; P. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in *Riv. notariato*, 1992, p. 1352 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 197 ss.; A. TRABUCCHI, *Il titolo alla successione e l'affermazione di un diritto al di là della legge*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 503 ss.

L'applicazione di fattispecie acquisitive della proprietà a titolo originale, poiché, per effetto del meccanismo di attribuzione successoria, il bene oggetto della pretesa non è mai, tecnicamente, *res nullius*.

Le situazioni giuridiche trasmissibili di cui un soggetto è titolare al momento della morte costituiscono il c.d. patrimonio in senso successorio: per esso si intende l'insieme di situazioni giuridiche attive e passive suscettibili di trasferimento, per causa di morte, da una persona fisica ad un'altra, fisica o giuridica, in modo da assicurare la continuità nella titolarità delle situazioni patrimoniali trasmissibili.

L'esigenza di disciplinare le consistenze patrimoniali sopravvissute alla morte del titolare, secondo la dottrina che si è occupata della materia fin dall'approvazione del *code civil* napoleonico, è conseguente alla natura stessa di una società che riconosce – ed è costruita addirittura su detto riconoscimento – la proprietà privata come diritto fondamentale, sicché si può sostenere che la successione *mortis causa* è un prodotto della politica legislativa⁽²⁾.

Tuttavia, l'impiego di istituti *mortis causa* costituisce soltanto uno dei possibili strumenti per la realizzazione dell'interesse alla prosecuzione dei rapporti giuridici dopo la morte del titolare; ma il risultato può essere raggiunto anche attraverso meccanismi propri del diritto contrattuale, che interagiscono con quelli *mortis causa*, sempre in vista dell'attuazione dell'interesse rilevante. Questi, che possiamo definire “negozi successori anticipatori”, realizzano durante la vita del disponente assetti giuridici destinati a produrre effetti anche dopo la sua morte e, al pari dei negozi successori propriamente intesi, sono quindi finalizzati al raggiungimento del medesimo interesse. Ma i negozi successori anticipatori presentano un vantaggio ulteriore: producendo effetti (anche) immediatamente, il disponente può controllare

⁽²⁾ Cfr. J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de code civil. Discours prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804*, in *Motifs et discours prononcés lors de la publication du code civil*, Bordeaux, 2004, p. 12 ss. In sintesi, a p. 67, «Nous convenons qu'aucun homme n'a, par un droit naturel et inné, le pouvoir de commander après sa mort, et de se survivre pour ainsi dire à lui-même par un testament. Nous convenons que c'est aux lois à établir l'ordre ou la manière de succéder, et qu'il serait dérisoire et dangereux de laisser à chaque particulier la faculté illimitée de renverser arbitrairement l'ouvrage des lois».

lo svolgimento del programma quando è ancora in vita ed eventualmente prevedere correttivi, che possono portare sino alla retrocessione dell'attribuzione, nel caso in cui detto programma non trovi piena attuazione da parte del beneficiario⁽³⁾.

Questo approccio è diretta conseguenza dell'adozione di una visione più moderna, accolta in dottrina e consacrata dalla giurisprudenza della Cassazione, anche a Sezioni unite, che pone al centro dei fenomeni giuridici (e, di conseguenza, dell'applicazione delle regole che li governano) l'interesse rilevante penetrato nell'atto (c.d. motivo oggettivato o causa in concreto)⁽⁴⁾, mutando la prospettiva e imponendo un approccio al diritto successorio coerente con il sistema.

Questa interrelazione tra atti *mortis causa* e *inter vivos* per regolare i futuri assetti successori è, del resto, tenuta ben presente anche dal legislatore

⁽³⁾ Sulla categoria e sul funzionamento dei “negozi successori anticipatori”, A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, Torino, 2012.

⁽⁴⁾ Cfr., in particolare, A. PALAZZO, *Gratuità e attuazione degli interessi*, in A. PALAZZO, S. MAZZARESE (a cura di), *I contratti gratuiti*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, 10, Torino, 2008, p. 6 ss.; ID., *Contenuto e forma*, in ID. (a cura di), *I contratti di donazione*, *ivi*, 11, Torino, 2009, p. 45 ss.; e, già prima, ID., *Le donazioni. Artt. 769-809*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2000, p. 5 ss.; ID., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, pp. 75 ss. e 120 ss.; ID., *La causalità della donazione tra ricerca storica e pregiudizio dogmatico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 245 ss.; ID., *Promesse gratuite e affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 181 ss.; ID., *Profili di invalidità del negozio unilaterale*, *ivi*, 2002, I, p. 587 ss. V. anche F. SCAGLIONE, *Intersoggettività e gratuità nei contratti*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzolo*, 3, *Proprietà e rapporti obbligatori*, Torino, 2009, p. 788 ss.

Cfr., in precedenza, lo studio fondamentale di G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955, I, p. 227 ss., il quale, tuttavia, non rileva l'importanza dei motivi oggettivati che reggono l'efficacia dell'atto, come invece fa Palazzo nelle opere sopra citate: cfr. R. SACCO, *Recensione ad Antonio Palazzolo, Le donazioni. Artt. 769-809* [1ª ed., 1991], in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 545 ss.; F. GAZZONI, *Recensione ad Antonio Palazzolo, Le donazioni. Artt. 769-809* [1ª ed., 1991], in *Riv. notariato*, 1994, p. 202 ss.; M. PARADISO, *Recensione ad Antonio Palazzolo, Atti gratuiti e donazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 173 ss.

In giurisprudenza, v. almeno: Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di F. ROLFI; e, poi, Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2460, con nota di F.S. COSTANTINO.

dell'Unione Europea. Il reg. UE n. 650/2012 del 4 luglio 2012⁽⁵⁾ (entrato in vigore nella sua interezza il 17 agosto 2015) individua il sistema successorio attraverso la sintesi di “successione” e “patti successorii”. Per “successione” si intende «la successione a causa di morte comprendente qualsiasi modalità di trasferimento di beni, diritti e obbligazioni a causa di morte, che si tratti di un atto volontario per disposizione a causa di morte, ovvero di un trasferimento per effetto di successione *ab intestato*» [art. 3, lett. a)]; per “patto successorio” «l'accordo, anche derivante da testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza controprestazione, diritti nella successione futura di una o più persone parti dell'accordo» [art. 3, lett. b)].

Al di là dei problemi di compatibilità con taluni ordinamenti dei Paesi membri come il nostro (cfr., su tutti, i divieti di cui agli artt. 458 e 589 c.c.), è interessante notare come la visione del diritto dell'Unione dei fenomeni successorii non si esaurisca all'atto *mortis causa*, ma coinvolga vieppiù altri strumenti, in grado, almeno in via tendenziale, di raggiungere il medesimo risultato e, quindi, di realizzare il medesimo interesse tutelato dal sistema.

Si pone così, in misura sempre crescente, al centro del diritto successorio l'atto di autonomia privata e la volontà del disponente, per la cui attuazione si può far ricorso indifferentemente al testamento (negozio *mortis causa*), o a contratti (negozi *inter vivos*, ma con effetti successorii anticipatori), che possono trovare applicazione anche congiunta, attraverso un uso sapiente dell'arte stipulatoria. Viceversa, il ricorso alla successione legale è visto dal legislatore e dagli operatori come uno strumento residuale, utile nell'ambito del sistema per l'attuazione degli interessi successorii di soggetti considerati “deboli”, soprattutto in ambito familiare, e/o quale mezzo di tutela degli stessi.

2. — *Successione e integrazione europea.*

Come rilevato in conclusione del precedente paragrafo, il diritto successorio attuale si espone in misura crescente al confronto con le questioni

⁽⁵⁾ Su cui *infra*, § 2.

poste dall'integrazione giuridica europea. Il legislatore dell'Unione, giusta la rilevanza del fenomeno successorio nella vita delle persone ma anche riguardo ai fattori economici da esso direttamente influenzati, ha ritenuto di recente di disciplinare la materia con regolamento del Parlamento e del Consiglio n. 650/2012 del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo⁽⁶⁾.

Il regolamento, in particolare, dopo aver ribadito l'importanza della funzione notarile all'interno del sistema (v. i punti 21 e 22 dei "considerando"), contiene norme tese ad individuare: *a)* la legge applicabile alla successione del singolo cittadino dell'Unione; *b)* la competenza degli organi giurisdizionali a decidere sulle relative controversie in materia successoria; *c)* la legittimazione alla successione di determinate persone indicate nel c.d. "Certificato successorio europeo", valevole in uno qualsiasi degli Stati membri.

Sub a), l'art. 21, 1° comma stabilisce in via generale che la legge applicabile è quella dello Stato in cui il *de cuius* aveva la sua residenza abituale al momento del decesso, salva la possibilità per lo stesso, prevista dal successivo art. 22, di indicare la legge dello Stato di cui è cittadino al momento della scelta, o a quello della morte. I predetti criteri di determinazione, quindi, consentono l'applicazione del diritto successorio di un altro Stato membro alla successione di cittadini italiani i cui beni siano in Italia, allorché questi risiedano stabilmente in quello Stato al momento della morte.

Secondo il punto n. 25 dei "considerando", al fine di determinare la residenza abituale, l'autorità che si occupa della successione dovrebbe procedere ad una valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli

⁽⁶⁾ Sul reg. UE v. A. BONOMI, P. WAUTELET (a cura di), *Il regolamento europeo sulle successioni*, Milano, 2015. Più in generale, sulle successioni in chiave europea e comparatistica: R. CAFARI PANICO, M.C. BARUFFI, *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni comunitarie e successioni*, Padova, 2009; A. DAVI, *Introduzione al regolamento europeo sulle successioni*, Napoli, 2019; P. GALLO, *Successioni in diritto comparato*, in *Dig. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 187 ss.; F. MAIELLO, *Le norme di conflitto europee in materia di successioni mortis causa*, Napoli, 2022; A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp. Sacco*, Torino, 2002.

anni precedenti il decesso e al momento del decesso stesso, che tenga conto di tutti gli elementi fattuali pertinenti, con particolare riferimento alla durata e alla frequenza della presenza del defunto nello Stato interessato, nonché delle condizioni e dei motivi della stessa. La residenza così determinata dovrebbe rivelare un legame stretto e stabile con lo Stato interessato, tenendo conto degli obiettivi specifici del regolamento.

In taluni casi può risultare difficoltoso determinare la residenza abituale del defunto. Un caso di questo genere può presentarsi, in particolare, qualora per motivi professionali o economici il defunto fosse andato a vivere all'estero, anche per un lungo periodo, ma avesse mantenuto un legame stretto e stabile con lo Stato di origine. In un siffatto caso, si potrebbe ritenere che il defunto, alla luce delle circostanze della fattispecie, avesse ancora la propria residenza nello stato di origine, in cui è situato il centro degli interessi della famiglia e della sua vita sociale. Altri casi complessi possono presentarsi qualora il defunto fosse vissuto alternativamente in più Stati o si fosse trasferito da uno Stato all'altro senza essersi stabilito in modo permanente in alcuno di essi. Se il defunto era cittadino di uno di tali Stati o vi possedeva tutti i suoi beni principali, la cittadinanza del defunto o il luogo in cui sono situati i beni potrebbero costituire un elemento speciale per la valutazione generale di tutte le circostanze fattuali.

La legge determinata secondo gli artt. 21 e 22 del regolamento disciplina l'intera successione, con particolare riguardo a: *a)* le cause, il momento e il luogo dell'apertura della successione; *b)* la determinazione dei beneficiari, delle loro quote rispettive e degli eventuali oneri imposti loro dal defunto e la determinazione degli altri diritti successori compresi quelli del coniuge e del convivente superstite; *c)* la capacità di succedere; *d)* la diseredazione e l'indegnità; *e)* il trasferimento agli eredi e, se del caso, ai legatari dei beni, dei diritti e degli obblighi costituenti la successione, comprese le condizioni e gli effetti dell'accettazione dell'eredità o del legato ovvero della rinuncia all'eredità o al legato; *f)* i poteri degli eredi, degli esecutori testamentari e degli altri amministratori dell'eredità, in particolare per quanto riguarda la vendita dei beni e il pagamento dei creditori; *g)* la responsabilità per i debiti ereditari; *h)* la quota disponibile, le quote di legittima e le altre restrizioni alla libertà di

disporre a causa di morte, nonché gli eventuali diritti che i congiunti stretti del defunto vantino nei confronti dell'eredità e degli eredi; *i*) la collazione e la riduzione delle liberalità, nonché la loro presa in considerazione nel calcolo delle quote dei diversi beneficiari; *j*) la divisione dell'eredità.

Tuttavia, per quanto riguarda l'ammissibilità e la validità sostanziale, sia riguardo a disposizioni di successione che a c.dd. patti successori⁽⁷⁾, si applica la legge che sarebbe stata applicabile alla successione della persona, o delle persone interessate dal patto, se il decesso si fosse verificato il giorno dell'effettuazione della disposizione o della conclusione del patto (artt. 23-25).

Sub b), la regola generale contenuta nell'art. 4 prevede la competenza sull'intera successione degli organi giurisdizionali dello Stato membro in cui il *de cuius* aveva la residenza abituale al momento del decesso, salvo quanto previsto dai successivi artt. 5 e 7 sulla possibilità per le parti di convenire che la controversia venga decisa dal giudice dello Stato individuato ai sensi del citato art. 22.

Sub c), gli artt. 62 ss. prevedono l'istituzione del c.d. "Certificato successorio europeo", che viene rilasciato per essere utilizzato in un altro Stato membro e produce gli effetti di cui all'art. 69; in particolare: *a*) gli effetti sono valevoli in tutti gli Stati membri, senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento particolare; *b*) si presume che il certificato dimostri con esattezza gli elementi accertati in forza della legge applicabile; *c*) la persona menzionata nel certificato come erede, legatario, esecutore testamentario o amministratore dell'eredità è presunta possedere la qualità indicata nel certificato e/o essere titolare dei diritti e dei poteri enunciati nel certificato, senza che tali diritti o poteri siano oggetto di condizioni e/o restrizioni diverse da quelle menzionate nel certificato stesso.

Il regolamento non è comunque applicabile agli aspetti tributari della successione (art. 1, 1° comma). Esso non vincola, né sono soggetti alla sua applicazione, Regno Unito, Irlanda e Danimarca, in virtù degli artt. 1 e 2 dei relativi protocolli sulle rispettive posizioni, allegati ai Tratt. UE e FUE.

Questo regolamento recepisce, in parte, gli studi compiuti a livello europeo e dai singoli Paesi membri per giungere ad una uniformazione del drit-

⁽⁷⁾ Sul significato di dette espressioni v. *retro*, § 1.

to successorio, almeno su taluni aspetti ritenuti rilevanti per la circolazione delle persone e dei beni all'interno del mercato comune. Infatti, già in precedenza, le Istituzioni avevano più volte evidenziato le questioni che la materia introduce nel diritto dell'Unione: sulla base della competenza riguardante la cooperazione giudiziaria in materia civile, di cui all'attuale art. 81 del Tratt. FUE, le successioni *mortis causa* sono entrate a far parte dell'azione delle Istituzioni (v. il piano di azione di Vienna del 1998⁽⁸⁾ e il nuovo Programma de L'Aja del 2004⁽⁹⁾).

In particolare, la Commissione ha presentato nel marzo del 2005 un "Libro verde sulle successioni e i testamenti"⁽¹⁰⁾, per suscitare un'ampia discussione degli operatori del settore, al fine di preparare i futuri interventi normativi. Diversi sono stati i documenti presentati dalle autorità nazionali, dal mondo accademico e dagli organismi professionali⁽¹¹⁾, tra i quali un progetto di regolamento comunitario in materia di successioni, presentato dal Consiglio Nazionale del Notariato italiano e ripreso dalla Commissione giuridica del Parlamento Europeo nella sua "Relazione su successioni e testamenti"⁽¹²⁾, indirizzata alla Commissione Europea al fine di formulare una proposta regolamentare⁽¹³⁾.

Il Libro verde ricorda la sempre maggiore rilevanza del fenomeno dell'apertura delle successioni di cittadini dell'Unione al di fuori del loro Paese di origine e la grande disparità sotto il profilo sostanziale e processuale nelle legislazioni degli Stati membri. Secondo la Commissione, allo stato attuale, non sembra possibile un'armonizzazione o unificazione del diritto sostanziale, e quindi ha proposto di agire almeno inizialmente nell'ambito delle norme sul conflitto delle leggi applicabili.

Al di là degli esiti del processo legislativo, il diritto dell'Unione, comun-

⁽⁸⁾ In G.U. C 19 del 23 gennaio 1999.

⁽⁹⁾ In G.U. C 53 del 3 marzo 2005.

⁽¹⁰⁾ 2005/65 (COD) def.

⁽¹¹⁾ In *ec.europa.eu*.

⁽¹²⁾ Doc. A6-0359/2006, approvato il 16 novembre 2006.

⁽¹³⁾ V. Pesame compiuto da F. TROMBETTA-PANIGADI, *Verso una disciplina comunitaria delle successioni per causa di morte*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 10.

que, già influenza l'applicazione del diritto nazionale, per effetto di principi fissati dalla legislazione e dalla giurisprudenza comunitaria. Principi applicabili anche se relativi ad una materia, come quella successoria, da poco direttamente disciplinata dal diritto europeo limitatamente alla legge applicabile e alla competenza giurisdizionale sulle relative controversie⁽¹⁴⁾.

Si pensi alla normativa italiana sul patto di famiglia⁽¹⁵⁾, che rompe la rigida disciplina nazionale in materia di tutela dei legittimari, anche in relazione al divieto dei patti successori, e che trova diretta ispirazione nella Comunicazione della Commissione relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese (98/C 93/02), diretta a consentire una successione delle aziende e delle società, che tenga conto del loro specifiche caratteristiche produttive; secondo detta Comunicazione: «Là dove i patti successori sono vietati (Italia, Francia, Belgio, Spagna, Lussemburgo), gli Stati membri dovrebbero considerare l'opportunità di introdurli, perché la loro proibizione complica inutilmente una sana gestione patrimoniale» delle imprese, soprattutto quelle medio-piccole.

Principi del diritto dell'Unione, come quello di libertà di movimento e di divieto di discriminazione, già ora impediscono di applicare regole come quella di reciprocità (art. 16, disp. prel. c.c.) nella capacità a succedere, oppure di non riconoscere gli effetti di patto successorio validamente stipulato ai sensi del diritto di uno Stato membro.

Nei prossimi anni la giurisprudenza potrà ulteriormente precisare la portata del diritto dell'Unione nel diritto successorio nazionale. Inoltre, occorrerà tenere maggiormente conto dei problemi giuridici sollevati dall'applicazione del diritto nazionale a successioni che riguardano cittadini di Paesi terzi, e confrontare la posizione dei figli non matrimoniali con il principio di non discriminazione per nascita di cui all'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e con la tutela della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della medesima,

⁽¹⁴⁾ Cfr. Corte giust. CE, sent. 1° luglio 1993, C-20/92, *Anthony Hubbard/Peter Hamburger* (domanda di pronuncia pregiudiziale), spec. § 20, in *Racc.* 1993, I-3777, sulla libertà di movimento di un professionista che svolge la funzione di esecutore testamentario.

⁽¹⁵⁾ Su cui S.P. CERRI, *Negozi successori e trasmissione dell'impresa*, Padova, 2014, spec. p. 113 ss.

oggi rilevante anche *ex artt.* 117 Cost. e 7 e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (c.d. Carta di Nizza)⁽¹⁶⁾.

In particolare, a proposito della filiazione non matrimoniale [di recente parificata a quella matrimoniale negli effetti (c.d. *filiazione-rapporto*) dal legislatore italiano (art. 315 c.c., come modificato dall'art. 1, 7° comma, l. 10 dicembre 2012, n. 219)], la Corte di Strasburgo ha ritenuto contrastanti con la normativa CEDU le legislazioni discriminatorie di taluni stati membri.

In particolare, la Corte ha ritenuto lesiva degli artt. 8, 14 CEDU e 1.1 prot. addizionale in tema di protezione della proprietà, la legislazione belga che limitava la facoltà della madre di trasmettere i propri beni per donazione o successione al figlio nato fuori del matrimonio e non riconosceva alcun legame di parentela tra questi e i familiari della madre, fintanto che non venisse contratto matrimonio⁽¹⁷⁾. Ciò, in quanto la norma dell'art. 1.1 consente al legislatore nazionale di controllare l'uso della proprietà negli atti *inter vivos* o negli atti di ultima volontà solo per ragioni di interesse generale, ma non si possono prevedere pesanti limitazioni sulla libertà di testare in favore del figlio non matrimoniale, poiché dette «differenze di trattamento non sono basate su alcuna

⁽¹⁶⁾ Sul principio di pari tutela della vita privata e familiare di genitori figli anche nelle convivenze cfr. Corte EDU, sent. 13 giugno 1979, ric. n. 6833/74, *Marckx/Belgio*; conf. Corte EDU, sent. 12 gennaio 2010, ric. n. 47486/06, *Khan/Regno Unito*; Corte EDU, sent. 1° giugno 2004, ric. n. 45582/99, *Lebbink/Paesi Bassi*; Corte EDU, sent. 27 ottobre 1994, ric. n. 18535/91, *Kroon e altri/Paesi Bassi*; Corte EDU, sent. 26 maggio 1994, ric. 16969/90, *Keegan/Irlanda*; Corte EDU, sent. 13 gennaio 2004, ric. n. 36983/97, *Haas/Paesi Bassi*; Corte EDU, sent. 3 ottobre 2000, ric. n. 28369/95, *Camp e Bourimi/Paesi Bassi*. Sul principio di non discriminazione, P.J. FEMENÍA LÓPEZ, *Los derechos sucesorios de los hijos no matrimoniales en sucesiones abiertas con anterioridad a la Constitución de 1978: comentario a la STS de 31 de julio de 2007*, in *Der. priv. y Constitución*, 2008, p. 131 ss.

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, sent. 13 giugno 1979, ric. n. 6833/74, *Marckx/Belgio*, cit. A proposito della parentela non matrimoniale, e dei diritti successori del figlio naturale rispetto al patrimonio avita è interessante leggere il passo della motivazione secondo cui: «L'une des différences de traitement constatées en ce domaine entre enfants "naturels" et enfants "légitimes" concerne les successions (article 756 in fine du code civil). [...] La Cour ne discerne aucune justification objective et raisonnable des différences de traitement dont il s'agit ici. Certes, la "paix" des familles "légitimes" peut parfois être troublée si l'enfant "naturel" entre juridiquement dans la famille de sa mère à l'égal de l'enfant issu d'un mariage, mais cette considération n'autorise pas à le priver de droits fondamentaux».

giustificazione obiettiva e ragionevole». Quindi, la discrezionalità del legislatore ordinario si espone al vaglio di corrispondenza con le norme ora richiamate, ed è condivisibile l'argomento svolto dalla Corte contro l'opposizione del Governo belga, il quale non contestava che la legislazione interna favorisse la famiglia legittima, ma la giustificava in forza dello scopo di assicurare la piena attuazione della famiglia tradizionale, fondandosi in questo su motivi oggettivi e ragionevoli riguardanti la morale e l'ordine pubblico: a questo proposito «la Corte riconosce che è in sé legittimo, e financo meritorio, sostenere ed incoraggiare la famiglia legittima. Non legittima tuttavia misure destinate a ledere, come in questo caso, la “famiglia naturale”. I membri della seconda godono delle garanzie dell'art. 8 alla pari di quelli della prima».

Più recentemente⁽¹⁸⁾, a proposito della legislazione tedesca applicabile ai nati prima del 1° luglio 1949, che discriminava i diritti successori dei figli nati fuori del matrimonio rispetto a quelli matrimoniali, la Corte ha ricordato che ai sensi dell'art. 14 una distinzione è discriminatoria se «manca di giustificazione obiettiva e ragionevole, ossia se non persegue uno scopo legittimo o se non ci sia un rapporto di proporzionalità tra mezzi impiegati e scopo prefissato». E, poiché «la Convenzione è uno strumento vivo, da interpretarsi secondo le condizioni attuali», testimoniate anche dalla Convenzione Europea del 1975 sullo statuto giuridico dei figli nati fuori del matrimonio, per cui «solo ragioni molto forti possono condurre a ritenere compatibile con la Convenzione una distinzione fondata sulla nascita fuori dal matrimonio». Ragioni che non si ravvisano nella fattispecie vagliata, in quanto «al pari di altre società europee, la società tedesca si è considerevolmente evoluta [...]». Inoltre, le difficoltà pratiche e procedurali per la prova della filiazione sono svanite, costituendo il test di paternità basato sul prelievo del DNA un metodo semplice e molto affidabile». Di conseguenza, si è ritenuta illegittima, per violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, la legislazione tedesca, ove prevedeva che un figlio nato fuori del matrimonio dopo il 1° luglio 1949 aveva diritto al versamento di una somma compensativa della sua quota di successione (*Erbersatzanspruch*) da parte degli eredi, con eccezione dei figli nati prima di detta

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, sent. 28 maggio 2009, ric. n. 3545/04, *Brauer/Germania*.

data i quali, ai sensi dell'art. 12, § 10, al. 2, prima frase, della legge fondamentale, erano totalmente esclusi dalla successione legale e non disponevano di alcun diritto al versamento di una somma compensativa⁽¹⁹⁾.

3. — *Spirito di liberalità e categorie della successione.*

La chiave di lettura del sistema successorio italiano è data da un principio fondamentale, costituito dalla priorità del sistema di vocazione testamentaria, principio enunciato dall'art. 457 c.c., che pone al centro della disciplina della successione *mortis causa* la distinzione fondata sull'esistenza o meno di disposizioni della persona fisica deceduta concernenti il proprio patrimonio⁽²⁰⁾. Deriva che si possono individuare: *a)* successione testamentaria, prevista dagli artt. 587 ss. c.c., che si realizza quando il *de cuius* abbia previsto le regole di destinazione del proprio patrimonio (o di parte di esso) dopo la morte, attraverso l'atto negoziale unilaterale denominato "testamento"; *b)* successione legittima, che si verifica quando il *de cuius* non abbia disposto, in tutto o in parte, dei suoi beni con atto testamentario⁽²¹⁾: essa è disciplinata dagli artt. 565 ss. c.c., che individuano le categorie dei successibili sulla base di rapporti di parentela o di coniugio, e le quote loro attribuite; *c)* successione necessaria, che si riferisce ad una quota indisponibile, che il *de cuius* non può devolvere liberamente attraverso testamento o donazione, in quanto riservata a favore dei successibili più vicini, quali il coniuge, i discendenti e gli ascendenti, secondo le regole dettate dagli artt. 536 ss. c.c.

Naturalmente la classificazione ora operata – contenuta nel richiamato

⁽¹⁹⁾ Appaiono evidenti le analogie con il sistema italiano della commutazione, già previsto dall'art. 537, 3° comma, c.c. e recentemente abrogato dall'art. 71, 1° comma, lett. *c*), d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, attuativo della riforma della filiazione.

⁽²⁰⁾ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 6ª ed., Milano, 1999, p. 9 ss.

⁽²¹⁾ Qualora il *de cuius* abbia disposto soltanto parzialmente del patrimonio successorio, si verifica un concorso tra *successione testamentaria* (per la parte di cui ha disposto) e *successione legittima* (per la parte residua).

art. 457 c.c., che pertanto costituisce la norma fondamentale del sistema successorio – inerisce a quei rapporti giuridici trasmissibili esistenti nel patrimonio della persona al momento della sua morte (c.d. patrimonio successorio), con esclusione di quelli per i quali il legislatore, a tutela di interessi prevalenti di determinati soggetti, ha previsto altri meccanismi di devoluzione, che seguono regole differenti da quelle previste nel II Libro del codice civile e che costituiscono deroghe legali al principio di unità della successione, meccanismi denominati, nel loro complesso, successioni anomale legali.

In ogni caso, per l'applicazione delle richiamate categorie, è necessario che il titolare di quei diritti non ne abbia disposto con atto *inter vivos*, regolando, con effetti anticipati, la successione in determinati beni o rapporti attraverso negozi successori anticipatori⁽²²⁾.

Prima di procedere all'individuazione delle categorie dei negozi successori anticipatori e di quelle della successione *mortis causa*, è opportuno soffermare l'attenzione sui caratteri dell'attribuzione successoria intesa in senso lato, cioè a dire a prescindere dallo strumento utilizzato per la devoluzione del patrimonio, di una quota di esso o di singoli beni o diritti.

Tutti gli strumenti successori, siano essi *inter vivos* o *mortis causa*, presentano un elemento idoneo a caratterizzarli, rappresentato dallo “spirito di liberalità”, che nella sostanza, può qualificarsi come minimo comune denominatore della devoluzione con causa successoria. Dello spirito di liberalità tradizionalmente ci si è occupati nell'ambito del contratto di donazione, sia perché esso è esplicitamente richiamato dall'art. 769 c.c., sia perché l'elemento causale è proprio delle fattispecie contrattuali. Tuttavia, la più moderna concezione della causa in concreto ha evidenziato che alla base di qualsiasi operazione giuridica vi dev'essere sempre un interesse che la giustifica: detto interesse, assumendo rilevanza per il diritto, diviene situazione giuridica soggettiva e, come tale, va tutelato ed attuato⁽²³⁾. E ciò, non soltanto mediante lo

⁽²²⁾ V., più ampiamente, A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, cit.

⁽²³⁾ Cfr. A. PALAZZO, *Gratuità e attuazione degli interessi*, cit., p. 6 ss.; F. SCAGLIONE, *Inter-soggettività e gratuità nei contratti*, cit., p. 788 ss.; v., inoltre, A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, cit., p. 47 ss.

strumento che il legislatore ha tipizzato per quello scopo, ma anche attraverso altri strumenti giuridici che in concreto possono realizzarlo.

In sostanza, lo “spirito di liberalità” è un elemento sempre presente nella devoluzione con causa successoria e ne rappresenta l’essenza stessa (come, ad esempio, nella compravendita lo scambio della cosa contro il prezzo), ma detto spirito di liberalità viene specificato in concreto attraverso i motivi che inducono il disponente all’attribuzione: essi possono essere oggettivati nell’atto (come, ad esempio, nelle donazioni motivate, ovvero nella disposizione testamentaria contenente il motivo o sottoposta a condizione), ma anche non oggettivati, cioè non esplicitati nell’atto stesso (non ritenendo opportuno il disponente renderli noti), ma pur sempre presenti e determinanti dell’attribuzione stessa. Quindi, anche nelle disposizioni testamentarie (il cui fondamento viene tradizionalmente rinvenuto nel binomio volontà + forma) il motivo, oggettivato o meno, assume una rilevanza fondamentale, tesa a qualificare lo spirito di liberalità, come dimostra anche la disciplina delle invalidità di cui agli artt. 624 e 626 c.c.

I motivi della devoluzione successoria sono quasi sempre riconducibili a particolari rapporti che legano disponente e beneficiario, spesso derivanti da legami familiari, affettivi, amicali, ecc. Legami su cui, del resto, si fonda la stessa devoluzione legale: nella successione legittima (artt. 565 ss. c.c.), il patrimonio è destinato dalla legge a soggetti congiunti con il *de cuius* da matrimonio, unione civile o parentela (legami familiari) e, in mancanza, allo Stato (art. 586 c.c.), in virtù del rapporto di cittadinanza o, per lo straniero, di residenza.

La dottrina tradizionale individua l’essenza dello spirito di liberalità nella consapevolezza, nell’autore, di una attribuzione alla quale non è obbligato giuridicamente⁽²⁴⁾. Tuttavia, ciò, se da un lato rappresenta una base di partenza idonea ad evidenziare la presenza della spontaneità in capo al disponente, elemento necessario a qualificare la volontà dello stesso nel compiere l’attribuzione, dall’altro non esaurisce la fattispecie e, soprattutto, non individua

⁽²⁴⁾ A.C. JEMOLO, *Lo “spirito di liberalità” (riflessioni su una nozione istituzionale)*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, p. 973 ss.

la funzione svolta in concreto dalla stessa nella singola situazione giuridica. In altri termini, posto che ogni attribuzione deve svolgere all'interno del sistema una funzione giuridicamente rilevante, non è sufficiente per la sua effettiva individuazione la presenza di spontaneità, ma occorre evidenziarne precisamente lo scopo attraverso la qualificazione degli interessi sottesi alla singola operazione giuridica⁽²⁵⁾.

In quest'ottica, a prescindere dallo strumento utilizzato, alla base della devoluzione successoria esiste sempre un interesse non patrimoniale in capo al disponente, mentre il beneficiario dell'attribuzione ne ha uno propriamente patrimoniale, ricevendo un vantaggio economico più o meno rilevante dalla devoluzione stessa.

Infatti, come rilevato in dottrina, e autorevolmente confermato dalla Cassazione, anche a Sezioni unite, a qualificare la fattispecie sul piano giuridico sono gli interessi concreti perseguiti e condivisi dalle parti, la cui sintesi costituisce in ambito contrattuale la causa del negozio⁽²⁶⁾, mentre nel testamento è l'interesse del *de cuius* ad assumere in sé rilevanza, difettando la condivisione (bilateralità) propria dei contratti.

Il riferimento all'interesse non patrimoniale del disponente impone una riflessione preliminare sul fenomeno della gratuità intesa in senso lato, che

⁽²⁵⁾ Cfr., ampiamente, A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, cit., p. 51 ss.

⁽²⁶⁾ In dottrina, v. ancora A. PALAZZO, *Gratuità e attuazione degli interessi*, cit., p. 6 ss.; F. SCAGLIONE, *Intersoggettività e gratuità nei contratti*, cit., p. 788 ss. Per la giurisprudenza, Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, cit. Secondo la Cassazione la qualificazione (nella specie la valutazione di gratuità od onerosità) di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla *causa concreta*, costituita dalla *sintesi degli interessi* che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello astratto utilizzato, e non può quindi fondarsi sull'esistenza, o meno, di un rapporto sinallagmatico e corrispettivo tra le prestazioni sul piano tipico ed astratto, *ma dipende necessariamente dall' apprezzamento dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del solvens, quale emerge dall'entità dell'attribuzione, dalla durata del rapporto, dalla qualità dei soggetti e soprattutto dalla prospettiva di subire un depauperamento, collegato o meno ad un sia pur indiretto guadagno ovvero ad un risparmio di spesa*; cioè a dire quale emerge attraverso un procedimento sostanzialmente equitativo. Sull'uso di detto procedimento a fini di qualificazione del contratto v. almeno A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, rist. 2011, spec. p. 181 ss. In precedenza, tra le altre, v. già Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit.

va assumendo un ruolo sempre più rilevante⁽²⁷⁾. In argomento, particolare importanza riveste anche la ricostruzione economica della fattispecie, utile ad individuare l'esatta causa dell'attribuzione e, conseguentemente, a procedere al suo corretto inquadramento. In questo ambito, la dottrina economica ha già da tempo posto l'attenzione sulla centralità nel sistema delle caratteristiche dello scambio contrattuale, il quale può definirsi come scambio di *mercato* o di *non mercato*. Il primo è impersonale e soprattutto istantaneo: moneta contro moneta e merce contro merce; lo scambio avviene senza lasciare traccia e senza permeare i soggetti coinvolti, salvo che nell'instaurare propensioni al consumo e mettere in moto aspettative che debbono trovare realizzazione sempre nello scambio di mercato. La seconda forma di scambio, quella di non mercato, è invece personale e talvolta affettiva, contiene in sé l'elemento dell'obbligazione e quello detto della pulsione desiderante e, per sua natura, è una relazione sociale non comprensibile mediante il modello dello scambio⁽²⁸⁾. Tuttavia, sempre meno alla base dello scambio di non mercato è dato rinvenire un'attribuzione che potremmo genericamente qualificare come non interessata, poiché vi è spesso comunque un interesse economico, il quale incide sulla situazione giuridica e la caratterizza fortemente. Così, si attribuisce per ottenere un vantaggio in termini economici o semplicemente di immagine, si attribuisce per "vincolare" qualcuno (che in seguito dovrà essere riconoscente) a fornire a tempo debito una determinata prestazione o ad assumere un determinato atteggiamento o comportamento favorevole al disponente; in ogni caso si attribuisce in vista di un vantaggio che può assumere connotati vari e difformi⁽²⁹⁾.

Ciò posto, le fattispecie giuridiche possono qualificarsi, in relazione

⁽²⁷⁾ V. A. PALAZZO, *Gratuità e attuazione degli interessi*, cit., p. 5 ss.

⁽²⁸⁾ Così G. SAPELLI, *Perché esistono le imprese e come sono fatte*, 1^a ed., (B. Mondadori) Milano, 1999, p. 110 ss. [di recente, v. ID., *Perché esistono le imprese e come sono fatte*, 2^a ed., (Guerini e ass.) Milano, 2019].

⁽²⁹⁾ Anche la dottrina economica (G. SAPELLI, *Perché esistono le imprese e come sono fatte*, cit., p. 130) evidenzia la contraddizione rinvenibile nella odierna realtà socio-economica, ove sovente «si dona in situazione di costrizione». Cfr. anche P. GRASSELLI, *Il dono tra interesse altruistico e altruismo puro*, in A. LOMBARDI (a cura di), *I beni relazionali negli scambi sociali ed economici*, Milano, 2011, spec. p. 17 ss.

agli interessi effettivamente perseguiti, come segue: *a*) trasferente e beneficiario sono entrambi portatori di interessi a carattere non patrimoniale (NP+NP): la fattispecie non può evidentemente essere inquadrata in ambito contrattuale né successorio, mancando il requisito della patrimonialità di cui agli artt. 1321 e 587, 1° comma, c.c.; siamo nell'ambito dei rapporti di cortesia; *b*) trasferente e beneficiario sono entrambi portatori di interessi di natura patrimoniale (P+P): la fattispecie si colloca all'interno dei contratti corrispettivi, dove la corrispettività può essere diretta o indiretta a seconda del tipo utilizzato: la corrispettività è diretta quando la causa onerosa (P+P) viene attuata mediante adesione delle parti ad uno schema negoziale in cui le prestazioni contrattuali sono legate da interdipendenza, come nella vendita, nella locazione, nell'appalto, ecc.; è indiretta quando la causa onerosa (P+P) si realizza attraverso l'impiego di un tipo gratuito, come nel comodato in cui anche il comodante ha un interesse economico (esempio: società dello stesso gruppo o socio della stessa, che concedono l'utilizzo di propri locali, evitando alla società beneficiaria un esborso di danaro); *c*) il trasferente è portatore di un interesse non patrimoniale, non ricevendo dall'attribuzione vantaggi economici nemmeno indiretti, al contrario del beneficiario che riceve un vantaggio economico, consistente nell'attribuzione di un diritto reale o personale (NP+P): la fattispecie va inquadrata nella gratuità o nella liberalità, a seconda delle finalità dell'attribuzione⁽³⁰⁾, dove la liberalità può essere diretta o indiretta, sempre a seconda del tipo contrattuale utilizzato, se preordinato (esempio: donazione) o meno (esempio: comodato) alla causa liberale.

L'individuazione degli interessi concreti perseguiti dalle parti, e quindi della causa dell'attribuzione, prescinde dal tipo negoziale effettivamente utilizzato in una data situazione, che costituisce un mero strumento per realizzarla⁽³¹⁾.

Ora, mentre il testamento presenta caratteri prefissati dal legislatore, nei negozi successori anticipatori, quasi sempre legati all'impiego dello stru-

⁽³⁰⁾ V. *infra*, § 3.2.

⁽³¹⁾ L'attenzione a tale impostazione è presente anche nella migliore dottrina latino-americana: J. LEYVA SAAVEDRA, *Contratos globales*, I, *Elementos del contrato*, Lima-Perù, 2022, p. 191 ss., spec. p. 222 ss.

mento contrattuale, la qualificazione è certamente più complessa. Infatti, il legislatore ha previsto tipi ad attribuzione unilaterale (donazione, comodato ecc.), o bilaterale (vendita, permuta, ecc.), che si prestano alla realizzazione della gamma di interessi particolari ora evidenziati, tanto direttamente quanto indirettamente. In quest'ultimo caso, il tipo contrattuale diviene strumentale alla realizzazione di una causa diversa da quella presa a riferimento in astratto dal legislatore per quel dato tipo negoziale.

Si è detto che anche la causa liberale può essere realizzata in modo sia diretto, attraverso tipi già strutturati dal legislatore allo scopo (donazione pura o motivata, patto di famiglia), sia indiretto, mediante tipi pensati per raggiungere finalità diverse, gratuite o corrispettive (comodato, vendita *nummo uno*, ecc.). Deriva che liberalità dirette e liberalità indirette sono caratterizzate da una identità di causa, ma da una diversità di tipo; l'assetto di interessi perseguiti e condivisi dalle parti è analogo, mentre differisce lo schema negoziale utilizzato per raggiungere detto assetto di interessi: nel caso della diretta il tipo è già predisposto dal legislatore per realizzare effetti successori anticipatori (art. 769 c.c.); viceversa, nel caso dell'indiretta è predisposto per fini diversi, gratuiti od onerosi (art. 809 c.c.).

4. — *Causalità e liberalità.*

L'ipotesi *sub c)* (NP+P) presenta un assetto di interessi analogo a quello delle attribuzioni *mortis causa*: l'interesse non economico del disponente, che nulla si attende (nemmeno indirettamente) dall'*accipiens*, caratterizza la causa dell'attribuzione stessa.

Questo assetto di interessi è presente non solo nelle donazioni, ma anche nei cc.dd. contratti gratuiti⁽³²⁾. Si tratta di contratti tipici, il cui tipo legale prevede per essi uno schema astratto di attribuzione unilaterale – caratteristico dei contratti con causa liberale –, ma che si prestano tanto alla realizzazione

⁽³²⁾ Sull'appartenenza tanto della donazione, quanto dei contratti gratuiti (come il comodato), alla medesima categoria già v. G. BALBI, *Saggio sulla donazione*, Torino, 1942, p. 125.

di interessi non economici del *tradens* (NP+P), quanto a quella della causa corrispettiva (P+P)⁽³³⁾.

Se ciò è esatto, v'è però da chiedersi la ragione per la quale, nonostante si sia in presenza di analogo assetto di interessi all'attribuzione, il legislatore abbia riservato ai contratti gratuiti (es. deposito, comodato, mutuo senza interessi), rispetto alle donazioni di cui al titolo V del libro II del codice, diversa collocazione sistematica e terminologia lessicale (gratuità, liberalità), ma, soprattutto, differente disciplina concernente sia le modalità di conclusione dell'accordo (realità, forma pubblica), sia gli effetti sulla successione del disponente (applicabilità o meno delle regole in tema di riduzione e collazione).

La dottrina⁽³⁴⁾ ha fornito la spiegazione essenzialmente riferendosi alle ragioni di ordine storico della distinzione tra obbligazioni di dare (proprie della donazione) e le altre obbligazioni di fare, non fare, prestare in senso lato (proprie dei contratti cc.dd. gratuiti).

Partendo da questa impostazione possono essere svolte alcune ulteriori considerazioni. Come detto, contratti gratuiti (almeno nello schema tipo pensato dal compilatore) e donazioni sono caratterizzati da analoghi interessi all'attribuzione, che nel *tradens* è non patrimoniale e nell'*accipiens* è di natura patrimoniale, verificandosi in suo favore un arricchimento.

Quello che diverge è anzitutto la funzione sistematica svolta dalle fattispecie, almeno nell'ottica del legislatore del 1942.

Nei contratti gratuiti l'attribuzione è costruita con i caratteri della precarietà e/o temporaneità, in modo che questa non possa avere effetti rilevanti e duraturi sul patrimonio del disponente: in maniera più tecnica può dirsi che essa non è in grado di produrre effetti successori anticipatori.

Viceversa, le donazioni sono in grado di incidere sui futuri assetti successori, attraverso l'attribuzione di un beneficio duraturo e rilevante in relazione ai

⁽³³⁾ Cfr. A. PALAZZO, *Gratuità e corrispettività indiretta*, cit., p. 29 ss.; F. SCAGLIONE, *Intersoggettività e gratuità nei contratti*, cit., spec. pp. 788, 795 ss.; ID., *Il comodato. Artt. 1803-1812*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, p. 45 ss.

⁽³⁴⁾ Sul punto, v. almeno G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 82 ss.; A. PALAZZO, *La causalità della donazione tra ricerca storica e pregiudizio dogmatico*, cit., p. 245 ss.; F. SCAGLIONE, *Intersoggettività e gratuità nei contratti*, cit., spec. p. 796.

patrimoni dei soggetti coinvolti nell'operazione, indipendentemente dall'arco temporale di produzione degli effetti che può: *a*) essere immediato ed esaurirsi alla morte del disponente o prima di questa, essenzialmente per ragioni legate alla natura del diritto attribuito (esempio: donazione di usufrutto); *b*) essere immediato e proseguire dopo la morte con l'assetto di interessi determinato dal disponente (esempio: donazione di proprietà o, di regola, patto di famiglia); *c*) essere parzialmente immediato e produrre l'assetto definitivo soltanto dopo la morte del disponente (esempio: negozi transmorte).

Così, il caso in cui un genitore concede in comodato ad un figlio una delle proprie abitazioni per un tempo limitato e in attesa che questi possa abitare la propria, è certamente diverso da quello in cui l'attribuzione del godimento sia fatta per un tempo lunghissimo e consenta al figlio di evitare l'impiego di propri capitali per soddisfare il suo bisogno primario all'abitazione. Nonostante entrambe le ipotesi realizzino un'attribuzione unilaterale sorretta da un interesse non patrimoniale, sussistono solo nella seconda le finalità successorie, in quanto l'attribuzione non assume il carattere della temporaneità propria del comodato, quale tipo pensato dal legislatore, ed è pertanto idonea ad incidere sugli assetti che si determinano all'apertura della successione del disponente⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ Sul tema, di recente, F. SCAGLIONE, *Il comodato*, cit., spec. p. 51 ss. In giurisprudenza, v. App. Milano, 17 dicembre 2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 688, con nota di A. LEONARDI; secondo la Corte, ove il *de cuius* abbia attribuito ad uno degli eredi, per un periodo di tempo considerevole, in uso gratuito un appartamento, deve ritenersi che lo abbia fatto per spirito di liberalità, accertato anche presuntivamente, essendo individuabile *in re ipsa*, cioè a dire nelle medesime caratteristiche dell'atto compiuto e nelle sue evidenti conseguenze: la fattispecie concreta realizza pertanto – in mancanza di prova di ulteriore e diverso motivo – una donazione indiretta realizzata attraverso lo schema del comodato gratuito (per il quale non è necessaria la forma dell'atto pubblico richiesta per la donazione diretta), il cui fine consiste nel procurare vantaggio patrimoniale – costituito dal risparmio del canone di locazione – al comodatario, al fine di arricchire il compratore di una somma pari al canone, rinunciando al corrispettivo della locazione. Sul punto, cfr. anche Trib. Napoli, 9 maggio 2005, in *Dir. e giur.*, 2007, p. 133, con nota di L. GATT, secondo cui, al contrario, «non è donazione indiretta, e dunque è esclusa dall'obbligo di collazione, la concessione gratuita ad uso abitativo di un immobile, posta in essere dal *de cuius* in favore di alcuni dei coeredi per il periodo delle vacanze estive, trattandosi di una forma di ospitalità giuridicamente non rilevante».

Dall'analisi delle norme dettate dal codice in tema di contratti gratuiti gli aspetti ora evidenziati emergono con chiarezza.

Nel deposito e soprattutto nel comodato tutta la disciplina è preordinata alla conservazione e alla restituzione dell'oggetto nelle migliori condizioni possibili: la sua preservazione è garantita addirittura in misura maggiore presso l'*accipiens* e alcune norme sono volte ad impedire che questi contratti abbiano effetti successori (artt. 1776 e 1811 c.c.). Lo stesso requisito della consegna nasce nel diritto romano, che conosce soltanto cause tipiche di obbligazione come presupposto per il sorgere di quella restitutoria⁽³⁶⁾.

Analoghe osservazioni possono compiersi per il mutuo gratuito, sebbene questo differisca dagli altri contratti ora analizzati sotto un duplice profilo: *a)* è costruito come contratto ad effetti reali; *b)* la non debenza degli interessi è vista dal sistema in termini di eccezione (art. 1815, 1° comma, c.c.) o di sanzione (art. 1815, 2° comma, c.c.⁽³⁷⁾).

Infatti, anche nel mutuo l'attribuzione non perde il carattere della temporaneità: il mutuatario è obbligato alla restituzione secondo il meccanismo causale di cui all'art. 1813 c.c. (a meno che vi sia successiva rinuncia: c.d. donazione liberatoria). Se quindi si rimane nella fisiologia del rapporto, il patrimonio del *tradens* non subisce modifiche, poiché le somme di danaro rientrano alla scadenza prefissata e comunque *medio tempore* egli è titolare di un diritto di credito.

Ciò che è sorretto dall'interesse non patrimoniale è quindi soltanto la non debenza degli interessi, che reca un indubbio vantaggio economico al mutuatario. Per stabilire se questo interesse sia o meno orientato verso finalità successorie occorre guardare il caso concreto attraverso un procedimento equitativo, tenendo presente almeno due parametri: *a)* se il mutuante abbia più volte beneficiato il mutuatario, anche mediante prestiti senza interessi tra loro collegati; *b)* la rilevanza del beneficio concesso, sui patrimoni del mutuante e del mutuatario.

⁽³⁶⁾ V. G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1968, p. 484.

⁽³⁷⁾ Cfr. A. SASSI, *Esegesi e sistema del contratto usurario*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzolo*, 3, *Proprietà e rapporti obbligatori*, cit., p. 738 ss.

In sostanza, nei contratti con attribuzione unilaterale l'interesse del disponente pur avendo analogo natura non patrimoniale (NP), si attegga in maniera diversa secondo che sia o meno preordinato alla produzione di effetti duraturi e rilevanti, volti a realizzare finalità successorie. La condivisione dell'interesse del disponente da parte del beneficiario dell'attribuzione determina, nel caso di finalità successorie la causa *liberale* e, nell'altro, la causa *gratuita*.

Dalle differenze strutturali e da quelle funzionali rispetto alla successione del *tradens*, che caratterizzano i contratti gratuiti rispetto alle donazioni, deriva: *a*) soltanto ai contratti gratuiti, che, secondo il modello concepito dal legislatore, non sono in grado di produrre effetti successori anticipatori, è consentita la realizzazione, oltre che di interessi non patrimoniali del *tradens*, anche di interessi di natura patrimoniale (corrispettività indiretta); *b*) emerge la ragione per cui il legislatore del 1942 ha: *b*¹) disciplinato i primi nel libro IV, concernente i contratti, e le seconde nel libro II, dedicato alle successioni; *b*²) previsto per i primi il meccanismo di conclusione della realtà e per le seconde quello della forma pubblica (tipica delle disposizioni testamentarie nella fase di redazione o in quella di pubblicazione); *b*³) indicato soltanto per le seconde l'applicazione diretta delle regole successorie in tema di riduzione e collazione.

5. — *Negozi successori anticipatori.*

I negozi successori anticipatori, come accennato⁽³⁸⁾, essendo appunto atti *inter vivos*, offrono una maggiore duttilità nell'utilizzo pratico e, soprattutto, la possibilità per il disponente di controllare in maniera più penetrante il progetto attributivo in vista della (futura) successione. Essi possono dividersi in tre grandi categorie: *a*) donazioni; *b*) negozi trasmorte; *c*) strumenti di trasmissione dell'impresa.

Tutti sono accomunati da una identità di funzione, costituita dalla realizzazione di un'attribuzione in capo ad un beneficiario, persona fisica o

⁽³⁸⁾ *Retro*, § 1.

giuridica, di un bene o di un diritto, attribuzione operata direttamente o indirettamente da un soggetto, persona fisica, che possiamo denominare disponente, in vista della sua futura successione. Questi, pertanto, anche in virtù della funzione svolta dall'attribuzione che produce effetti anche dopo la sua morte, non ha alcun interesse patrimoniale ad effettuare la disposizione a favore del beneficiario, nel senso che egli non si aspetta alcun ritorno o vantaggio economico, nemmeno indiretto, dall'attribuzione stessa. Si realizza così quello spirito di liberalità, che il legislatore pone a fondamento del contratto di donazione (art. 769 c.c.) e di tutti quegli strumenti negoziali che svolgono analoga funzione, pur presentando una diversa struttura (art. 809 c.c.).

Ciò posto, le donazioni si possono distinguere in tre specie, tutte pur sempre contraddistinte dalla presenza dello spirito di liberalità, che costituisce la causa dell'attribuzione: *a'*) donazione pura, normalmente caratterizzata dalla mancanza di indicazione nel contratto del motivo che ha determinato il disponente alla disposizione, che, sebbene condiviso, non è esplicitato e va eventualmente accertato in via ermeneutica (art. 769 c.c.); *a''*) donazioni motivate, in cui, viceversa, il motivo è individuato dalla legge e, quindi, emerge in maniera esplicita dall'atto; esse possono essere oggetto di ulteriore sottodistinzione: *α*) donazione remuneratoria, fatta per riconoscenza, per meriti del beneficiario o speciale remunerazione (art. 770 c.c.); *β*) donazione obnuziale, fatta riguardo a matrimonio (art. 785 c.c.); *γ*) donazione modale, gravata da un onere (art. 793 c.c.); *δ*) donazione con riserva di disporre o di usufrutto (artt. 790 e 796 c.c.); *ε*) donazione con condizione di reversibilità (art. 791 c.c.); *a'''*) donazioni indirette, in cui la liberalità viene realizzata attraverso un atto giuridico diverso dal contratto di donazione (art. 809 c.c.).

I negozi transmorte presentano alcuni tratti comuni salienti, che possiamo individuare essenzialmente in due caratteri fondamentali: *a*) la produzione immediata, o comunque quando il disponente è ancora in vita, di taluni effetti, mentre altri effetti, anche rilevanti, si verificano alla morte di questo, con la conseguenza che il negozio produce effetti parzialmente immediati, ma l'assetto definitivo si determina soltanto dopo la morte del disponente; *b*) la possibilità per il disponente di revocare l'attribuzione verso il beneficia-

rio con atto *inter vivos* o testamento⁽³⁹⁾. La parziale produzione di effetti durante la vita del disponente e il diritto di ripensamento da parte dello stesso escludono la natura di atto *mortis causa* del negozio transmorte e, quindi, la riconducibilità della figura alla fattispecie vietata dei patti successori prevista dall'art. 458 c.c.

Il prototipo può essere rappresentato dal contratto di assicurazione sulla vita a favore di un terzo di cui agli artt. 1919 ss. c.c., in cui si producono effetti immediati (vincolo contrattuale, pagamento dei premi, segregazione patrimoniale *ex* art. 1923 c.c., ecc.), ma la corresponsione della somma al beneficiario avviene al verificarsi dell'evento dedotto, rappresentato dalla morte del disponente; al contempo la designazione o la revoca del beneficiario può avvenire secondo quanto previsto dagli artt. 1920 e 1921 c.c.

I negozi transmorte si sogliono distinguere in due specie principali: *b1*) i congegni che si ricollegano allo schema del contratto a favore di terzo: assicurazione sulla vita e rendita vitalizia; *b2*) le ulteriori attribuzioni per il mantenimento di persone o di beni: tra le prime, annoveriamo il mandato *post mortem*, il negozio fiduciario, il *trust*, i patti di convivenza, il contratto di

⁽³⁹⁾ La categoria dei negozi transmorte è stata coniata dalle riflessioni di un Maestro come Antonio Palazzo (A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983) ed è entrata nel lessico giuridico dei civilisti contemporanei, trovando puntuale applicazione nell'*ars stipulatoria* notarile. Partendo dalla distinzione, risalente alle osservazioni di Rosario Nicolò e di Giorgio Giampiccolo, tra attribuzioni patrimoniali *mortis causa* e (con effetti) *post mortem* (V. R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, spec. p. 148 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, spec. p. 219 ss.), Antonio Palazzo traccia le linee caratterizzanti del negozio valido per un'alternativa al testamento: «il contratto, costituito in vita, deve determinare il trasferimento del bene e prevedere la morte solo quale condizione degli effetti negoziali, che possono in parte essere anticipati senza che ciò pregiudichi la possibilità di bloccarne per una giusta causa lo svolgimento, mentre il soggetto contrattuale, di cui la morte costituisce l'evento dedotto in condizione, deve rimanere titolare di uno *ius poenitendi* circa la costituzione del contratto, che tuttavia può farsi dipendere da un fatto che lo giustifichi»: A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, cit., p. 57. L'esame dei negozi transmorte verrà ripreso ed approfondito da Antonio Palazzo in altre importanti opere successive: ID., *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N. Perlingieri*, Napoli, 2003; e ID., *Testamento e istituti alternativi*, in *Tratt. teorico-pratico dir. priv. Alfa-Patti*, Padova, 2008; e poi in A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, cit., p. 447 ss.

mantenimento, il contratto di deposito; tra le seconde, le fondazioni e le società dedicate alla conservazione e alla valorizzazione di patrimoni.

L'ultima categoria, che è una specificazione delle precedenti, è rappresentata dagli strumenti di trasmissione dell'impresa, strumenti che, soprattutto nella realtà imprenditoriale italiana, caratterizzata in gran parte da entità medio-piccole a conduzione familiare, assumono una rilevanza fondamentale nella trasmissione della ricchezza⁽⁴⁰⁾.

Detti strumenti si possono distinguere in due specie: *c1*) il patto di famiglia, riconducibile alla figura della donazione gravata da onere, attraverso il quale il titolare trasferisce l'azienda o le partecipazioni societarie ad uno o più discendenti, che sono onerati alla liquidazione dei legittimari non beneficiari, salvo questi vi rinunzino (artt. 768-*bis* ss. c.c.); *c2*) le clausole societarie, inquadrabili nei negozi transmorte producendo effetti (parzialmente) immediati alla stipula del contratto di società o all'adesione allo stesso, ma disciplinando la devoluzione delle partecipazioni alla morte del socio; esse sono finalizzate al passaggio generazionale nelle società, per evitare indesiderate (e rischiose) scalate alla gestione aziendale da parte di soggetti inadatti alla proficua continuazione dell'impresa e concernono sia le società di persone, mediante consolidazione, continuazione o successione, sia quelle di capitali, tramite opzione, prelazione o gradimento.

Nelle società di persone, la norma fondamentale è costituita dall'art. 2284 c.c., che attribuisce rilevanza primaria alle disposizioni contenute nel contratto sociale e, quindi, all'autonomia dei privati; in quelle di capitali, le innovazioni introdotte dalla riforma del diritto societario agli artt. 2355-*bis* e 2469 c.c. hanno anticipato la previsione dell'opzione di acquisto di partecipazioni sociali a causa di morte, sostanzialmente risolvendo il problema della successione, estendendo la disciplina derogatoria anche alle azioni o alle quote societarie⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ Secondo dati economici sulle aziende familiari italiane, in Italia circa il 90% delle imprese sono di tipo familiare: tale percentuale risulta maggiore rispetto a quella riscontrabile, per aziende simili, negli altri principali Paesi, tanto che queste aziende generano l'80% del PIL complessivo italiano.

⁽⁴¹⁾ Critico A. ZOPPINI, *L'emersione della categoria della successione anticipata. Note sul patto di famiglia*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa. Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*,

6. — *Successione mortis causa.*

Il sistema delle categorie successorie *mortis causa* è retto da due gruppi di norme, che fanno da guida all'interprete: quelle dell'art. 457 c.c. e le altre degli artt. 553 e 556 c.c.

Preliminarmente, l'art. 457, 2° comma, c.c. introduce la citata regola fondamentale di subordinazione della successione per legge alla testamentaria, con l'unico limite, tracciato nel 3° comma dello stesso articolo, per cui il testamento non può pregiudicare i «diritti che la legge riserva ai legittimari».

Le vicende di un patrimonio successorio dopo la morte del suo titolare sono dunque rette innanzitutto dalla sua ultima volontà espressa per il mezzo del testamento; solo nel caso in cui questa disposizione volitiva manca in tutto o in parte, oppure viola i diritti dei legittimari (coniuge, discendenti, ascendenti), interviene la disciplina prevista dal legislatore.

La successione legittima o *ab intestato* e l'altra necessaria o dei legittimari sono disciplinate interamente dalla legge, a differenza di quella testamentaria in cui è ammessa la regolamentazione del testatore, pur sempre nei limiti imposti dalla legge. La successione *ab intestato* e quella necessaria possono quindi definirsi e ricomprendersi in una categoria più generale che può denominarsi successione "legale".

Questo quadro generale, che risulta già dall'art. 457 c.c., si arricchisce con il contenuto precettivo degli artt. 553 e 556 c.c., per individuare le interrelazioni tra le categorie di successioni, la testamentaria e la legale, e, all'interno di quest'ultima, tra le due specie, quella legittima e l'altra necessaria. I criteri di caratterizzazione, all'interno della categoria delle successioni legali, la successione necessaria rispetto a quella legittima sono principalmente l'oggetto e i presupposti⁽⁴²⁾.

Milano, 2006, p. 270 ss., il quale rileva che, mentre «si giustifica una deroga alla disciplina generale delle successioni per l'azienda, bene produttivo non divisibile, è del tutto illogico e probabilmente incostituzionale che il presupposto di una disciplina derogatoria sia legata al fatto che nel patrimonio compaiano partecipazioni sociali».

⁽⁴²⁾ Cfr. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 4^a ed., Milano, 2000, pp. 60 ss. e 76 ss.

Riguardo all'oggetto, la successione necessaria presenta tre differenze essenziali rispetto alla successione legittima. La prima è di ordine quantitativo: le frazioni in cui si esprime la porzione riservata sono diverse e minori (cfr. artt. 537 ss. c.c.) rispetto a quelle previste dalla successione *ab intestato* (artt. 566 ss. c.c.). La seconda riguarda il contenuto oggetto del calcolo: mentre la porzione riservata si calcola (art. 556 c.c.) sul *relictum* (il patrimonio esistente al momento della successione) sommato al *donatum* (ciò che è stato donato in vita), la quota intestata si calcola sul solo *relictum* (art. 565 c.c.). La terza concerne la sua qualità: mentre la successione necessaria ha un contenuto attivo, quella legittima, come del resto la testamentaria, possono essere nella pratica prive di detto contenuto quando l'attivo ereditario sia inferiore al passivo, o manchi del tutto.

Per quanto attiene ai presupposti, la normativa sulla successione necessaria si applica se vi è stata una lesione della quota riservata ai successori necessari, sempre che sia intervenuta una dichiarazione giudiziale di inefficacia (*sub specie* di riduzione) delle disposizioni lesive; la disciplina della successione *ab intestato* è invece applicabile quando manca in tutto o in parte il testamento (art. 457, 2° comma, c.c.).

L'operatività delle due normative appare quindi relativa a fattispecie diverse, sebbene possano avere applicazione contemporanea nel caso disciplinato dall'art. 553 c.c., di concorso tra legittimari ed eredi *ab intestato*, che viene risolto dall'applicazione della normativa sulla successione necessaria «con un contenuto modificato dall'interferenza delle norme sulla legittima»⁽⁴³⁾. Il sistema legale stabilisce così la «prevalenza delle regole di calcolo della quota ereditaria di riserva sulle regole generali della successione legittima *ab intestato*»⁽⁴⁴⁾.

Così, qualora concorrano alla successione eredi legittimi (ascendenti, fratelli e sorelle) e coniuge del *de cuius* e quest'ultimo abbia disposto di alcuni beni per donazione o per testamento, la successione legittima si apre soltanto su parte del patrimonio, da intendersi come comprensivo di *relictum* e *donatum*: le porzioni di ascendenti, fratelli e sorelle sono le prime a subire

⁽⁴³⁾ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., p. 46.

⁽⁴⁴⁾ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., p. 63.

la riduzione, salvo che il *relictum* sia sufficiente a coprire la quota di riserva del coniuge legittimario, anche considerando l'imputazione a detta quota di quanto da quest'ultimo ricevuto dal defunto in virtù di donazioni o legati⁽⁴⁵⁾.

Resta fermo il principio per cui le norme sulla riserva costituiscono sempre un limite in qualunque modello successorio, ma non lo assorbono mai fino a togliere a quel modello la sua fisionomia costitutiva. Pertanto, il legittimario è erede testamentario nel caso il *de cuius* abbia effettuato la delazione per testamento, ed erede *ab intestato* in caso contrario.

Comunque, la dottrina prevalente è da tempo orientata nel senso che la vocazione necessaria resti assorbita nella vocazione testamentaria⁽⁴⁶⁾. Della medesima opinione è, nella sostanza, la giurisprudenza sin dalla fine degli anni cinquanta del secolo scorso, quando ha affermato che se un legittimario è chiamato dal testatore sulla quota che gli è riservata, non si verifica una ipotesi di vocazione *ex lege*, bensì si è in presenza di una vocazione testamentaria⁽⁴⁷⁾.

7. — *Diritto successorio e principi costituzionali.*

Rispetto all'impianto originario del codice del 1942, la disciplina della successione è stata interessata dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, da quella della filiazione del 2012/2013, da taluni interventi della Corte costituzionale e da alcune disposizioni speciali che sono state emanate negli ultimi decenni.

⁽⁴⁵⁾ Cass., 6 marzo 1980, n. 1521, in *Vita not.*, 1980, p. 179.

⁽⁴⁶⁾ V., tra gli altri F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari. Artt. 82-110*, in *Comm. cod. civ. d'Amelio*, II, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941, p. 266; ID., *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 202; A. CICU, *Le successioni*, Milano, 1947, p. 223; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, p. 207; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Torino, 1977, p. 90.

⁽⁴⁷⁾ Cass., 12 giugno 1957, n. 2208, in *Mass. Giur. it.*, 1957; Cass., 9 gennaio 1967, n. 92, *inv.*, 1967; cfr. anche Cass., 9 gennaio 1964, n. 37, in *Foro it.*, 1964, I, c. 1209, in tema di legato in sostituzione di legittima; sul piano fiscale v. Comm. trib. centr., 6 ottobre 1992, n. 5254, in *Comm. trib. centr.*, 1992, I, p. 732.

Eppure questi interventi hanno lasciato sostanzialmente inalterato l'assetto delle successioni, sebbene il diritto successorio si trovi, per le sue caratteristiche, ad intersecarsi con i rapporti familiari e la proprietà, che sono ambiti profondamente trasformati dalla Costituzione prima e dal legislatore repubblicano poi.

Simile resistenza al cambiamento della disciplina successoria è riscontrabile anche nel passato, nel passaggio dal codice del 1865 a quello del 1942, pure espressioni di due visioni culturali e giuridiche abbastanza diverse: quella mercantile e proprietaria del primo codice civile unitario e di quello di commercio, contrapposta alla concezione industriale del codice civile attualmente in vigore⁽⁴⁸⁾.

Il diritto successorio è ancora basato su un approccio fortemente patrimonialistico e formalistico, che non tiene in debito conto né della funzione sociale della proprietà, riferita in modo specifico dal costituente anche alla successione *mortis causa* (art. 42, 2° e 4° comma, Cost.), né dei principi di eguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.) e solidarietà (art. 2 Cost.).

Il nostro sistema mostra limiti assai importanti tutte le volte in cui assumono rilevanza le qualità personali ed i bisogni dei chiamati, o la natura dei beni trasmessi in via ereditaria.

Basti pensare, in proposito, all'esigenza socialmente diffusa di garantire una adeguata tutela ai soggetti deboli, come gli anziani o i portatori di handicap (fisici o psichici), la tutela dei quali, nel codice civile, è affidata quasi esclusivamente alla sostituzione fedecommissaria (artt. 692 ss. c.c.), legata alla misura di protezione estrema dell'interdizione⁽⁴⁹⁾, o dall'estensione della relativa disciplina all'amministrazione di sostegno, disposta dal decreto di ammissione alla misura protettiva in applicazione dell'art. 411 c.c.⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ G.B. FERRI, *La "cultura" del contratto e le strutture del mercato*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, p. 155 ss., spec. p. 159.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, cit., p. 245.

⁽⁵⁰⁾ Sussistono tuttavia dubbi sulla legittimità della clausola del decreto di ammissione all'amministrazione di sostegno che estenda al beneficiario la disciplina della sostituzione fedecommissaria, stante l'eccezionalità dell'istituto: cfr. E. CALICE, *Commento all'art. 411 c.c.*, in *Cod. civ. ipertest. Bonilini-Confortini-Granelli*, 2ª ed., Torino, 2005, § 5; G. BONILINI, F. TOM-

Nessuna o poca considerazione è prestata alle caratteristiche dei beni, senza che venga distinta la funzione produttiva o meno. Nella concezione della proprietà del codice civile vigente, ad esempio, la successione dell'azienda, quale complesso di beni organizzata per l'attività economica, è soggetta al normale diritto ereditario, senza alcuna considerazione delle sue caratteristiche specifiche: l'anacronismo di siffatta impostazione ha condotto all'introduzione nella pratica degli strumenti del patto di famiglia o delle clausole societarie (negozi successori anticipatori), allo scopo di preservare l'unità d'impresa, scongiurando il rischio, statisticamente notevole, di cessazione dell'attività o peggio ancora di crisi⁽⁵¹⁾. E certamente, la necessità di mantenere la destinazione economica dei beni produttivi, sotto il profilo della salvaguardia della unità e dell'efficienza aziendale, può essere ritenuta espressione di un valore di rango costituzionale, nella misura in cui tende a realizzare la funzione sociale della proprietà privata (art. 42, 2° comma, Cost.).

L'esigenza di tutelare i soggetti deboli, oppure quella di assicurare la funzione sociale della proprietà, sono destinate nel diritto successorio codicistico a cedere di fronte alla tutela formalistica della legittima, ed al divieto dei patti successori, di cui all'art. 458 c.c.⁽⁵²⁾.

MASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, p. 447.

⁽⁵¹⁾ La successione è il maggior fattore di rischio per tasso di incidenza sul *family business* secondo J.H. CHUA, J.J. CHRISMAN, P. SHARMA, *Succession and Nonsuccession Concerns of Family Firms and Agency Relationship with Nonfamily Managers*, in *Family Business Rev.*, 2003, 16, p. 89 ss.; J.L. WARD, *Keeping the Family Business Healthy: How to Plan for Continuity Growth, Profitability and Family Leadership*, (Marietta) Georgia, 1997; ID., *Perpetuating the Family Business. 50 Lessons Learned from Long-lasting, Successful Families in Business*, (Palgrave Macmillan) New York, 2004; della 1ª ed. dello stesso volume, del 1987, è disponibile la traduzione italiana, *Di padre in figlio; l'impresa di famiglia; come preparare il passaggio generazionale e assicurare continuità e prosperità alle aziende familiari*, (Franco Angeli) Milano, 1990. Dati CERIF certificano che il 50% delle imprese familiari scompare alla seconda generazione e solo il 15% supera la terza, e lo scenario peggiora con la crisi del credito.

⁽⁵²⁾ Sulla rigidità della successione necessaria e sulle proposte per una sua riforma v. almeno A. PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimari)*, in *Pers. e danno*, 2007, n. 5, in www.personaedanno.it; G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione*

Al riguardo è emblematica la sentenza che è abitualmente ricordata per la definizione del concetto di patto successorio⁽⁵³⁾. Il caso era quello di un imprenditore agricolo, che aveva venduto un proprio fondo ad uno dei figli (l'unico che svolgeva la stessa attività del padre), per avere a disposizione il denaro da distribuire a tutti i figli, alcuni dei quali non avevano una indipendenza economica. Le finalità di assicurare l'efficienza dell'azienda agraria e la tutela dei figli senza proprie disponibilità sono state considerate irrilevanti rispetto al divieto perentorio dei patti successorii.

La rigidità del sistema è parzialmente temperata dalla legislazione 2006, introduttiva del patto di famiglia, di cui agli artt. 768-*bis* ss. c.c., la cui *ratio* è appunto la soddisfazione dell'esigenza di prevenire e combattere il rischio di disgregazione in cui incorre l'impresa nel momento in cui si verifica un passaggio generazionale, garantendo agli altri legittimari, esclusi dall'attribuzione in natura dei beni, la liquidazione della quota riservata⁽⁵⁴⁾. A ciò si aggiungano le ulteriori eccezioni, derivanti da leggi speciali, legate alla natura dei beni e/o ai particolari rapporti esistenti tra ereditando e beneficiario⁽⁵⁵⁾.

Nel complesso, comunque, il sistema rimane principalmente fondato sul principio di unità della successione, ossia sul rifiuto di qualsiasi differenziazione dal punto di vista dell'origine o della natura dei beni e delle qualità personali degli eredi⁽⁵⁶⁾, con conseguente applicazione, a livello della vocazione ereditaria, del criterio di chiamata in quota (astratta) uguale, e poi, in sede di

e istanze di riforma, in *Riv. notariato*, 2007, p. 803 ss.; G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 581 ss.; M. PARADISO, *Sulla progettata abrogazione della successione necessaria*, in S. PAGLIANTINI, E. QUADRI, D. SINESIO (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, Milano, 2008, p. 2055 ss.; S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, 2, *Persona, famiglia e successioni*, Torino, 2009, p. 237 ss.; M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, II, p. 493 ss.

⁽⁵³⁾ Cass., 22 luglio 1971, n. 2404, in *Foro it.*, 1972, I, c. 700.

⁽⁵⁴⁾ V. S.P. CERRI, *Negozi successorii e trasmissione dell'impresa*, cit., p. 113 ss.

⁽⁵⁵⁾ Su cui *infra*, § 5.

⁽⁵⁶⁾ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., spec. pp. 103-105.

divisione dell'eredità, della regola di uguaglianza quantitativa e qualitativa dei lotti (artt. 718 e 727 c.c.)⁽⁵⁷⁾.

Le attuali rigidità della disciplina successoria, ed in particolare del divieto dei patti *mortis causa*, viene attenuata dall'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale (si pensi all'individuazione dei contratti transmorte). Ma questa stessa rigidità viene nella pratica superata dall'applicazione di altre discipline. Paradigmatica l'ipotesi del coniuge separato, al quale sia stata addebitata la separazione, il quale rinuncia ad impugnare la sentenza, per ottenere altri vantaggi, ma dispone (di fatto) dei propri diritti successori. Più in generale, può dirsi che il meccanismo separazione/divorzio/successione è idoneo a creare, nella sostanza, un atto di disposizione implicito sui diritti successori del coniuge, così da determinare, a seguito di divorzio, la perdita dei propri diritti successori⁽⁵⁸⁾.

8. — *Deroghe legali all'unità della successione.*

Come accennato in conclusione del precedente paragrafo, il maggior contributo all'adattamento del fenomeno successorio al nuovo quadro costituzionale è venuto da leggi speciali, che hanno disciplinato particolari aspetti delle vicende patrimoniali seguenti alla morte della persona fisica, derogando al principio della unità del patrimonio di successione. Si tratta delle successioni anomale legali, comprendenti disposizioni che, in deroga al richiamato principio, hanno rivalutato il ruolo delle qualità delle persone, la loro situazione di fatto e le caratteristiche dei beni caduti in successione.

Disposizioni speciali hanno valorizzato l'azienda. Le norme che riguardano l'impresa familiare (art. 230-*bis* c.c.), l'impresa agricola (artt. 48-49, l. 3 maggio 1982, n. 203), il compendio unico in agricoltura (d.lgs. 29 marzo 2004, n. 99),

⁽⁵⁷⁾ Così V. SCALISI, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in *Riv. trim. dir. e proc. cin.*, 1989, p. 412.

⁽⁵⁸⁾ L'ex coniuge può al più ottenere, in presenza dei presupposti contemplati dalla legge, l'assegno a carico dell'eredità di cui all'art. 9-*bis*, l. divorzio, o l'indennità di cui all'art. 12-*bis* della medesima legge.

il maso chiuso (l. prov. Bolzano 28 novembre 2001, n. 17), privilegiano i soggetti che esercitano già una certa attività imprenditoriale, rispetto a coloro che sarebbero eredi legittimi o necessari a norma del codice civile⁽⁵⁹⁾.

Altre ipotesi di successione anomala esaltano la effettiva condizione delle persone.

Si pensi alla successione nel contratto di locazione ad uso abitativo che include anche parenti e affini con il *de cuius* abitualmente conviventi (art. 6, l. 27 luglio 1978, n. 392); ulteriori riconoscimenti dell'interesse fondamentale in talune situazioni giuridiche derivano dalla giurisprudenza costituzionale: ci si riferisce, in particolare, alla posizione del convivente *more uxorio*, a beneficio del quale è stata estesa la tutela in tema di successione nel contratto di locazione, prevista dal citato art. 6, l. n. 392/1978, nonché quella concernente il diritto di abitazione e uso di cui all'art. 540, 2° comma, c.c., in quanto diritti legati all'abitazione considerato tra i diritti inviolabili dell'individuo⁽⁶⁰⁾; ovvero alla successione nel contratto di locazione a uso diverso da quello abitativo di coloro che hanno diritto a continuare l'attività (art. 37, 1° comma, l. n. 392/1978), compreso il coniuge divorziato.

Oppure si pensi, nel caso di morte del lavoratore dipendente, alla successione nelle indennità di trattamento di fine rapporto (art. 2120 c.c.) e di mancato preavviso (artt. 2118, 2121 c.c.) di cui all'art. 2122 c.c., in cui entrano in giuoco, se «vivevano a carico» del defunto, anche i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo grado, nonché il coniuge divorziato «se non passato a nuove nozze e in quanto sia titolare di assegno» (v. art. 12-*bis*, l. 1 dicembre 1970, n. 898), anche se separato per colpa o con addebito⁽⁶¹⁾. Infine, ai sensi dell'art. 17, l. 17 febbraio 1992, n. 179, nelle cooperative edilizie a proprietà indivisa, al socio assegnatario di alloggio, che è morto, succedono come soci ed assegnatari il coniuge e, in sua mancanza, i figli minorenni ovvero il coniuge separato e il convivente.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. G. GALLI, *Itinerari del diritto ereditario*, in A. BUCCELLI, G. GALLI (a cura di), *Impresa e successioni*, Firenze, 2008, p. 1 ss.

⁽⁶⁰⁾ Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1627, con nota di A. TRABUCCHI.

⁽⁶¹⁾ V. Corte cost., 22 luglio 1985, n. 213, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2477.

TIZIANA FRANCHIN^(*), ROSSANA RUGGIERO^(**)

LE BIOBANCHE DI RICERCA PEDIATRICHE
E L'ESPERIENZA DELL'IRCCS OSPEDALE
PEDIATRICO BAMBINO GESÙ

ABSTRACT: Solidarity and reciprocity take an essential role in providing freedom and responsibility in scientific and research progress. Implementing the reciprocity of the solidaristic purpose across the access to biological samples relieves ethical and legal questions, and may give rise to concerns in society, especially in the case of paediatric researches. For a paediatric biobank, the balance between the need for scientific research to develop new knowledge, crucial for health and for the care of others, and, on the other hand, to protect the vulnerability of those who give their biological samples is indispensable. Regarding some aspects relating the regulatory level and data privacy regulation in paediatric research, differences in informed consents and in recruitment procedures should be focused in order to strength the improvement of personalized medicine. Additionally, consent digitization process has opened up a further path of information interoperability, to be checked and monitored for assuring the compliance with the patient's desire.

SOMMARIO: 1. Il principio di solidarietà e le biobanche di ricerca. – 2. Finalità delle biobanche di ricerca pediatriche. – 3. Consenso e protezione dei dati. – 4. Conclusioni.

1. — *Il principio di solidarietà e le biobanche di ricerca.*

L'equilibrio tra la tutela e il limite della libertà di ricerca è molto labile in quanto, se da un lato il suo dinamismo è generato dall'uomo che mette a servizio del prossimo ogni sua conquista intellettuale, dall'altro quella creatività

^(*) Biobanca di Ricerca, Direzione Scientifica, IRCCS Ospedale Pediatrico Bambino Gesù, Roma, Italia.

^(**) Comitato Etica Clinica, Funzione Bioetica, IRCCS Ospedale Pediatrico Bambino Gesù, Roma, Italia.

è sempre temuta laddove possa recare pregiudizio all'uomo e oltrepassi il limite di ciò che la Chiesa definisce l'eticamente accettabile, poiché la scienza, come qualsiasi altra attività umana, sa di avere dei limiti da rispettare per il bene dell'umanità stessa, e necessita di un senso di responsabilità etica⁽¹⁾.

Nella ricerca di medietà tra tutela e limite si pone, però, il riconoscimento della libertà di ricerca come valore a beneficio dell'umanità in quanto caratterizzato dal principio di solidarietà; principio, che la Dottrina Sociale della Chiesa definisce una vera e propria virtù morale, la determinazione ferma e perseverante di impegnarsi per il *bene comune*: ossia per il bene di tutti e di ciascuno, perché *tutti* siamo veramente responsabili di tutti⁽²⁾.

Il principio della solidarietà, così come inteso, determina nell'uomo la consapevolezza di mettere in campo ogni sua conoscenza e di svilupparne altra in quanto funzionale e determinante per la salute e per la cura del prossimo. Come precisato da Cippitani, che ha dedicato numerosi scritti al tema della solidarietà, tra la metà dell'Ottocento e l'inizio del secolo successivo viene attribuito un significato diverso alla solidarietà che da essere un principio eminentemente organizzativo della comunità, viene intesa in una accezione «sociale» e cioè «protettiva» soprattutto di quelle persone che si trovano in una situazione di svantaggio. L'attribuzione di questo significato, ha origini antiche, presentando elementi di continuità con altri concetti che appartengono al discorso religioso o filosofico come ospitalità, *humanitas*, *pietas*, *clementia*; oppure con quelli usati nel Vangelo come «*ágape*» (la «cura dell'altro e per l'altro»), «fratellanza» (e cioè il rispetto dell'altro per definizione uguale) e soprattutto «carità» (il servizio in favore degli altri), che anticipano la nuova idea di solidarietà, intesa come: «assumere come proprio l'interesse di un terzo»⁽³⁾.

⁽¹⁾ J.M. BERGOGLIO, *Discorso ai partecipanti alla plenaria del Pontificio Consiglio della Cultura, dedicata al tema «Il futuro dell'umanità: nuove sfide all'antropologia»*, 2017, in www.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2017/november/documents/papa-francesco_20171118_plenaria-cultura.html.

⁽²⁾ PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, Città del Vaticano, 2004, Cap. 4°, VI, *Il principio di solidarietà*, par. b), *La solidarietà come principio sociale e come virtù morale*, n. 193; a riguardo cfr. anche K. WOJTYŁA, *Lettera Enciclica Sollicitudo rei socialis*, 38: AAS 80 (1988) 565-566.

⁽³⁾ R. CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Roma-Perugia, 2010, p. 23 ss.

Parrebbe, quindi, derivare proprio dalla consapevolezza, dall'«*assumere come proprio l'interesse di un terzo*», il continuo evolvere della conoscenza scientifica a favore del prossimo, come pure di tutto quel patrimonio generato dall'uomo attraverso la cultura, l'arte, le scoperte, così che il cammino degli uomini non si interrompa, ma resti aperto alle generazioni presenti e a quelle future, chiamate insieme, le une e le altre, a condividere, nella solidarietà, lo stesso dono⁽⁴⁾.

Tuttavia, non può parlarsi di solidarietà quale principio distintivo della ricerca scientifica e del suo dinamismo senza ravvedervi la reciprocità di questo valore: un concetto che si lega al senso di circolarità che l'etimologia della parola ricerca porta in sé; uno scambio che non si fermi a quanto ricercatori e scienziati di tutto il mondo possono fare per l'uomo, ma trovi conforto anche nel contributo di ciascun singolo individuo in favore della ricerca, che abbia a mente sé e l'altro.

Emblema di questa solidarietà reciproca sono le Biobanche che, nel 2009, un articolo del *Time* – in concomitanza con la creazione della prima biobanca nazionale statunitense del *National Cancer Institute (NCI)* – definiva tra le *Top 10 delle idee che cambiano il mondo* proprio in considerazione del fatto che la maggior parte delle attuali conoscenze in campo biomedico deriva dall'indagine sistematica di campioni biologici umani conservati in Biobanche, contenenti materiali come sangue, cellule, tessuti e DNA, nonché informazioni associate ai citati campioni e al relativo donatore. Lo stesso articolo affermava che le biobanche possono essere considerate come un «conto corrente di materiale organico» in cui depositare i propri campioni di sangue ed altri tessuti per ricevere in cambio benefici medici in un futuro più o meno prossimo.

Attuare la reciprocità del fine solidaristico tra la creazione, gestione e implementazione di una Biobanca di ricerca e il conferimento di materiale biologico da parte del singolo individuo, solleva, sovente, diverse questioni etiche e giuridiche, soprattutto nei casi di coinvolgimento di minori, popolazione particolarmente vulnerabile, che impone limiti e tutele adeguate.

⁽⁴⁾ Cfr. *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, cit.

Tuttavia, convenzioni, raccomandazioni e regolamenti comunitari e internazionali⁽⁵⁾ tutelano la dignità e l'autodeterminazione delle persone, riservando agli individui il diritto fondamentale di scegliere se acconsentire o meno alla donazione e all'utilizzo del proprio materiale biologico, soprattutto quando tale materiale è destinato ad attività di ricerca e indipendentemente dal beneficio che chi dona potrà trarne.

Ogni consenso, pienamente concesso, per la donazione di campioni per la ricerca – sia che venga conferito dall'adulto per sé stesso o dall'adulto – genitore/responsabile legale – per il minore, perfeziona il fine solidaristico reciproco alla base di una Biobanca di ricerca cui tende non solo *chi fa ricerca*, ma anche coloro che *contribuiscono perché questa si evolva*.

2. — *Finalità delle biobanche di ricerca pediatriche.*

La raccolta e la conservazione di materiale biologico – secondo standard qualitativi a garanzia della completa tracciabilità delle attività a cui il campione è stato sottoposto e delle informazioni clinico-scientifiche ad esso collegate – rappresenta una risorsa inestimabile per la ricerca traslazionale, finalizzata alla comprensione dei meccanismi patogenetici e al miglioramento della salute e del benessere dell'uomo.

Una Biobanca di Ricerca è un'unità di servizio senza scopo di lucro, finalizzata alla raccolta, processazione, conservazione e distribuzione di campioni biologici umani e di dati ad essi collegati, per finalità di ricerca. È ufficialmente riconosciuta dalle autorità sanitarie competenti, applica un sistema di gestione della qualità dei processi e garantisce i diritti dei soggetti coinvolti⁽⁶⁾.

I campioni conservati nelle biobanche svolgono un ruolo fondamentale

⁽⁵⁾ A riguardo si vedano artt. 8 e 9 dei *Principi Generali della Dichiarazione di Helsinki*, 2013; Preambolo della Rec, 2006, 4, del Consiglio d'Europa (*Collection of Biological Materials*); *Introduzione alla Dichiarazione Internazionale sui dati genetici umani* dell'UNESCO, 2003; art. 2 della *Convenzione di Oviedo*, 1997.

⁽⁶⁾ V. www.bbmri.it/nodo-nazionale/biobanche/.

nella traslazione dalla medicina convenzionale alla medicina personalizzata, predittiva e preventiva, considerando le potenzialità in divenire delle nuove metodiche-omiche e delle nuove tecnologie di biologia cellulare impiegate nello studio di malattie rare e ultrarare, come pure nella ricerca oncologica e immunologica, nello studio del microbiota umano e in tutte le ricerche di patogenesi per approcci terapeutici innovativi.

In tale scenario, gli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS), quali poli di eccellenza e centri di riferimento per le attività di ricerca e di assistenza, sono investiti di una responsabilità particolare all'interno del panorama scientifico nazionale, in quanto rappresentano uno strumento dinamico per la promozione, lo sviluppo e l'applicazione di tecnologie innovative in ambito sanitario e biomedico⁽⁷⁾ e chiamati, in considerazione del ruolo da questi svolto, a creare una rete per rafforzare l'avanzamento della ricerca attraverso la raccolta di materiale biologico che rappresenta un patrimonio ricchissimo, dal potenziale scientifico inestimabile.

L'IRCCS Ospedale Pediatrico Bambino Gesù, istituisce nell'anno 2018 una Biobanca di ricerca pediatrica, prefiggendosi come obiettivo la raccolta e la conservazione di materiale biologico di pazienti pediatriche che afferiscono all'Istituzione, secondo specifici standard qualitativi; materiale biologico, che reso disponibile per scopi di ricerca, può fornire nuove informazioni per la diagnostica molecolare e rappresentare un valore aggiunto per le sperimentazioni cliniche – garantendo replicati robusti e precisi per la diagnosi, la terapia e la prognosi - e per lo sviluppo di nuovi trattamenti per i pazienti pediatriche, migliorandone l'efficacia e riducendo eventuali eventi avversi connessi alle terapie grazie anche alla disponibilità di ricerca di nuovi biomarcatori.

La Biobanca di ricerca dell'IRCCS Ospedale Pediatrico Bambino Gesù rappresenterà, dunque, una risorsa fondamentale per la ricerca scientifica del Nosocomio finalizzata al miglioramento della salute e del benessere del paziente pediatrico, sorta nel rispetto dell'identità propria dell'Ospedale quale

⁽⁷⁾ Cfr. Bussole IRCCS, Ministero della Salute, Direzione Generale della ricerca e dell'innovazione in sanità, *Il materiale biologico IRCCS*, 2020, p. 5.

istituzione della Santa Sede; del suo ruolo, quale struttura sanitaria di ispirazione cristiana e in totale aderenza ai suoi valori, fondati sui principi morali e i valori etici della fede cattolica:

- l'eccellenza, intesa come continua tensione al raggiungimento del massimo livello in ogni situazione e attitudine, a cui devono essere orientati professionalità, ricerca, tecnologia e comportamenti;

- la centralità della persona, intesa come pieno riconoscimento e rispetto della dignità della persona (bambino, genitore, operatore sanitario) al servizio della quale deve essere improntata ogni espressione dell'attività di assistenza e di ricerca scientifica e tecnologica;

- la ricerca scientifica e traslazionale, improntata ai valori etici e della persona umana, svolta nel pieno governo delle risorse e con l'obiettivo di assicurare l'equilibrio gestionale ed il continuo adeguamento delle attività alle esigenze della più avanzata scienza biomedica.

Come rilevato, la creazione e la gestione delle biobanche implicano quesiti etici e giuridici e possono suscitare preoccupazioni nella società⁽⁸⁾, soprattutto nel caso delle biobanche pediatriche, i cui campioni vengono donati e utilizzati per la ricerca con prevalenti finalità solidaristiche, indipendentemente da un eventuale o certo beneficio clinico per il donatore⁽⁹⁾, ma certi che rappresentino un grande beneficio per la scienza e la salute.

Tuttavia, donare campioni biologici di minori da parte dei genitori e/o del rappresentante legale, raccolti nelle biobanche a fini di ricerca, rappresenta sì, come precisa anche il Comitato Nazionale di Bioetica, un grande beneficio per la scienza e la salute, che però non può prevalere sui diritti e gli interessi dei singoli soggetti coinvolti nella ricerca⁽¹⁰⁾.

Per una biobanca pediatrica, come per la Biobanca di ricerca dell'Ospedale Pediatrico Bambino Gesù, è fondamentale, dal punto di vista etico, il

⁽⁸⁾ Cfr. G. GASKELL et al., *Europeans and Biotechnology*, European Commission, 2010, p. 201.

⁽⁹⁾ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Biobanche pediatriche*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2014, p. 8.

⁽¹⁰⁾ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Biobanche pediatriche*, loc. cit.

bilanciamento tra la necessità per la ricerca scientifica di sviluppare nuova conoscenza, determinante per la salute e per la cura del prossimo e dall'altro di tutelare coloro che donano i propri campioni biologici, dal punto di vista della corretta acquisizione del consenso e della protezione dei dati personali.

3. — *Consenso e protezione dei dati.*

Per quanto concerne gli aspetti relativi ai consensi e alla protezione dei dati, già da alcuni decenni la regolamentazione internazionale ha equiparato le ricerche sui materiali biologici alle ricerche su soggetti umani⁽¹¹⁾. In questo modo, è stato possibile da subito creare un legame fiduciario tra le biobanche e i partecipanti, identificati con coloro che partecipano con il proprio materiale biologico ai progressi della medicina, e, successivamente, accrescere la promozione della trasparenza e della responsabilizzazione (intesa come da art. 5.2, reg. UE 2016/679, “GDPR”) del biobanking.

La collaborazione così raggiunta tra le biobanche e i partecipanti ha consentito il graduale trasferimento da un consenso informato “ristretto” a un consenso “ampio” e dinamico, al fine di migliorare la comunicazione con i partecipanti sui risultati della ricerca⁽¹²⁾. In un lavoro del 2011 di Simon et al.⁽¹³⁾ finalizzato a raccogliere il parere dei partecipanti alla biobanca (cittadini intervista telefonicamente) è emerso che un modello di consenso ampio è preferito rispetto a quelli specifici per i singoli studi («a prospective opt-in over an opt-out consent approach»), perché è una soluzione che consente una scelta attiva e informata che promuove il ricontatto del partecipante e

⁽¹¹⁾ Cfr. THE EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES, *Ethical Aspects of Human Tissue Banking*, 1998, 21 July, No. 11.

⁽¹²⁾ WORKING GROUP ON ETHICAL, LEGAL, AND SOCIAL ISSUES (ELSI) OF THE BIOBANKING AND BIOMOLECULAR RESOURCES RESEARCH INFRASTRUCTURE (BBMRI), *Ethics for Biobanks: A New Notion of Consent?*, in *Biobanks and the Public: Governing Biomedical Research Resources in Europe*, BBMRI Report, Austria, 2013, pp. 47-56.

⁽¹³⁾ C.M. SIMON, J. L'HEUREUX, J.C. MURRAY, P. WINOKUR, G. WEINER, E. NEWBURY, L. SHINKUNAS, B. ZIMMERMAN, *Active choice but not too active: public perspectives on biobank consent models*, *Genet Med.* 2011 Sep;13(9):821-31.

la diffusione delle conoscenze scientifiche e che facilita ampiamente l'uso futuro del materiale biologico in ambito di ricerca, senza dover rinunciare a eventuali scelte aggiuntive.

La disponibilità di un soggetto a partecipare con il proprio materiale biologico e a fornire i propri dati per future ricerche scientifiche è direttamente proporzionale alla certezza di una *governance* in grado di assicurare che i campioni e i dati associati siano utilizzati per scopi autorizzati, senza alcun abuso rispetto a quanto indicato dal partecipante nell'espressione delle proprie volontà mediante la compilazione del consenso informato. Questo particolare aspetto assume un livello di gravità ancora più alto quando si parla di biobanche pediatriche, dove il consenso alla conservazione del materiale biologico del partecipante minorenni, inabile, incapace o interdetto non è espresso dal partecipante stesso, ma dal suo genitore o tutore legale. I genitori tendono a correre meno rischi per i loro figli rispetto al rischio che corrono per sé stessi, quindi sono richieste maggiori garanzie che il bambino non subirà conseguenze negative nell'aver partecipato alle attività di una biobanca di ricerca.

Già nel 2014 il Comitato nazionale per la Bioetica sottolineava che l'interesse e il benessere dei soggetti i cui materiali biologici sono impiegati per scopi di ricerca – a maggior ragione se si tratta di minori - devono sempre prevalere sul solo interesse sociale o scientifico⁽¹⁴⁾, definendo alcuni punti di rilevanza etica da attenzionare sul piano regolatorio: i) l'adeguata e dettagliata informazione per il consenso dei genitori o del rappresentante legale ristretto o parzialmente ristretto (interesse scientifico della ricerca, protezione della privacy, tempi e i luoghi della ricerca, responsabile della biobanca); ii) l'ascolto della volontà del minore, in rapporto al suo progressivo grado di maturità, e l'informazione al minore relativamente alla sua precedente pratica di biobancaggio, avvenuta per volontà dei genitori o responsabile legale; iii) la limitazione del diritto dei genitori a sapere o non sapere nei casi in cui l'informazione sia attendibile e utile per la salute del minore sul piano preventivo e terapeutico; iv) garanzia del diritto a sapere o non sapere da parte

⁽¹⁴⁾ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Biobanche pediatriche*, loc. cit.

del minore, divenuto adulto e in grado di manifestare un'adeguata volontà.

Nel 2020 l'*European Data Protection Supervisor*, autorità europea che vigila sul rispetto della protezione dei dati presso gli organi e le istituzioni dell'Unione Europea, ha pubblicato un interessante documento sulla protezione dei dati personali per la ricerca scientifica, segnalando le soluzioni adottate dalle biobanche circa la gestione dei consensi informati⁽¹⁵⁾. Le biobanche di ricerca fanno sempre più affidamento sul “consenso ampio” all'utilizzo dei dati per ulteriori progetti di ricerca scientifica sconosciuti al momento del prelievo del campione, per diminuire i successivi rischi nell'impiego del materiale biologico, e sul “consenso dinamico”, dove ai partecipanti viene chiesto di acconsentire a diverse attività nel tempo tramite un'interfaccia informatica⁽¹⁶⁾.

L'impiego di un “consenso ampio” nelle biobanche pediatriche ha diversi vantaggi, come la riduzione della necessità di consensi specifici per lo studio e l'utilizzo dei campioni fino al raggiungimento della maggiore età del partecipante. Tuttavia, utilizzare un consenso ampio implica il promuovere un processo continuo di supervisione e di approvazione delle future attività di ricerca e il definire nel dettaglio alcuni punti specifici, quali la restituzione o meno dei risultati della ricerca ai partecipanti e, conseguentemente, la modalità di fornire informazioni o di comunicare con i partecipanti e le loro famiglie⁽¹⁷⁾.

Per quanto concerne il processo informativo, è fondamentale il ruolo del medico che arruola i partecipanti al biobancaggio. Un partecipante è maggiormente stimolato alla lettura di informative brevi e semplici per poter esprimere le proprie volontà; il contributo del professionista in questo è la propria capacità a spiegare nel dettaglio e in modo semplice, chiaro e appropriato, le informazioni presenti nella scheda informativa e nel consenso, facendo particolare attenzione allo stato emotivo e alla cultura dei genitori o

⁽¹⁵⁾ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research*, EDPS Europe, 2020, pp. 24-26.

⁽¹⁶⁾ K.S. STEINBEKK, B. KÅRE MYSKJA, B. SOLBERG *Broad consent versus dynamic consent in biobank research: is passive participation an ethical problem?*, in *Eur. J. Hum. Genet.*, 2013, pp. 897-902.

⁽¹⁷⁾ T.E. TARLING, A. GOLDENBERG, A. ELLIS, V. CHOW, A. VELENOSI, S.M. VERCAUTEREN, *Ethical Challenges for Pediatric Biobanks*, in *Biopreserv Biobank*, 2021, pp. 101-105.

del tutore legale del paziente pediatrico. Nel colloquio tra medico e genitore/tutore legale è indispensabile tenere conto del tempo necessario affinché siano espressi dubbi e quesiti su quanto riportato nella scheda e nel consenso, per verificare l'avvenuta comprensione rispetto al processo informativo.

Costituire una coorte di partecipanti in età pediatrica ha un particolare valore per le future attività di ricerca, considerando che la numerosità di tali coorti è il più delle volte inferiore rispetto alle coorti di adulti. L'interesse alla conservazione appropriata di materiale biologico raccolto in età pediatrica giustifica una maggiore necessità di affrontare sfide etiche e sociali peculiari, in particolare quando il materiale biologico è sufficiente per risalire all'identità del bambino (art. 9 GDPR).

I bambini stessi sono coinvolti nella discussione e nel processo decisionale per sviluppare la loro capacità di comprendere i concetti riguardanti ricerca, in particolare il *biobanking*: questo processo è noto con il termine assenso⁽¹⁸⁾. Uno studio condotto nel contesto della sperimentazione clinica da Kimberly et al.⁽¹⁹⁾ dimostra l'esistenza di una variabilità nel modo di registrazione dell'assenso e nell'età alla quale il consenso dovrebbe essere condotto, con risultati che, nel corso degli anni, si sono dimostrati confrontabili con altre realtà pediatriche e che hanno portato a suggerire politiche basate sull'evidenza per l'arruolamento di minori nelle biobanche di ricerca⁽²⁰⁾.

Il tempo per la discussione sul consenso al biobancaggio è particolarmente critico nell'ambito pediatrico, soprattutto quando il prelievo di materiale biologico di un bambino o l'adolescente avviene durante un intervento chirurgico. L'obbligo etico prima dell'inizio della procedura clinica di infor-

⁽¹⁸⁾ M. DE LOURDES LEVY, V. LARCHER, R. KURZ, Ethics Working Group of the Confederation of European Specialists in Paediatrics (CESP), *Informed consent/assent in children. Statement of the Ethics Working Group of the Confederation of European Specialists in Paediatrics (CESP)*, in *Eur. J. Pediatr.*, 2003, pp. 629-633.

⁽¹⁹⁾ M.B. KIMBERLY, K.S. HOEHN, C. FEUDTNER, R.M. NELSON, M. SCHREINER, *Variation in standards of research compensation and child assent practices: a comparison of 69 institutional review board-approved informed permission and assent forms for 3 multicenter pediatric clinical trials*, in *Pediatrics*, 2006, pp. 1706-1711.

⁽²⁰⁾ T.J. KASPERBAUER, C. HALVERSON, *Adolescent Assent and Reconsent for Biobanking: Recent Developments and Emerging Ethical Issues*, in *Front Med (Lausanne)*, 2021, 8: 686264.

mare il paziente circa le implicazioni a partecipare ad attività di biobancaggio per finalità di ricerca può aggiungere ulteriore tensione emotiva a quanto già vissuto dai genitori e dal paziente stesso.

Nello specifico, la Biobanca di Ricerca dell'Ospedale Pediatrico Bambino Gesù predispone un'informativa da accompagnare al modulo di consenso informato, che reca l'informativa al soggetto (o suo rappresentante legale) circa: a) la struttura e la finalità della biobanca, con indicazioni sul Responsabile della Biobanca di Ricerca e sulle modalità per contattare la struttura; b) le misure tecniche e organizzative predisposte per assicurare la qualità della conservazione dei campioni (specificando anche la durata massima di conservazione) e la riservatezza dei soggetti coinvolti; c) i benefici e i rischi derivanti dalla conservazione dei campioni biologici presso la Biobanca di Ricerca, specificando gli eventuali impegni richiesti al soggetto (o suo rappresentante legale); d) il diritto del soggetto (o suo rappresentante legale) di revocare il consenso all'impiego del campione in qualsiasi momento, senza che questo comporti pregiudizi o altre conseguenze per i soggetti coinvolti; e) il diritto del soggetto (o suo rappresentante legale) di accedere in qualsiasi momento al proprio campione presente nella Biobanca di Ricerca dell'Ospedale Pediatrico Bambino Gesù; f) il diritto del soggetto (o suo rappresentante legale) di conoscere in quali studi di ricerca il campione è stato impiegato e la possibilità del soggetto (o suo rappresentante legale) di voler accedere ai risultati associati a tale studio o di rinunciarne; g) la precisazione che il soggetto (o suo rappresentante legale) a cui riferisce il campione non ha alcun diritto a ricevere eventuali profitti eventualmente ottenuti dai risultati della ricerca condotta sul campione (ad es., ottenimento di ulteriori finanziamenti per scopi di ricerca, sviluppo di brevetti, etc.); h) indicazioni circa i criteri di valutazione della qualità scientifica e dell'accettabilità etica delle richieste di impiego dei campioni, specificando anche le tipologie di entità (pubbliche e private) che possono avanzare tali richieste; i) indicazioni circa il consenso al trattamento dei dati clinici e genetici (secondo quanto previsto dall'Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici del 24 giugno 2011 e dall'Autorizzazione generale al trattamento di dati personali effettuato per scopi di ricerca scientifica del 1° marzo 2012).

Inoltre, la Biobanca di ricerca dell'Ospedale Pediatrico Bambino Gesù non effettua un arruolamento diretto di soggetti, tuttavia predispone un modello standard di consenso informato e interagisce con il proprio Comitato Etico per la redazione di un modello di consenso informato per la conduzione di progetti di ricerca in cui sia indicata la possibilità del soggetto arruolato (o suo rappresentante legale) di voler destinare parte del campione alla Biobanca medesima per la conduzione di ricerche medico-scientifiche in un particolare ambito di studio (ad es., oncologico, malattie genetiche, etc.).

In merito alla digitalizzazione del processo, rileva segnalare che piattaforme diverse di *E-Consent* sono state sviluppate nel corso degli anni grazie al *feedback* delle numerose soluzioni tecnologiche implementate per raccogliere consensi per studi di ricerca in modo sempre più facili da utilizzare. L'obiettivo fondamentale è sempre quello di realizzare un prodotto che conservi e metta a disposizione contenuti multimediali interattivi per migliorare il coinvolgimento del paziente al fine di informarlo adeguatamente sulle finalità del progetto di ricerca o dello studio clinico.

Fondamentale per il raggiungimento di un processo di digitalizzazione è l'interfaccia informatica che il personale sanitario deve utilizzare durante l'acquisizione del consenso informato: essa deve essere intuitiva per il pubblico di destinazione e facile da usare per un coinvolgimento ottimale del partecipante. Sono numerose le esperienze che hanno dimostrato la necessità di un approccio di sviluppo iterativo, che coinvolga anche i clinici e i partecipanti, per raggiungere tale risultato⁽²¹⁾.

Alcune soluzioni di *E-Consent* sono state progettate basandosi sulla teoria cognitiva del *Multimedia Learning*⁽²²⁾, quindi sul principio che l'informazione debba essere strutturata su principi di apprendimento basati sulla memoria di lavoro e sul carico cognitivo. In questo modo, l'interfaccia per l'utente – medico e paziente – è sviluppata considerando sempre il continuo migliona-

⁽²¹⁾ N.T. BOUTIN, K. MATHIEU, A.G. HOFFNAGLE, N.L. ALLEN, V.M. CASTRO, M. MORASH, P.P. O'ROURKE, E.L. HOHMANN, N. HERRING, L. BRY, S.A. SLAUGENHAUPT, E.W. KARLSON, S.T. WEISS, J.W. SMOLLER, *Implementation of Electronic Consent at a Biobank: An Opportunity for Precision Medicine Research*, in *J. Pers. Med.*, 2016, (2):17.

⁽²²⁾ R. MAYER, *Multimedia Learning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 29-62.

mento del processo di alfabetizzazione informatica del personale sanitario e di coinvolgimento del paziente alla partecipazione alla ricerca. La valutazione continua dell'usabilità delle interfacce per il personale sanitario e per i pazienti è lo strumento necessario per modellare le soluzioni informatiche al fine di raggiungere un elevato livello di soddisfazione dell'utente ed esplorare nuovi ambiti di sviluppo, come ad esempio future iterazioni delle piattaforme *E-consent* su dispositivi mobili.

Il processo di digitalizzazione dei consensi ha aperto un ulteriore percorso di interoperabilità delle informazioni, quello della gestione dei consensi direttamente da cartella clinica elettronica. La cartella clinica elettronica ha migliorato considerevolmente il processo di conservazione dei dati clinici dei pazienti, realizzando sistemi di *big data storage* rispondenti alle autorizzazioni necessarie e fornendo la possibilità di avanzare nei servizi di medicina personalizzata. Prima di utilizzare e condividere queste informazioni è obbligatorio verificare la volontà espressa dal paziente, espressa nei consensi raccolti durante la pratica clinica.

Le soluzioni adottate nel corso degli anni hanno visto un passaggio graduale da un'architettura centralizzata, costruita delegando a terze parti per valutare il consenso del paziente e garantire la corrispondenza di quanto riportato nel modello firmato, a soluzioni decentralizzate che utilizzano la tecnologia *blockchain*⁽²³⁾ e dei sistemi di accesso basati sulla finalità dell'uso dell'informazione, per garantire che i dati siano utilizzati solamente per il fine espresso dal partecipante. Tali soluzioni prevedono un modello di controllo degli accessi basato sui privilegi assegnati al personale sanitario in funzione del proprio ruolo nella gerarchia dell'organizzazione, nonché di un'architettura di conservazione dei consensi relazionabile con i metadata raccolti in cartella clinica. La modifica dannosa dell'integrità dei dati o l'abuso dell'impiego degli stessi risulta praticamente impossibile⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ M. BENCHOUFI, P. RAVAUD, *Blockchain technology for improving clinical research quality*, in *Trials*, 2017, 18, p. 335.

⁽²⁴⁾ D. TITH, J.-S. LEE, H. SUZUKI, W.M.A.B. WIJESUNDARA, N. TAIRA, T. OBI, N. OHYAMA, *Patient Consent Management by a Purpose-Based Consent Model for Electronic Health Record Based on Blockchain Technology*, in *Health Inform Res*, 2020, pp. 265-273.

4. — *Conclusioni.*

Il principio di solidarietà e di reciprocità diventano, dunque, i cardini su cui si fonda una ricerca scientifica che ha a mente la persona umana e la sua dignità, che rispetta un'etica non solo dei fini che si intendono perseguire, ma dei mezzi che si ritengono di dover impiegare. Identificare la ricerca scientifica come una libertà volta a generare “nuova conoscenza”, secondo il dettato normativo previsto nel panorama nazionale, europeo e internazionale, non esime dall'individuare i limiti, quelli del possibile pregiudizio all'uomo e più in generale ai suoi diritti, e le tutele riconosciute anche a coloro che fanno ricerca garantendone il rispetto nella scelta degli obiettivi della propria ricerca, della condivisione e dello scambio; ciò implica che tutti gli interessi in gioco siano in perfetto equilibrio tra loro ed essa si confermi nel suo valore a beneficio dell'umanità. Infatti, la ricerca scientifica basata sull'utilizzo di campioni e dati associati di pazienti pediatrici è essenziale per colmare le lacune sull'eziologia e sulla patogenesi di malattie pediatriche, nonché sulle strategie appropriate per la prevenzione e la cura. Nello specifico, le biobanche di ricerca, organizzate secondo un sistema di gestione della qualità dei processi e garante dei diritti dei soggetti coinvolti, rappresentano il pilastro delle innovazioni mediche dirompenti, in quanto si sono dimostrate strutture in grado di sostenere ed assicurare un equilibrio eticamente sano tra la protezione delle popolazioni vulnerabili e lo sviluppo della ricerca FAIR (trovabile, accessibile, interoperabile e riutilizzabile) nell'era della medicina personalizzata. In un contesto di solidarietà reciproca cui tende non solo chi fa ricerca, ma anche coloro che contribuiscono perché questa si evolva, vi è l'espressione del consenso che è alla base di ogni protezione dell'essere umano e fulcro della relazione di cura tra medico/ricercatore e adulto o famiglia, nell'interesse del minore. Consenso, dal latino *consensus*, composto dalla preposizione *cum* nel senso di “insieme” e da sentire nel senso di “provare sensazioni”; letteralmente è “l'atto di provare insieme le stesse sensazioni”, è lo strumento attraverso il quale medico/ricercatore e adulto o la famiglia, per il minore, creano una comunione di senso e intendono le scelte che stanno perseguendo con lo

stesso significato⁽²⁵⁾. Un consenso volontario essenziale per la conduzione di progetti di ricerca e per la conduzione di ricerche medico-scientifiche, che preveda di destinare parte dei campioni alla Biobanca, come accade all'Ospedale Pediatrico Bambino Gesù.

Il rigore scientifico è un primo imperativo etico, ma non è l'unico proprio in considerazione di tutto quanto è richiesto alla ricerca scientifica, soprattutto in ambito pediatrico, perché accettabile da un punto di vista etico. Tutto questo è buona ricerca scientifica? Tutto questo è etica della ricerca scientifica.

⁽²⁵⁾ R. RUGGIERO, F.G. MELADO, G. BRAMBILLA, L. PALAZZANI, S. KACZMAREK, M. SALATA, L. ZUCARO, *Decisioni per la cura del bambino piccolo nelle fasi critiche e terminali della vita*, in *Med. e mor.*, 2022, pp. 261-276.

DANIELE CHIAPPINI^(*), SABRINA BRIZIOLI^(**), MARINA BUFACCHI^(*)
 ELEONORA MAGNANINI^(***), ROBERTO CIPPITANI^(**)

LANDSCAPING LIVING LABS FOR COLLABORATIVE RESEARCH

ABSTRACT: Living Labs represent interesting flexible ecosystems to foster open innovation as they implement infrastructures where stakeholders are involved to create seamless interaction and collaborative settings. This paper firstly describes the concept and architecture of the Living Labs then it focuses on the main models and state-of-the art methodologies. Against this background selected legal issues (i.e. Intellectual property rights and data protection) will be analysed and a focus on contractual terms will be provided. The theoretical study will make use of the practical experience of the “LIVINGAGRO project” to address the effective dimension and implementation of Living Labs.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Living Labs: concept, architecture and methodologies. – 3. Categorizing and evaluating Living Labs models. – 4. Selected legal issues in Living Laboratory environments. – 5. IPR concerns in LLs. – 6. Data protection in LLs. – 7. LLs and contractual issues. – 8. Application of the collaborative agreements scheme to the LLs. — 9. Conclusions.

1. — *Introduction.*

Since the entry into force and implementation of the Lisbon strategy in the year 2000, openness and innovation⁽¹⁾ have been crucial policy challenges and

^(*) CNR-ISAFoM – ^(**) Università degli Studi di Perugia – ^(***) Avvocato Foro di Spoleto.

Acknowledgement: This paper has been produced with the financial assistance of the European Union under the ENI CBC Mediterranean Sea Basin Programme. D. Chiappini authored paragraphs 2 and 3 – Conclusions; S. Brizioli authored paragraphs 4 and 6; M. Bufacchi authored the Introduction; E. Magnanini authored paragraph 5; R. Cippitani authored paragraphs 7, 7.1, 7.2, 8.

⁽¹⁾ For an in depth analysis of innovation and innovation processes see R. BOUTELLIER, O. GASSMANN, M. VON ZEDTWITZ, *Managin Global Innovation. Uncovering the secrets of future Competitiveness*, 2nd ed., Springer, 2000.

opportunities in Europe. On the one hand open innovation⁽²⁾ lies at the heart of one of the pillars of Horizon Europe, the research and innovation Framework Program for the period 2021-2027⁽³⁾. On the other hand, networked and collaborative settings involving user, stakeholders, governments, academics and industries pose several organizational and structural questions.

In this context Living Labs could be hailed as interesting flexible ecosystems to foster the open innovation⁽⁴⁾ model because of their being platforms where stakeholders are involved to create seamless interaction and mash-up for ideas in innovation ecosystems⁽⁵⁾. The implementation of such infrastructures could be achieved by a successful mixture of collaborative environments, open innovation platforms, user centric product/service development methods, and public private partnerships. Against this background, Living Labs hold potentially disruptive and long-lasting transformational effects on the European industry, markets and regional economies⁽⁶⁾.

This paper, based on the practical experience of “LIVINGAGRO project”⁽⁷⁾ will address some of the juridical issues emerged during the project lifespan, starting from a theoretical introduction of the LL structure and then focussing on IPR, privacy and contractual issues.

⁽²⁾ H.W. CHESBROUGH, *Open Innovation. The New Imperative for creating and Profiting from Technology*, Cambridge, MA: Harvard Business School Press, 2003.

⁽³⁾ See www.interregeurope.eu/policylearning/news/6330/learn-about-horizon-europe-and-the-european-innovation-council-eic/.

⁽⁴⁾ B. BERGVALL-KÄREBORN, C.I. ERIKSSON, A. STÄHLBRÖST, J. SVENSSON, *A milieu for innovation: defining living labs*, in K.R.E. HUIZINGH, S. CONN, M. TORKKELI, I. BITRAN (eds.), *Proceedings of the 2nd ISPIIM Innovation Symposium: Simulating Recovery - The Role of Innovation Management*, 6-9 December 2009, New York City, 2010.

⁽⁵⁾ See ec.europa.eu/digital-single-market/en/open-innovation-20.

⁽⁶⁾ For an analysis of the LLs business model archetypes see Ingrid Fasshauer, open Innovation Business Models-The Case of Living Labs in France. EURAM Conference, ESG UQAM, Jun2021, Montréal Québec, Canada.

⁽⁷⁾ The LIVINGAGRO project is financed under the ENI CBC MED Program and pursues as a general objective the achieving technology transfer and commercialization of research results in the Mediterranean agroforestry sector, through the creation of two Living Labs (LL1 - Multifunctional Olive Systems and LL2 - Grazed Woodlands) based on Open Innovation approaches.

The project, indeed, has helped to identify certain legal application challenges of LLs to then consequently to verify the way these are tackled through contractual instruments. To this end, the analysis firstly starts with the scrutiny of the LLs main features in order to identify the main questions arising from the collective nature of the innovation process.

2.— *Living Labs: concept, architecture and methodologies.*

The concept of ‘Living Labs’ [hereinafter referred to as LLs] is often credited⁽⁸⁾ to Professor William J. Mitchell, Massachusetts Institute of Technology (MIT). Having observed the potential presented by emerging technologies, particularly computing, sensing, and ICT, Mitchell put forth a proposition to shift innovation research from controlled laboratory environments to real-life contexts. Specifically, he suggested the establishment of “living” environments, such as buildings or cities, in order to observe and analyse individuals’ reactions to and engagements with innovations. Consequently, these Living Labs would serve as spaces wherein designers and researchers could derive inspiration by studying users and test their hypotheses through empirical experimentation⁽⁹⁾.

In Europe, the idea led to a number of scattered initiatives and in 2005, Eriksson, Niitamo and Kulkki extended its concept, starting from von Hippel⁽¹⁰⁾ and Thomke and von Hippel’s⁽¹¹⁾ research on the innovative potential of users, they suggested an higher and earlier involvement of the users in the product development process. The year 2006 marked an important

⁽⁸⁾ B. DUTILLEUL, F.A.J. BIRRER, W. MENSINK, *Unpacking European Living Labs: Analysing Innovation’s Social Dimensions*, in *Central European Journal of Public Policy*, 2010, 60-85; L. COMPAGNUCCI, F. SPIGARELLI, J. COELHO, C. DUARTE, *Living Labs and user engagement for innovation and sustainability*, in *Journal of Cleaner Production*, 2021, 289, 125721.

⁽⁹⁾ On the basis of this idea several facilities were established in the United States as “PlaceLab” created by MIT in 2004, an apartment equipped to record its inhabitants.

⁽¹⁰⁾ E. VON HIPPEL, *The sources of innovation*, Oxford University Press, Oxford, 1988.

⁽¹¹⁾ S. THOMKE, E. VON HIPPEL, *Customers as innovators: a new way to create value*, in *Harvard Business Review*, 2002.

step in the development of the European Living Lab movement. Early that year, two projects funded by the European Commission – CoreLabs⁽¹²⁾ and Clocks – were kicked off to advance, coordinate and promote a common European innovation system based on Living Labs⁽¹³⁾. In October, participants of the Conference “Networked Business and Government: Something Real for the Lisbon Strategy” committed to the Helsinki Manifesto⁽¹⁴⁾, advancing Living Labs as one key solution of the EU problems. One month later, a pan-European network of 19 Living Labs was launched by the Presidency of the European Union under the label “European Network of Living Labs” (ENoLL)⁽¹⁵⁾. Since then, the network has enrolled new “waves” of regional organisations every year.

From the definition point of view, it is important to underline that it doesn't exist a unique definition of LLs, since each of them can be characterized by multiple factors and serve several purposes⁽¹⁶⁾.

From the operational point of view, LLs are both practice-driven organisations that facilitate and encourage open, collaborative innovation in a real-life environments where open innovation and user innovation processes can be studied and create new solutions to solve specific issues. LLs operate as intermediaries among citizens, research organisations, companies, cities and regions for joint value co-creation, rapid prototyping or validation to scale up innovation and businesses. LLs have common elements but multiple different implementations⁽¹⁷⁾.

⁽¹²⁾ Co-creative living labs for CWE: cordis.europa.eu/project/rcn/79424/factsheet/en.

⁽¹³⁾ EUROPEAN COMMISSION, *Living Labs for user-driven open innovation: An overview of the Living Labs methodology, activities and achievements*, Brussels, European Commission, Information Society and Media, 2009.

⁽¹⁴⁾ FINLAND'S EU PRESIDENCY, *The Helsinki Manifesto 20.11.2006*, «We have to move fast, before it is too late», 2006.

⁽¹⁵⁾ European Network of Living Laboratories (ENOLL): enoll.org.

⁽¹⁶⁾ ENOLL defines living lab as follow: «Living Labs are defined as user-centred, open innovation ecosystems based on systematic user co-creation approach, integrating research and innovation processes in real life communities and settings»: enoll.org.

⁽¹⁷⁾ See enoll.org/about-us/.

Despite the various possible structures, LLs share some common central elements⁽¹⁸⁾ that enable their functioning⁽¹⁹⁾: *a)* Multi-method approaches: there is no single Living Lab methodology, rather these Labs integrate and tailor various user-centric and co-creation methodologies to align optimally with their objectives. *b)* User engagement: this approach is rooted in the origins of Living Labs, considered as a key factor to reach the objective of the chosen activity. Fundamental is the users involvement since the beginning of the process. *c)* Multi-stakeholder participation: along the user involvement, including all relevant stakeholders is of crucial importance. To better achieve the goals of the project it is important to attract and include in the LL activities representatives of public and private sector, academia and citizens. *d)* Real-life setting: a very specific characteristic of Living Labs is that the activities must take place in real-life environments to gain a thorough overview of the context. *e)* Co-creation: In customary practice, activities are commonly structured as top-down experiments, wherein users are primarily regarded as passive factors rather than active participants.

In contrast, the Living Lab approach aims to achieve mutually beneficial outcomes, which emerge as a consequence of active engagement from all stakeholders involved, commencing from the outset of the process.

In general living labs aim to develop new knowledge, innovations, services and more, through creative processes that actively involve users through a process of real-life testing and sharing of information and knowledge. The ultimate scope of LLLs is to create new knowledge related to targeted subject matters by actively testing and organizing classical processes⁽²⁰⁾ in an alternative way.

As for the LLs definition, there is no an unique methodology but rather core common principles in LLS methodologies: active user involvement,

⁽¹⁸⁾ Living lab methodology handbook, U4IOT, 2017.

⁽¹⁹⁾ For an analysis of the LLs design see M. GRAY, M MANGYOKU, A. SERRA, L. SÁNCHEZ, F. ARAGALL, *Integrating Design for All in Living Labs*, in *Technology Innovation Management Review*, 2014, pp. 50-59.

⁽²⁰⁾ Within the framework of LLs the term processes refers to product development, production, policymaking, delivering services, etc.

real-life experimentation, multi-stakeholder and multi-method approaches. Furthermore, it is worth taking into account the stakeholders' assets and capabilities, as well as the complex multi-stakeholder framework in which the multitude of activities take place. Based on literature review and experiences and observations of Living Labs activities and practices, Schuurman⁽²¹⁾ made a distinction between three different levels of analysis within Living Lab phenomena: *a)* macro or organizational level, where the Living Lab is a set of actors and stakeholders organized to enable and foster innovation, typically in a certain domain or area, often also with a territorial link or focus. These organizations tend to be Public-Private-People partnerships⁽²²⁾, *b)* meso or project level⁽²³⁾, where Living Lab activities take place following a mostly organization-specific methodology in order to foster innovation and *c)* micro or user activity level, in which the diverse assets and capabilities possessed by the Living Lab organization materialize in distinct activities that entail the involvement of users and/or stakeholders.

In order to establish a methodological framework that aligns the individual user involvement activities at a micro level, Schuurman⁽²⁴⁾ proposed the adoption of a quasi-experimental approach. This approach encompasses a pre-measurement phase, an intervention phase, and a post-measurement phase, wherein the intervention serves as a real-life experiment. Based on the aforementioned rationale, it becomes feasible to identify three primary components within Living Lab projects, corresponding to the different phases of innovation development: *a)* Exploration, aimed to

⁽²¹⁾ D. SCHUURMAN, *Bridging the gap between Open and User Innovation? Exploring the value of Living Labs as a means to structure user contribution and manage distributed innovation*, doctoral dissertation, Ghent University, 2015.

⁽²²⁾ M. WESTERLUND, S. LEMINEN, *Managing the Challenges of Becoming an Open Innovation Company: Experiences from Living Labs*, in *Technology Innovation Management Review*, 2011, pp. 19-25.

⁽²³⁾ Living lab methodology handbook, U4IOT, 2017.

⁽²⁴⁾ C. VEECKMAN, D. SCHUURMAN, S. LEMINEN, M. WESTERLUND, *Linking Living Lab Characteristics and Their Outcomes: Towards a Conceptual Framework*, in *Technology Innovation Management Review*, 2013, pp. 6-15.

investigate the “current state” and designing possible “future states”⁽²⁵⁾; *b*) Experimentation, in which real-life test of one or more proposed “future states”⁽²⁶⁾ are provided. Evaluation, assessing the impact of the experiment with regards to the “current state” in order to iterate the “future state”⁽²⁷⁾.

Accordingly, it is possible distinguish between the “current state” and the “future state”, where the existing, current state of being is opposing to possible future states, that are the targets of LLs.

⁽²⁵⁾ In terms of Open Innovation, this phase can be labelled as involving mainly exploration processes. Exploration is defined as «purposive inflows of knowledge or technology, aimed at capturing and benefiting from external sources of knowledge to enhance current technological developments». First of all, exploration is used to understand the current solutions people use, the current habits they display and the current context in which people use these solutions and have developed these habits. Subsequently, exploration is used to develop and share ideas for solutions to these needs, in order to come to concrete innovation concepts. This exploration allows the measurement of potential impacts and effects of the experimentation stage in order to measure the effects of the innovation

⁽²⁶⁾ Experimentation, which is the second stage within an innovation development process, aims at developing and testing a prototype that can take many forms, from tangible MVPs (Minimum Viable Products) to intangible services or experience design prototypes. As a matter of fact, in the experimentation stage, the innovation is presented as a prototype (both for products and services) to the users in the form of a new solutions, which potentially triggers new habits and new contexts of use. The goal of this phase is to understand user reactions and attitudes to the proposed solutions, and to study behaviour, testing solutions in “as-real-life-as-possible” contexts see Living lab methodology handbook, U4IOT, 2017. The experimentation stage puts the designed solution to the test, as much as possible in a real-life context, and allows a decision to be made on whether to head back to the exploration stage to iterate your solution, or whether to proceed to the evaluation stage.

⁽²⁷⁾ The third and final stage consists of evaluating the innovation. It enables to generate a post-measurement of the intervention and compare it to the pre-measurement benchmark, illustrating potential impact and added-value created by the innovation. This stage can also consist of the post-launch activities, where actual adoption and usage of the innovation is monitored in order to re-design or add new functionalities according to the needs of existing or new market groups, see D. SCHUURMAN, *Bridging the gap between Open and User Innovation? Exploring the value of Living Labs as a means to structure user contribution and manage distributed innovation*, cit.

3. — *Categorizing and evaluating Living Labs models.*

According to the type of participant driving the innovation activities, LLS be categorized into utilizer-driven, enabler-driven, provider-driven, and user-driven (or user-community-driven)⁽²⁸⁾ To achieve the benefits of the LLs approach, participants should be aware of these differences and engage in actions and roles accordingly⁽²⁹⁾ to avoid management challenges in relation to traditional projects.

A typical operating model for LLs foresees a project-based development, where collaboration and user engagement are organized through regular engaging events such as videoconferences/streaming events. Indeed LL networks can be defined as managed collaboration networks (as opposite to self-organizing networks), which feature internal transparency and direct communication. The main focus is on both user creation and innovation processes support by distributed, organised communities. Members of such a network collaborate and share knowledge directly with each other, rather than through hierarchies. They come together with a shared vision, because they are intrinsically motivated to do so and seek to collaborate to advance an idea or a concept⁽³⁰⁾. Pisano and Verganti presented, in their Harvard business review articles⁽³¹⁾, a matrix that lists different collaboration models related to various contexts and cases. Within the model, the nature of collaboration hinges upon both ownership rights and the nature of the innovation that the collaborative network seeks to identify. The pivotal inquiry regarding the model pertains to the extent of openness inherent in the collaboration framework, as well as the degree of authority assumed by

⁽²⁸⁾ S. LEMINEN, *Q&A. What are Living Labs?*, in *Technology Innovation Management Review*, 2015, pp. 29-35.

⁽²⁹⁾ *Ibidem*, p. 32.

⁽³⁰⁾ J. ESCHENBÄCHER, K.D. THOBEN, P. TURKUMA, *Choosing the best model of living lab collaboration for companies analysing service innovations*, in *Projectics/proyéctica/projectique*, 2010, pp. 11-39, DOI10.3917/proj.005.0011.

⁽³¹⁾ G.P. PISANO, R. VERGANTI, *Which kind of collaboration is right for you?*, in *Harvard Business Review*, 2008.

the network manager or orchestrator. Consequently, these choices heavily influence the innovativeness and nature of the expected outcome⁽³²⁾. Other approaches have been investigated looking for examples of practical implementation.

The experience arising from the Alcotra Innovation Project⁽³³⁾ is particularly interesting since, for the first time, cross border LLs have been jointly developed and implemented by neighbouring countries⁽³⁴⁾.

The first method investigated by Alcotra Innovation Project uses the so-called Federation approach⁽³⁵⁾, which entails the presence of multiple independent thematic Living Labs that organically emerge within the ter-

⁽³²⁾ The authors took in consideration four models: A) the Elite Circle type of governance model, one company selects the network participants, defines the problem, and chooses the optimal solutions according to its needs. This type of approach works well in cases where the solutions are highly confidential and require specific skills and competences. The Management model is hierarchical and the roles are clearly defined. B) the Innovation Mall model, one company posts a problem within the community allowing anyone to propose solutions. After a period of time, the company chooses the solutions it likes best. This model works well for service and usability testing, when companies target improvements or additions to the existing products and portfolios. Control and ownership are in the hands of the leading company, which also defines the management and compensation models. C) the Innovation Community, where anybody can propose problems, offer solutions, and decide which solutions to adopt. This model is well suited for solving societal problems, where there are objectives beyond economic value maximization. In corporate sector this model can be used for systemic innovations and defining new research and development areas and markets. D) the Consortium, is a closed model, which operates like a private club with participants jointly selecting problems, deciding how to conduct work, and choosing solutions. This model is characterized by a particularly clear focus understanding business cases and participation of highly specialized professionals.

⁽³³⁾ The Alcotra Innovation project is funded by the Alcotra Italy-France 2007-2013 territorial cross-border cooperation program. The project aimed to create and develop a culture of partnership and action among the innovation actors on both sides of the Alpine frontier, in order to improve their innovation capacity and ability to compete internationally with better results. It was the first time that a living lab approach is not only developed between two neighboring countries, but is also implemented jointly, as if at last there were no more barriers that prevent many actors from working in a multinational perspective.

⁽³⁴⁾ ALCOTRA, *Guidelines on Cross-border Living Labs*, 2013.

⁽³⁵⁾ CROSS-BORDER LIVING-LABS, *The Federation approach*, Santoro, 2008.

ritorial boundaries of each participating country and subsequently achieve cohesion through the establishment of cross-country links, clusters, and multi-location experiments. A significant advantage of this approach lies in its decentralized management and governance, allowing it to align with various models for the establishment and growth of Living Labs. This approach also facilitates the possibility of sharing some or all of the pertinent key assets (such as local communities, ICT infrastructures, methodologies, etc.) in the context of cross-border collaboration. Consequently, a potential learning process can be initiated between both nascent and well-established Living Labs, regardless of whether they operate within the same country or region.

The concept of a cross-border Living Lab aspires to progress beyond this logical trajectory, providing innovative firms with an opportunity to explore new markets and research clusters, internationalize their operations, and further expand their business endeavors. Moreover, it enables the testing and validation of advanced technologies with prospective end users in diverse cultural and linguistic contexts.

Indeed, the practical feasibility of the Federation approach necessitates the existence of a range of consolidated Living Lab experiences within the participating countries, along with a relative absence of thematic specialization. Such conditions allow for the representation of the same national Living Lab within multiple transregional clusters through the implementation of independent and parallel technology trials.

An alternative option to realize a cross-border Living Lab is represented by the Unitary model, using the Umbrella approach⁽³⁶⁾, which encompasses the presence of a central, lightweight management entity responsible for facilitating the implementation of trials within a transnational setting. This framework is supported by multiple localized “chapters”, each representing a participant country, structured as conventional Living Labs that are accessible to end-users located in any of the four countries involved in the project.

⁽³⁶⁾ CROSS-BORDER LIVING-LABS, *The Umbrella approach*, Schumacher, 2011.

Specifically, an overarching structure composed of representatives from all regional “chapters” of the cross-border Living Lab assumes the responsibility of establishing common guidelines, assessment tools, and monitoring systems. These resources are provided to local stakeholders, who are granted autonomy to initiate one or more pilot actions within their respective regions, spanning a range of thematic domains while adhering to a shared methodological approach. The distinguishing characteristics of the Umbrella approach lie in its unified governance framework and the existence of a shared repository of methods, tools, and experiences among all the regions engaged in the pilot actions. However, the implementation pathway or specific rules for the cross-border trials are not prescribed, as they are expected to evolve organically based on emerging interests and converging requirements of the various national actors involved. In this regard, the federation approach and the Umbrella approach exhibit notable similarities in their ultimate outcomes.

These aforementioned examples merely encompass a fraction of the existing state-of-the-art methodologies employed in the context of Living Labs, which inherently embody a dynamic framework characterized by ongoing implementations. This, brought forth a multitude of legal issues, among which the most interesting will be thoroughly examined and addressed in the subsequent chapters.

4. — *Selected legal issues in Living Laboratory environments.*

The lack of a technical and unique definition of LLs implies that they represent a very vague object to be analysed from a legal point of view. Furthermore, the variety of LLs schemes implies that the issues under scrutiny could be different from one LL context to one another. Against this background and considering the Livingagro experience certain legal aspects should be taken into consideration when projecting LLs. More precisely the following sections will highlight IPRs concerns and the privacy/data protection management.

LLs are extremely effective in producing knowledge and innovations⁽³⁷⁾ that are transferred to both the society and the markets and because of their being rooted on open innovation the applications and services developed should be available within and outside the LLs environment. But, certain rights, freedoms and interests may risk to hamper innovation when specific legal requirements are applied in the management of LLs.

Besides the ethical dilemmas concerning the human-digital interactions and participated processes⁽³⁸⁾, the following analysis will take into consideration the legal aspects regarding the way LLs multi-contextual environments deal with privacy and innovation. On the one hand the valuable concepts of openness and partnership/membership promote the development of products and services, stimulate the data sharing and foster communication in LLs, on the other hand intellectual property rights and the requirements for the legal processing of personal data significantly influence the free access to knowledge and the adoption of open standards⁽³⁹⁾.

Within the governance of LLs (implying both administrative and managerial measures) the management of IP, the safeguard of privacy and the handling of personal data are relevant tasks.

In dealing with these aspects, the following sections will take into account the way open-innovation and the collaboration models retain/safeguard certain rights⁽⁴⁰⁾ in LLs, whose structure aims to ensure both the sharing of knowledge and respect the roles/identities and efforts of each member. This is not just a mere theoretical issue and choosing an open and collaborative environment or a closed innovation model influences the governance

⁽³⁷⁾ S. LEMINEN, M. WESTERLUND, A.G. NYSTRÖM, *Living Labs as Open –Innovation Networks*, in *Technology Innovation Management Review*, 2012, pp. 6-11.

⁽³⁸⁾ F.J. SAINZ, *Emerging ethical issues in living labs*, in *Ramon Llull Journal of Applied Ethics*, 2012, pp. 47-62.

⁽³⁹⁾ M. WESTERLUND, S. LEMINEN, C. HABIB, *Key constructs and a definition of living labs as innovation platforms*, in *Technology Innovation Management Review*, 2018, pp. 51-63; M. BOGERS, J. WEST, *Managing Distributed innovation: strategic utilization of open and user innovation*, in *Managing distributed innovation*, 2012, pp. 61-75.

⁽⁴⁰⁾ Open Innovation and IPRs: Mutually incompatible or complementary institutions?, *Journal of Innovation & Knowledge*, vol. 4, issue 4, 2019, pp. 248-252.

architecture of the LLs (flat or hierarchical)⁽⁴¹⁾. As a matter of fact LLs do not provide a linear closed innovation process but rather a decentralised open innovation one⁽⁴²⁾. This means that LLs not only envisage a domain of distributed innovation but also challenge the top-down model of innovation and its sharing and distribution as generally realised by one single operator. While the managerial solution to the distributed nature of LLs could be faced with organizational and administrative tools, it is relevant to highlight the way laws and legal instruments⁽⁴³⁾ perform in the digital setting in order to both avoid that knowledge and innovation are excessively fragmented or technically parcelled⁽⁴⁴⁾ and to ensure appropriate safeguards of those involved in the co-creation and collaborative process.

5.— IPR concerns in LLs.

The nature of LLs as user-centric and user-driven communities, which implies an active participation and creation role of the users, has the potential to generate IPR concerns especially when users play the role of contributors, co-creators, developers⁽⁴⁵⁾. This triggers a reflection about the handling of IPRs in LLs and consequently an evaluation of the status of the users in such contexts.

⁽⁴¹⁾ J. ESCHENBÄCHER, K.D. THOBEN, P. TURKUMA, 2010/2(5) *Choosing the best model of living lab collaboration for companies analysing service innovations*, cit., p. 15; R. VERGANTI, G.P. PISANO, *Which Kind of Collaboration is right for you?*, cit.

⁽⁴²⁾ J. ESCHENBÄCHER, K.D. THOBEN, P. TURKUMA, 2010/2(5) *Choosing the best model of living lab collaboration for companies analysing service innovations*, cit., p. 19.

⁽⁴³⁾ H. SCHAFFERS, P. TURKAMA, *Living Labs for Cross-Border Systemic Innovation*, in *Technology Innovation Management Review*, 2012, pp. 25-30.

⁽⁴⁴⁾ M. BORGERS, J. WEST, *Managing distributed innovation: strategic utilization of open and user innovation*, in *Creativity and Innovation Management*, 21, pp. 61-75.

⁽⁴⁵⁾ As far as the role of user is concerned, it is possible to refer to contributor (creating with the user) who is engaged in an interactive process and co-creator (creating by the user) who is part of the innovation process. See S. LEMINEN, M. WESTERLUND, A.G. NYSTRÖM, *On becoming creative consumers-user roles in living labs networks*, in *International Journal of Technology Marketing*, 2013, pp. 33-52.

At first look and ontologically, open innovation and IPRs appear to be incompatible: the former represents a paradigm that allow the flow of ideas and knowledge, the latter results in the enclosure and exclusion of others from using. Despite this first theoretical contradiction, partnerships and consortia represent the most effective and commonest networks to carry out innovation research and interoperability. IPR issues are frequent in LLs⁽⁴⁶⁾ and their legal regime is closely analysed in user-drive open innovation processes⁽⁴⁷⁾.

One of the main requirement in IPR law is the presence of an author, an inventor or contributor being the identifiable person who creates the tangible/intangible property. User communities do not always allow for the identification of one single person as author/inventor and copyright in the context of community-created content could belong to the whole community. Additionally, legislation about joint works and requirements for collective works may vary from one normative framework to another. Furthermore, it was highlighted that in non-profit communities, the main question in the context of IPRs concerns the moral rights and the interest of those involved in being credited as author/s⁽⁴⁸⁾.

Further difficulties arise when tackling rights in a community-created settings and contents⁽⁴⁹⁾, especially when functions and applications are implemented and improved after their creation by multiple users. Who owns the copyright of the ameliorated functionality? As a matter of fact in cooperative settings no one single author has the exclusive right to allow distribution

⁽⁴⁶⁾ The four major IPRs in innovation activities in LLs are patents, copyrights, trademarks and design rights and their use represents the signal of both technological and design capacity and reputation and strength. See J. EDLER, H. CAMERON, M. HAJHASHEM, *The intersection of intellectual property rights and innovation policy making. A literature review*, WIPO available at www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_report_ip_inn.pdf.

⁽⁴⁷⁾ O. PITKÄNEN, *Legal aspect of living labs*, in *Intellectual journal of product development*, 2012, pp. 8-22.

⁽⁴⁸⁾ O. PITKÄNEN *Living labs legals*, in J. SCHUMACHER, V.P. NIITAMO (eds.), *European living labs. A new approach for human centric regional innovation*, 2008, pp. 139-145.

⁽⁴⁹⁾ H. HIETANEN, V. OKSANEN, M. VÄLIMÄKI, *Community created content: Law, Business and Policy*, Turre Publishing, Helsinki, 2007.

or even grant licenses for others. It is a milestone in the IPR law the exclusive right of the author to control and assent that the work will be copied and distributed. In the context of LLs, such an issue should be managed through the adoption of the “users and innovators” approach throughout all stages of the innovation process (i.e. service and product development cycle) also integrating the multi-stakeholder collaboration⁽⁵⁰⁾.

The status of the users as co-creators /developers should be intrinsic in the LLs architecture but also effectively ruled in agreements in which knowledge and methodology of the LLs are set. This could be done by establishing that innovation is created and validated through collaborative inputs, putting at core the user experience (starting from the user involvement, user-co-design process finally leading to product or service creation)⁽⁵¹⁾.

Taking into account the position of users within LLs, it is also relevant to consider that as community environments, they would not exist without users that both create and use/implement the works. As far as the status of the users is concerned, it is particularly problematic to ensure users to share their contribution without losing the legal control on it. It is an issue whether to differentiate copyright licenses from other sharing and usage policies⁽⁵²⁾.

The IPRs and exploitation of results are dealt with at a very strategic level engaging various partners and LLs generally set forth the discipline and rules concerning IPRs prior to the starting of projects in the Consortium agreement. The main objectives of these agreements are the establishment, use and sharing of IP as well as licensing taking into consideration the investments/developments and costs/profits.

⁽⁵⁰⁾ M. ERIKSSON, V.-P. NIITAMO, S. KULKKI, K. A. HRIBERNIK, *Living labs as a multi-contextual R&D methodology*, 2006 IEEE International Technology Management Conference (ICE), in doi.org/10.1109/ICE.2006.7477082.

⁽⁵¹⁾ For the user position also see P. BALLON, J. PIERSON, S. DELAERE, *Test and experimentation platforms for broadband innovation: examining european practice*, in *Conference Proceedings of 16th European Regional Conference by the International Telecommunications Society (ITS)*, Porto, Portugal, 4-6 September, 2005.

⁽⁵²⁾ H. HIETANEN, V. OKSANEN, M. VÄLIMÄKI, *Community created content. Law, Business and Policy*, cit. p. 11.

LLs may instruct the users to licence their content in a way that others can freely use it. It is possible taking as example, Creative Commons licences⁽⁵³⁾ that can be applied to authorise everybody to use the content. Unfortunately, there could be reasons to use more restrictive terms or there might be specific needs to which creative commons licences are not suitable. Thus, it is difficult for a living lab to try to force the users to apply certain terms and yet ensure that they are using the service in a natural way as widely as possible.

Taking Livingagro as reference to deal with the aforementioned IPR issues, the main aspects addressed were: 1) the allocation of the ownership of innovation especially in case of co-creation and open innovation; 2) access rights type to all LL members (royalty free, access to background, access to foreground); 3) use of creative commons.

6. — *Privacy and data protection in LLs.*

The legal arrangements to safeguard privacy and for the data protection could be quite complex issues in the making of LLs. When disruptive technologies are used, several fields of law are involved: human rights, administrative law, criminal law and data protection law.

Article 8 ECHR concerning the human right to respect of private life, the allied scrutiny on the activities and data relating to private life of an individual are essential in this context as they imply an evaluation on the nature of the interferences (whether or not arbitrary) and risks of being harmed from data processing. Of course such an oversight requires a case-specific and factual assessment.

Administrative rules are generally used to establish procedures to address the management of technological smart environments when citizens are involved. In particular they have the form of audits, data governance policies, protocols providing information about access to data, retention and sharing of data among entities.

⁽⁵³⁾ For further details see *creativecommons.org*.

As far as security claims, cybercrimes and the need to safeguard the digital rights from illegal access to/and manipulation of digital information are concerned, criminal law provides fragmented patterns of protection to fight frauds and cyber crimes. Such crimes not only cause economic losses and infringe property interests but rather seriously affect the enjoyment of freedoms and rights by decreasing the sense of security of digital environments. Criminal law determines criminal responsibility, establishes the elements of the crime (e.g. crime location, scope, time) also trying to update the concepts of victimizations and understanding the psychological vulnerabilities of the victims.

Data protection law has increasingly gained a leading role in the management of data-based context and it is frequently applied to deal with LLs. Indeed, the EU regulation requires accountability and a data protection impact assessment for the processing of data that would result in risks for the freedoms and rights of persons.

Privacy concerns essentially rise when considering that the use of digital technologies is not neutral *per se* and certain privacy risks occur when personal information are associated with other/further commercial and economic interests. Furthermore, LLs as “public spaces”⁽⁵⁴⁾ could increase visibility and privacy-related risks, for example surveillance and profiling. The protection of privacy should imply the use of privacy-by-design tools, anonymisation of uploaded documents and the blurring of faces in visual contents. In collaborative and co-creative infrastructures, awareness of the data shared, associated rights and informative duties not only ensure data transparency but also make data subjects rational decision-makers capable to understand and evaluate their involvement. As a matter of fact, individuals’ behaviour is context-sensitive and strongly relies on the kind of risks they could face⁽⁵⁵⁾.

When it comes to the processing of personal data in LLs, legal require-

⁽⁵⁴⁾ M. GALIČ, *Surveillance and privacy in smart cities and living labs: Conceptualising privacy for public space*, doctoral thesis, Tilburg University, Optima Grafische Communicatie, 2019.

⁽⁵⁵⁾ B. MORGAN, K. YEUNG, *An Introduction to law and regulation: text and materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 97-99.

ments must be addressed such as the purposeful use of personal data, informed consent of the data subject, accountability.

In the LLs scenario the processing of personal data should be grounded on acceptable purposes and specifically consented by the data subjects.

At first, the LLs management should consider the kind of data, the processing mode, where and by whom data are used in order to make proper agreements and structure a reliable personal data policy.

As far as the data type is concerned, the principal *summa divisio* concerns personal and non-personal data. This firstly influences the ways data are collected and used, then attention should be cast on whether special categories of data are involved.

Pursuant to the definition of the Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (hereinafter referred to as GDPR) personal data means any information relating to an identified or identifiable natural person ('data subject'); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person (art. 4 (1)). This definition has been further explained by the Article 29 Working Group that assigned this notion a very broad meaning covering all information which may be linked to an individual.

Both the identifiability of a natural person and the wide content assigned to information are relevant aspects when data are collected within LLs⁽⁵⁶⁾. Having due regard to the processing, it is crucial to state that the use and process of personal data occur with the consent of the data subject (and consent is revocable at any time) for well defined purposes (e.g. to allow

⁽⁵⁶⁾ M. GALIČ, R. GELLERT, *Data protection law beyond identifiability? Atmospheric profiles, nudging and the Stratumsied Living Lab*, in *Computer Law & Security Review*, 2021: doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105486.

access to LLs platform; to enable interactions)⁽⁵⁷⁾. As far as profiling is concerned, it is worth considering whether certain generated profiles are built upon data pertaining to individuals and the data subject could be known by using data mining algorithms.

When it comes to the security measures of LLs infrastructures, the most relevant aspects to be taken into account are the breaches in privacy and security due to stolen and hacked information, cyberattacks and corrupted data by unauthorised individuals⁽⁵⁸⁾. Besides the technical and organisational measures that could be identified to face security attacks and to model the ecosystem of LLs, a comprehensive approach to data security should be set, especially through the adoption of Data Protection Policies tackling data protection and liability. According to the current GDPR, the Policy should inform about: a) the responsible for the processing of the data (identification of the controller); b) terms and conditions of the processing; c) the kind of data collected; d) rights and access to information and e) the security measures of the data⁽⁵⁹⁾.

Against this background and from a legal point of view, the processing of personal data in LLs may imply the involvement of more than one actor in handling data.

The GDPR envisages the relationship among multiple controllers and introduces rules for joint controllers, i.e. two or more entities determining the purpose and the means of processing operations⁽⁶⁰⁾. Joint controllership occurs when entities are involved in the same processing operation and they jointly define purposes (e.g. purposes are the same and/or are complementary) and means (e.g. platforms, tools and infrastructures that allow parties to process the same personal data and purposes and means are jointly de-

⁽⁵⁷⁾ When data are used for new purposes, not covered by the previous expression of consent, it is necessary to seek the re-consent for the new processing, unless authorised by law.

⁽⁵⁸⁾ K. KIOSKLI, D. DELLAGIACOMA, T. FOTIS, H. MOURATIDIS, *The supply chain of a Living Lab: Modelling security, privacy, and vulnerability issues alongside with their impact and potential mitigation strategies*, in *Journal of Wireless Mobile networks, Ubiquitous computing, and Dependable Applications (JoWUA)*, 2022, pp. 147-182.

⁽⁵⁹⁾ For the livingagro project see Privacy Policy at livingagrolab.eu/it/privacy-policy/.

⁽⁶⁰⁾ GDPR, art. 26.

terminated). For those uses and subsequent processing that are carried out outside the tools, the entities are considered as separate controllers.

Joint controllers determine in a transparent manner their respective responsibilities for compliance with the obligations under the GDPR, more precisely their responsibilities *vis-à-vis* the data subjects' rights and information duties. Such a determination takes the legal form of an arrangement among the joint controllers, usually a binding document such as a contract or a binding act under the EU or Member State law to which the controllers are subject⁽⁶¹⁾. The Joint controllers agreement: a) regulates the mutual relations between the Parties as regards the joint control of personal data; b) defines the relations with the data subjects.

Within the context of LLs another relevant issue dealing with the handling of personal data is the transfer to third countries. When personal data are transferred outside EU, special safeguards are ensured and the GDPR reserves provisions concerning cross-border data flows and privacy protections to transfer data to third countries⁽⁶²⁾.

- a) Adequacy decision: Pursuant to GDPR Article 45, the EU Commission assesses the adequacy of the level of protection in the third country by taking into account the rule of law, respect for human rights and fundamental freedoms, the existence of effective functioning of one or more independent supervisory authorities, the international commitments or obligations arising from legally binding conventions or instruments and participation in multilateral or regional systems in relation to the protection of personal data⁽⁶³⁾.
- b) Contractual clauses: model contractual clauses (standard contractual clauses) pre-approved by the EU Commission ensure appropriate data protection safeguards⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶¹⁾ EDPB, Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, Version 1.0. Adopted on 02 September 2020.

⁽⁶²⁾ GDPR, artt. 45-46.

⁽⁶³⁾ *Ibidem*, art. 45 (2).

⁽⁶⁴⁾ Lastely updated on 4 June 2021. See commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-sec_en.

- c) Binding corporate rules: data protection policies adhered to by companies established in EU and including general data protection principles and enforceable rights when data are transferred outside the EU⁽⁶⁵⁾.

7. — *LLs and contractual issues.*

As mentioned in the previous paragraphs, LLs establish a durable collaboration between several actors (public and private legal entities) aimed at creating an environment of co-creation to foster innovation and sharing of knowledge resulting from that collaboration. On the base of those features of LLs and for the development of the Livingagro, it has been necessary to identify the legal approach to regulate the mutual relationships within the LLs.

From the contractual viewpoint, the question is not so obvious. According to traditional civil law, contracts are the main legal instruments used to enable the circulation of the patrimonial elements (rights *in rem* and obligations) from one subject to another⁽⁶⁶⁾ (see for example the Article 1101 of the French *Code Civil*; the Article 1321 of the Italian *Codice Civile*; the Article 1254 of the Spanish *Código Civil*).

Whatever the national law, the discipline of the contract is based on the ‘exchange’ concept.

Sacco argues that within all legal systems, it is possible to observe a sort of ‘dogma of bilateralism’⁽⁶⁷⁾ in contract law, that corresponds to a philosophical idea of justice⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁵⁾ Article 29 Working Party adopted dedicated documents to describe the procedure of approval and requirements of binding corporate rules. See commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/binding-corporate-rules-bcr_en.

⁽⁶⁶⁾ S. CAPRIOLI, *Il Codice civile. Struttura e vicende*, Milano, 2008; J.L. HALPERIN, *L'impossible code civil*, Presses universitaires de France, Paris, 1992.

⁽⁶⁷⁾ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in ID. (coord.), *Trattato di diritto comparato*, 5^a ed., 2006, p. 75 ss.

⁽⁶⁸⁾ For an analysis of the concept of contractual justice, see A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, rist. 2011, p. 19 ss.

From the viewpoint of the Italian and French Civil Codes, the exchange is conceived of as the mutual interdependence of the performances (the ‘*corrispettività*’ for the Italian *Codice Civile*)⁽⁶⁹⁾ or the obligations (the ‘*bilateralité*’ or ‘*synalagmaticité*’ within the *Code Civil*).

In other European legislations, the hints at the concepts regulating the exchange may be different⁽⁷⁰⁾ (see within the German BGB, the *Gegenseitiger Vertrag*, ‘the reciprocal contract’ and under the common law, in which the concept itself of ‘contract’ is inseparably linked to the concept of exchange (*bargain*)⁽⁷¹⁾).

Almost all European Civil Codes do not consider the hypothesis that the contracts may refer to relations, not of exchange but of collaboration.

In practice, only the Italian Civil Code specifically regulates some aspects of contracts characterised by the plurality of the parties and by their common purpose (the so-called ‘*contratti plurisoggettivi con comunione di scopo*’).

As legal scholars have pointed out, the category of contracts identified by the Italian Civil Code of 1942 differs from the ‘*contratti con prestazioni corrispettive*’, but it provides that the performances of the parties are arranged in parallel⁽⁷²⁾. Those contracts do not meet antagonistic interests,

⁽⁶⁹⁾ See, among others: F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.* directed by Cicu and Messineo, Milano, 1988, p. 465 ss.; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 234. See, also, the Report of the Ministry of Justice on the *Codice Civile*, para. no. 660.

⁽⁷⁰⁾ About the concept of ‘*corrispettività*’ and its differences with other concepts concerning the exchange within the European legislation, see, in particular, A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, *passim*.

⁽⁷¹⁾ Cfr. G. ALPA, *Il contratto tra passato e avvenire*, introduction to G. GILMORE, *La morte del contratto*, transl. to the Italian of *The Death of Contract*, Milano, 1988, p. XIX ss.; C.G. CHESHIRE, C.H. FIFOOT, M.P. FURMSTON, *Law of Contract*, XII ed., London, Dublin, Edinburgh, 1991, p. 71 ss.; see, also, the definition of ‘*gift*’ within W. BLACKSTONE, W. MORRISON, *Blackstone’s Commentaries on the Laws of England: In Four Volumes*, Routledge Cavendish, 2001, p. 438 s.: «The English law does not consider a gift, strictly speaking, in the light of a contract, because it is voluntary, and without consideration; whereas a contract is defined to be an agreement upon sufficient consideration to do or not to do a particular thing».

⁽⁷²⁾ G. FERRI, *Contratto plurilaterale*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1968, p. 680; F. MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, cit., p. 147.

but rather the common interest of the parties by establishing a common goal⁽⁷³⁾, a common organisation of the interests⁽⁷⁴⁾, common activities⁽⁷⁵⁾, the uniqueness of the legal outcomes⁽⁷⁶⁾, and common benefits to the parties⁽⁷⁷⁾.

The Italian Civil Code of 1942 deals with the nullity and termination (see Articles 1420, 1446, 1459 and 1466 Italian Civil Code) of contracts with a common purpose.

According to the *Codice Civile*, the existence of a common purpose affirms the principle that in every case of pathology, there is the participation of a party, and this situation should not imply the termination of the entire contract, with the exception of cases in which the participation of a party is essential to reach the aims of the agreement.

This concept is in contrast with the approach to exchange contracts, according to which, if a party does not comply with the duties arising from the agreement (as a result of breach, *force majeure* or hardship), the other party normally does not yet have the interest to provide its performance. The exchange provided by the contract will be substituted by termination of the contract and indemnification.

In the case of contracts with a common purpose (to carry out an economic activity, to build a work, to realise research, etc.), the fact that a party does not comply with its obligation may not lead to the loss of the interests of the other parties, in particular, when there are more than two parties to the contract.

Not all jurists agree with the introduction of this category of contracts, which seems to breach the synallagmatic paradigm. According to an im-

⁽⁷³⁾ F. MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, loc. cit.

⁽⁷⁴⁾ T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in ID., *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 115; V. SALANDRA, *Il contratto plurilaterale e la società di due soci*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 842.

⁽⁷⁵⁾ G. FERRI, *La società di due soci*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, p. 613.

⁽⁷⁶⁾ G.G. AULETTA, *La comunanza di scopo e la causa del contratto di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, p. 150 ss.

⁽⁷⁷⁾ A. BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 660 ss.

portant Italian scholar, Francesco Messineo, the choice of the legislator to establish some provisions concerning such a category of agreements had to have been considered as odd⁽⁷⁸⁾.

Within other European law, contracts with a common purpose are not regulated in a general category but are only taken into consideration with respect to some specific problems or in connection with a few typologies.

For example, the German law regulates associations, such as the *Gesellschaftsvertrags* (civil law companies, GbR), set out in paragraphs 705 et seq. as well as other contracts establishing companies.

In French law, in addition to, companies, different types of association agreements are regulated, especially in the administrative sector. This is the case of a contractual instrument in order to grant the cross-border cooperation provided by the *Code général des collectivités territoriales* (CGCT)⁽⁷⁹⁾.

Within English law, alongside the praxis of ‘Contractual Joint Venture’, the law regulates legal entities without limited liability of the parties (see the Partnership Act of 1890) or with limited liability (see the Limited Partnership Act of 2008).

European Union Law follows the traditional approach when it refers to contracts. For example, the legal sources concerning public contracts and the VAT refer to contracts as instruments for the exchange between the parties.

Case law and administrative practice often refer to the fact that in order to implement the discipline of the public contract, a ‘direct counter-performance’ (*controprestazione diretta*; *contraprestación directa*; *contrepartie direct*)⁽⁸⁰⁾

⁽⁷⁸⁾ See F. MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, Milano, 1927; ID., voce *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 139 ss.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. P. JANIN, *Le statut et le régime juridique des organismes de coopération transfrontalière en droit français*, in COMTE, LEVRAT (edit by), *Aux coutures de l'Europe. Défis et enjeux juridiques de la coopération transfrontalière*, Paris, 2006, p. 251 ff.

⁽⁸⁰⁾ See, in France, the Conseil d'État, 6 luglio 1990, *Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais* – CODIAC, in *D.F.* 11 May 1991, p. 573, observations by M. Arrighi De Casanova, p. 497 ff. For the administrative practice, see the document drawn up by CNRS (Centre National de la Recherche Scientifique) del 1 December 1999 *Instruction de procédure no 990310BPC définissant les modalités et les circuits d'attribution des subventions, les principales règles*

must be put in place. Similarly, EU case law on the VAT refers to a ‘direct link’ between the performances of the parties⁽⁸¹⁾.

In many cases, EU legal sources do not take into consideration in a satisfactory manner the special aspects of contracts with a common purpose and with a plurality of the parties. Important instruments of EU law, such as Regulation no. 593/2008 concerning the law applicable to contractual obligations and Regulation no. 44/2001 on judicial competence, do not consider such contracts.

However, contrary to domestic laws, which consider contracts without an exchange as a marginal phenomenon, EU law highlights the role of contracts in establishing collaboration between the parties.

In particular, EU legal documents make several references to agreements establishing collaboration between legal entities, such as universities, undertakings, public bodies and other entities for research initiatives, education and training.

The European documents take into consideration several typologies of agreement establishing the collaboration between the parties.

These agreements are referred to with different names: Grant Agreement⁽⁸²⁾; Consortium Agreements (see, for example, Article 7 of the General Grant Agreement adopted by the European Commission for the period 2021-2027); grouping of economic operators which submit tenders under public contracts (Article 19, paragraph 2, Directive 24/2014/EU),

de gestion et les documents types applicables, paragraph 1.1. See Annex 1 (*La notion de contrepartie pour la livraison de biens et le prestations de services*) del documento del CNRS, Secrétariat Général Direction des finances, *Le régime fiscal du CNRS en matière de TVA*.

⁽⁸¹⁾ Court of Justice, judg. 5 February 1981, 154/80, *Coöperatieve Aardappelenbewaarplaats*, ECLI:EU:C:1981:38.

⁽⁸²⁾ According to the Article 180, para. 1, Regulation (EU, Euratom) 2018/1046 of the European Parliament and of the Council of 18 July 2018 on the financial rules applicable to the general budget of the Union, the “grant” implies a contribution to fund an action intended to help achieve a Union policy objective; or the functioning of a body which pursues an aim of general Union interest.

clusters and other ‘business networks’⁽⁸³⁾, joint research units⁽⁸⁴⁾ and so on.

In addition, and this is particularly interesting to the discourse at issue, EU legal sources distinguish ‘contractual research’ as research that is carried out through service contracts and ‘collaborative research’ as research that arises from the collaboration between universities, research organisations and enterprises⁽⁸⁵⁾.

The collaborative research is «one of the most important knowledge transfer and innovation processes. There is now wide consensus among experts from Universities, Research Technology Organisations (RTOs) and Industry that this process can be beneficial to the respective missions and interests of all parties, provided that certain principles and good practices are observed» (Voluntary guidelines for universities and other research institutions to improve their links with industry across Europe, paragraph 1)⁽⁸⁶⁾.

The collaborative research is that in which «all parties carry out R&D tasks» (see the Annex I to Recommendation on the management of intellectual property), carrying out an effective collaboration.

⁽⁸³⁾ The cluster can be defined as ‘a group of firms, related economic actors, and institutions that are located next to each other and have reached a sufficient scale to develop specialized expertise, services, resources, suppliers and skills’ (Commission, Towards world-class clusters in the European Union: Implementing the broad-based innovation strategy, 17 October 2008, COM(2008) 652; see the document enclosed, The concept of clusters and cluster policies and their role for competitiveness and innovation: Main statistical results and lessons learned); European Cluster Memorandum of January 2008 on www.proinno-europe.eu.

⁽⁸⁴⁾ The Joint Research Unit, which is provided under the documents of the Framework Programme ‘Horizon 2020’, refers to the French experience of the *Unité Mixte de Recherche* (UMR; Article 2 Décret n° 82-993, 24 November 1982, and the Decision n° 920520SOSI, 24-7-1992) relating to the ‘*organisation et fonctionnement des structures opérationnelles de recherche*’.

⁽⁸⁵⁾ See, for example, the Communication of the European Commission, Improving knowledge transfer between research institutions and industry across Europe: embracing open innovation – Implementing the Lisbon agenda, COM(2007) 182 final, of 4 April 2007; Annex I to Recommendation on the management of intellectual property; Management of intellectual property in publicly-funded research organisations: Towards European Guidelines, paragraph 4.2.

⁽⁸⁶⁾ On the collaborative research, especially from the contractual viewpoint, see R. CIPPITANI, *I contratti con comunione di scopo*, Torino, 2020.

According to the Framework for State aid for research and development and innovation, para. 1.3, subparagraph 16, let. h): “effective collaboration” means «collaboration between at least two independent parties to exchange knowledge or technology, or to achieve a common objective based on the division of labour where the parties jointly define the scope of the collaborative project, contribute to its implementation and share its risks, as well as its results. One or several parties may bear the full costs of the project and thus relieve other parties of its financial risks». The “Contract research” and provision of research services are not considered forms of collaboration.

In a collaborative research project «ownership of the foreground should stay with the party that has generated it, but can be allocated to the different parties on the basis of a contractual agreement concluded in advance, adequately reflecting the parties’ respective interests, tasks and financial or other contributions to the project» (see Annex I to Recommendation on the management of intellectual property, paragraph 17).

In this case, «Research institutions and their staff are expected (and often obliged) to publish the results of research projects, even where the project in question is financed with private funds. It is therefore important that they explicitly reserve the right to publish whenever possible. In collaborative research, all contracting parties should be given the opportunity to comment on manuscripts, without having a controlling influence on the final version of a manuscript, the other contracting party should have a defined timeline (e.g. 30 days) in which to comment or decide whether potential inventions should be the subject of a patent (or other IP right) application» (see Voluntary guidelines for universities and other research institutions to improve their links with industry across Europe, para. 3.2.5).

8. — *Application of the collaborative agreements scheme to the LLs.*

LLs can be considered as a form of collaborative agreements in research and innovation activities provided by the EU documents.

However, the fact that the LLs can be qualified as collaborative agree-

ments does not imply the application of a general discipline which is not foreseen under the EU law.

Nevertheless, from the documents of the European Commission and from the praxis in fields such as the management of the EU Programmes (in particular in the case of General Model Grant Agreement and of the Consortium Agreements) it is possible to identify the solutions applicable also to the case of the agreements establishing a LLs.

As previously mentioned, such perspectives are only referred to in situations of pathology of the agreement, such as the breach or *force majeure* (as in the case of the Italian Civil Code) or in the case of the partial nullity of the contract.

The matter of pathology is kept in mind by the EU documents but with a larger approach than the more traditional one.

For example, according to the General Model Grant Agreement for the EU Programmes, the contract with the Commission and beneficiaries may be partially terminated with respect to one or more parties (see, in particular, Article 32 General Model Grant Agreement) on the ground of a relevant breach or by *force majeure*. In an analogous manner with the Italian Civil Code, the partial termination will not lead to the end of the Grant Agreement as a whole, but only if the participation of the defaulting parties can be considered as not essential in order to achieve the objectives of the agreement.

Other important aspects have to be considered that are not normally regulated by national legislatures. As a matter of fact, EU documents point out the need for collaborative agreements to establish rules concerning the governance within the consortium, intellectual and property rights, the decision-making process, allocation of resources, liability, the settlement of disputes, the signature process, and so on (see for example Article 7 of General Model Grant Agreement).

Due to the fact that the national legislations do not regulate directly many aspects of the collaborative agreements, agreements concerning LLs should be drawn-up taking into consideration the experience arising from the participation in the EU programmes, and in particular that concerning the con-

sortium agreements⁽⁸⁷⁾. For example, in order to point out that the parties are realising an effective collaboration, the relevant clauses shall specify what the research activity that the parties undertake to share consists of (where appropriate, also by reference to a specific technical annex), with express reference to the following aspects objectives of the collaborative research; detailed description of the work phases of the project, with the relevant deadlines for periodic and final deliveries, possibly reporting the timelines in a Gantt chart to aid the monitoring of the progress of the work; method of division of the project tasks between the parties; precise indication of the instrumental and human resources, including scientific managers, involved by the parties for the collaboration; list of the backgrounds of the parties useful for the collaborative research, as identified by the researchers and technicians of the parties who will actively, according to their respective roles, contribute to the project.

In addition, due to the fact that the LL establishes a long term collaboration, the parties will have the need to adapt the action technically and to take any other important decision that may arise from the evolution of the activity and the context. This also to comply with the Article 7 of the Model Grant Agreement requesting that the internal arrangements deal with the ‘internal organisation of the consortium’.

In the practice, the consortium agreement, as other collaborative agreement (e.g. joint ventures, network of enterprises, etc.) require that such decisions are taken by ‘bodies’ (which are called ‘committee’, ‘assembly’, ‘boards’), including representatives of beneficiaries or external experts. These bodies have decision-making power, or, especially if they are composed of experts, an advisory function in areas such as ownership of results or ethics.

The decisions taken by such bodies has the effect to integrate, implement or to change the contents of the agreements. The agreement specifies how these bodies are composed, who chairs them, and how decisions are taken.

⁽⁸⁷⁾ See also the template «DESCA» (Development of a Simplified Consortium Agreement, in www.desca-agreement.eu/desca-model-consortium-agreement/) elaborated by a European of universities and public centers of research.

In any case, the decisions can be taken by majorities which may vary depending on the subject.

Other example of topics to be regulated in the collaborative agreements in very specific manner is the eventual flow of money from a party to the other ones. Collaborative research agreements, as seen, does not provide for the payment of a fee, neither to the research organisation, which often uses third-party funding, nor to the private party. In the collaborative situation envisaged, the parties place themselves in an equal position of sharing the costs necessary to achieve the common research objectives. To this end, if the resources made available by the parties in kind for the joint execution of the project, as set forth in the technical annex, are equivalent, the contract may provide that each party bears its own costs. If, on the other hand, it is necessary to rebalance the financial plan of the collaboration, the contract may provide for the company to partially reimburse the expenses incurred in the execution of the project. Such reimbursements may also be deferred over time during the project phases or linked to the conclusion of certain intermediate project phases. Nonetheless, again in order to exclude any form of remuneration in favour of either party to the contract, it will be necessary to provide a precise and exhaustive account of the actual expenses incurred, accompanied by the appropriate supporting documents.

Among other issues subject the regulation of the collaborative agreements are the discipline of the results.

As to the allocation of rights over the results of the research, as stated above, the choice is left to the autonomy of the parties, who are therefore free to regulate this aspect as they see fit. Nonetheless, it has been observed in practice that, given the equal position of the parties, there is usually a linear division of the intellectual property rights inherent in the research project, recognising the individual contribution of the parties in the project and, at the same time, enhancing the collaboration as a means of establishing a lasting technology transfer relationship between the parties.

Other provisions have to be elaborated considering the features of the collaborative agreements and their differences with the contracts establishing the exchanges between the parties (such as the service contracts).

9. — *Conclusions.*

In conclusion, all the above explained legal aspect related to LLs need to be deeply studied for every new LL, as it needs the privacy issues related to the participation of the users in the process, due to the lack of legislation and the presence of few numbers of trans-national and international Living Laboratories.

LLs seem to require hybrid regulatory settings combining technologically advanced tools, smart designing schemes and legal requirements ensuring protection of both IPRs and privacy.

Based on the experience gained in the Livingagro project, it can be asserted that, among all the contractual and legal issues that emerged, including those related to privacy and intellectual property, there are no particular challenges that differ significantly from those encountered in other sectors requiring internal regulations between similar parties, with one exception. Accordingly, it is possible to affirm, generalising, that the legal challenges faced in terms of contracts, privacy, and intellectual property within the Living Labs are not substantially different from those encountered in other domains, emphasizing the need for appropriate regulations and agreements to facilitate smooth collaboration and protect the interests of all parties involved.

The referred exception pertains to the role of legal language and contracts themselves. Whenever the need arose to draft, share, and sign a formal document containing rights and obligations, such as a contract or privacy policy, issues surfaced that are already familiar to legal professionals collaborating with researchers and scientists but amplified in this context. In fact, the formality associated with legal documentation is often perceived by these ones as a burden and a constraint on scientific activities. In Living Labs, this problem is compounded by the inclusion of stakeholders, associations and final users who require a language that is more accessible and less technical than what is typically used in the drafting of legally effective documents.

Consequently, it can be observed that this question currently lacks a definitive answer, as it prompts the legal academic community to contemplate

how new technologies on one hand and new participatory tools on the other hand pose a challenge to legal professionals when drafting legal documents related to participatory instruments such as Living Labs. The main question is to decide whether to maintain an overly formal and cryptic language or to embrace a more inclusive approach that facilitates better understanding for the specific participants involved in the Living Labs. This would enable a clearer definition of the legal aspects that arise and require internal agreement among the participants.

By adopting such an approach, the participation of a greater number of interested parties would be encouraged, effectively promoting the openness advocated by the Lisbon Strategy. However, further deliberation and collaboration within the legal community are necessary to address this complex issue and strike an appropriate balance between legal precision and participant comprehension in the context of Living Labs.

KOSTANZA TOMAINO^(*)

TRATTAMENTO DATI PERSONALI E RICERCA SCIENTIFICA

ABSTRACT: The processing of personal data for scientific research purposes, especially in the biomedical field, represents the maximum expression of freedom of research. Currently, in fact, the diagnosis and treatment of most diseases is entrusted to precision medicine, which uses particular categories of data relating to the most intimate sphere of the person to arrive at therapies tailored to the individual to whom the data refers. However, there is no doubt that this has repercussions on the full exercise of fundamental rights and freedoms. The present work aims at highlighting the tools through which the legislator reconciles the general interest in scientific and technological progress with the right to protection of personal data through interaction with other fundamental human rights and freedoms.

SOMMARIO: 1. Quadro generale. – 2. Categorie di dati personali più rilevanti nella ricerca scientifica. – 3. Liceità del trattamento. – 4. Modalità di trattamento. – 5. Il consenso e le deroghe in ambito di ricerca scientifica. – 6. Durata del trattamento, conservazione, ed utilizzi successivi.

1. — *Quadro generale.*

Il trattamento dei dati personali è divenuto uno strumento indispensabile per l'applicazione delle nuove tecnologie alla vita dell'uomo, tanto che soprattutto nella ricerca scientifica le più recenti conoscenze derivano proprio dalla grande quantità di informazioni personali che la comunità dei ricercatori ha a disposizione. In particolare, ciò risulta con maggior evidenza in ambito biomedico in cui negli ultimi anni, ed in particolare in seguito alla mappatura dell'intero genoma umano⁽¹⁾, si è assistito alla diffusione della c.d.

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Tale importante risultato è opera dello *Human Genome Project*, il più grande progetto di ricerca scientifica internazionale in campo biomedico che ha avuto impulso all'inizio degli anni '90 negli Stati Uniti ma che ha coinvolto enti sia pubblici che privati di altri paesi quali il Canada, la Gran Bretagna e la Nuova Zelanda. Il suo scopo principale è stato quello

medicina personalizzata che sfruttando la conoscenza delle categorie particolari di dati afferenti alla sfera più intima della persona, e nella specie quelli genetici e quelli relativi alla salute del paziente, consente oggi di addivenire a diagnosi predittive ovvero alla cura e al trattamento più efficace di un gran numero di malattie.

Tuttavia, la rapida evoluzione tecnologica che coinvolge il trattamento dei dati personali sebbene rappresenti la massima espressione della libertà fondamentale di ricerca, costituzionalmente garantita dagli artt. 9 e 33 della Cost., è indubbio che incida sul pieno esercizio di altri diritti e libertà fondamentali. Ciò deriva dalla circostanza che i dati personali utilizzati in ambito di ricerca scientifica possono rivelare una moltitudine di informazioni anche riferite a soggetti diversi da quelli a cui i dati appartengono, la cui conoscenza rischia di influenzare in modo significativo l'individuo nella sua libertà di autodeterminarsi e nelle sue scelte relazionali, oltre a poter dar luogo a nuove forme di discriminazione nei confronti di soggetti considerati potenzialmente più deboli per ragioni legate alla propria razza, etnia ovvero all'appartenenza ad un determinato sesso piuttosto che all'altro. Si pensi fra tutti alle informazioni circa la paternità, l'ereditarietà o la predisposizione a sviluppare determinate patologie di cui magari non esistono neppure cure risolutive⁽²⁾.

È per questo motivo che il trattamento dei dati personali per finalità di ricerca scientifica richiede maggiori cautele che consentano di bilanciare il diritto alla protezione dei dati personali con altri diritti di pari rango costituzionale. In tale contesto emerge la funzione sociale del trattamento dei dati di carattere personale che, nel rispetto del principio di proporzionalità,

di determinare la sequenza dei geni della specie umana e la loro posizione sui vari cromosomi. A seguito di tale progetto anche in Europa si è assistito all'implementazione di indagini sul genoma umano per finalità di medicina predittiva, dove tra la fine del 1989 e la metà del 1990 sono stati avviati i primi sequenziamenti sul patrimonio genetico umano, non senza dubbi di carattere etico legati alla gestione dei risultati di tali sperimentazioni.

⁽²⁾ In detti termini si v. il caso delle forme di discriminazione in ambito lavorativo ed assicurativo subite nel corso degli anni settanta dalla popolazione afroamericana perché portatrice del gene dell'anemia falciforme, in M. PAGNATTARO, *Genetic Discrimination and the Workplace: Employee's Right to Know*, in *American Business Law Journal*, 39 (1), 2001, p. 147.

«va contemperato con altri diritti fondamentali»⁽³⁾. In altri termini, il diritto alla protezione dei dati personali, quale diritto inviolabile dell'uomo in cui si realizza la sua personalità mediante l'esercizio del «potere di controllo sulla circolazione delle proprie informazioni personali»⁽⁴⁾, deve essere bilanciato con altri diritti e libertà fondamentali della persona, in particolare con la tutela della dignità umana, il diritto alla salute e la libertà di autodeterminazione del singolo individuo.

Per rispondere a tale esigenza, tra le novità introdotte dal reg. UE 2016/679 del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (di seguito, GDPR) vi sono disposizioni specifiche che il legislatore europeo ha riservato al trattamento dei dati personali per finalità di ricerca scientifica. Infatti, soprattutto nelle indagini scientifiche che coinvolgono categorie particolari di dati sussistono problematiche inerenti al rischio di una condivisione incontrollata anche con soggetti terzi non autorizzati al trattamento, a cui si è cercato di porre rimedio mediante la previsione di particolari deroghe alla disciplina generale, atte a conciliare la tutela del diritto alla protezione dei dati personali con l'interesse generale al progresso scientifico che ha come finalità primaria il benessere della collettività, e che allo stesso tempo, individuano i limiti entro i quali ammettere una sorta di compromissione del primo in favore del secondo⁽⁵⁾. Limiti che trovano la propria consacrazione in fonti di diritto internazionale, eurounitarie, oltre che nella nostra Carta costituzionale. Così ad esempio, la Dichiarazione di Helsinki del 1964, sebbene riconosca tra i principi generali il ruolo primario della ricerca biomedica che coinvolge gli esseri umani quale fonte di nuove

⁽³⁾ Cfr. Cons. n. 4.

⁽⁴⁾ S. RODOTÀ, *Intervista su privacy e libertà*, a cura di P. Conti, Roma-Bari, 2005, p. 58.

⁽⁵⁾ *Ex multis*, L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 1, p. 134 ss; R. CIPPITANI, *Finalità di ricerca scientifica ed eccezioni alla disciplina della protezione dei dati personali*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2019, 62 (1-2), p. 163; G. FONTANA, *La libertà della scienza e i suoi limiti. Poteri pubblici e ricerca scientifica*, Sub art. 33 Cost., in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 680; F. DI CIOMMO, *La privacy sanitaria*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, 2^a ed., Milano, 2003, p. 239.

conoscenze, statuisce che queste non possono mai prevalere sui diritti e gli interessi dei singoli soggetti coinvolti nella ricerca, di cui è necessario salvaguardare la vita, la salute, la dignità, l'integrità, il diritto all'autodeterminazione, la privacy e la riservatezza delle informazioni personali (Par. 8)⁽⁶⁾. Parimenti, la Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani, adottata dall'UNESCO nel 1997, pone la libertà di ricerca quale prerogativa funzionale al progresso della conoscenza, a cui tutti devono avere accesso «nel rispetto della propria dignità e dei propri diritti» (art. 12). Ed ancora tutte le fonti eurounitarie, dalla strategia di Lisbona del 2000 all'attuale strategia europea per l'assistenza⁽⁷⁾, considerano la libertà di ricerca sancita dall'art. 13 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, uno degli obiettivi primari di integrazione europea.

Del resto, è lo stesso GDPR che nel Cons. 159 valorizza il ruolo primario del trattamento dei dati personali per finalità di ricerca scientifica optando per un'interpretazione «in senso lato» della stessa, che tenga conto «dell'obiettivo dell'Unione di istituire uno spazio europeo della ricerca ai sensi dell'articolo 179, paragrafo 1, TFUE», nel quale i ricercatori, le conoscenze scientifiche e le tecnologie circolino liberamente rafforzando le sue basi scientifiche e tecnologiche⁽⁸⁾. Sul punto, merita di essere osservato che il Regolamento non offre una definizione unitaria di ricerca o ricerca scientifica⁽⁹⁾. In essa vengono ricompresi: sviluppo tecnologico e dimostrazione, ricerca fondamentale, ricerca applicata e ricerca finanziata da privati nonché gli studi svolti nell'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica (Cons. 159).

⁽⁶⁾ In dottrina sul trattamento dei dati genetici quale bene collettivo funzionale alla libertà di ricerca si veda: L. MARILOTTI, *I dati genetici tra dimensione individuale e collettiva*, in *Bio-Law Journal. Rivista di BioDiritto*, 2021, 1, p. 178.

⁽⁷⁾ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sulla strategia europea per l'assistenza*, COM(2022) 440 final, Bruxelles, 7 settembre 2022.

⁽⁸⁾ Per una disamina completa sull'istituzione dello Spazio Europeo della ricerca si rimanda a R. CIPPITANI, *El Derecho en la Sociedad del Conocimiento*, Roma-Perugia, 2012, p. 1 ss.

⁽⁹⁾ L'assenza di una specifica nozione di ricerca scientifica è stata rilevata di recente dall'EDPB, *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research*, 6 gennaio 2020, consultabile in edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/20-01-06_opinion_research_en.pdf.

In ogni caso, a prescindere dalla nozione più o meno ampia di ricerca scientifica, da quanto sin qui argomentato è evidente che il diritto alla protezione dei dati personali e la libertà di ricerca richiedono un'interpretazione armonica che non consideri gli stessi in antitesi ma che al contrario tenga conto della necessità sia di favorire la ricerca scientifica, e con essa l'esigenza dei ricercatori di trattare anche categorie particolari di dati personali, sia di salvaguardare i diritti degli interessati, in modo da garantire che ogni forma di intervento sull'identità dell'uomo sia volto al benessere della collettività. Come osservato in dottrina, un simile approccio risulta «più compatibile con la nozione di solidarietà sociale, senza tuttavia arrivare all'estremo di ammettere l'utilizzo automatico a scopi scientifici di materiale genetico e dati personali raccolti per altri fini»⁽¹⁰⁾.

Proprio in considerazione di tutti i possibili risvolti a cui può dar luogo il trattamento dei dati personali per finalità di ricerca e delle informazioni che dagli stessi si ricavano, nonché delle numerose criticità che presenta la tutela dei diritti degli interessati, oltre delle specifiche condizioni di liceità per la finalità di ricerca, il Regolamento richiede mezzi adeguati di conservazione e raccolta, in modo che sia sempre garantito il rispetto del principio di proporzionalità e un uso non distorto delle informazioni ottenute, per finalità estranee alla ricerca.

2. — *Categorie di dati personali più rilevanti nella ricerca scientifica.*

Come anticipato in premessa, oltre ai dati personali di carattere generale, il trattamento per finalità di ricerca scientifica si riferisce spesso alle categorie particolari di dati personali di cui all'art. 9 GDPR, in cui rientrano i dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale,

⁽¹⁰⁾ E. STEFANINI, *I dati genetici e i diritti fondamentali: Profili di Diritto Comparato ed Europeo*, Padova, 2008, p. 114.

nonché i dati relativi alla salute, alla vita ed all'orientamento sessuale, i dati biometrici intesi ad identificare in modo univoco una persona (dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici, come definiti dall'art. 4, n. 14) e i dati genetici, dei quali, salvo il verificarsi delle ipotesi di cui al 2° comma della medesima norma (di cui si tratterà nel prosieguo), è vietato il trattamento.

Anche in relazione a tali categorie particolari di dati personali, l'art. 104 del Codice Privacy così come novellato a seguito dell'adeguamento al GDPR, limita l'ambito applicativo delle disposizioni relative al trattamento dei dati per finalità di ricerca scientifica ai dati identificativi in relazione ai quali «si tiene conto dell'insieme dei mezzi che possono essere ragionevolmente utilizzati dal titolare o da altri per identificare l'interessato, anche in base alle conoscenze acquisite in relazione al progresso tecnico». Va da sé, dunque, che nell'ipotesi in cui la ricerca scientifica venga condotta con dati anonimi, ossia mediante «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», non troveranno applicazione le disposizioni del GDPR (Cons. 26), e pertanto l'indagine scientifica potrà proseguire anche in assenza delle condizioni di liceità e delle misure di garanzia dallo stesso previste.

Tuttavia, con specifico riferimento alla ricerca scientifica in ambito biomedico, proprio in ragione delle caratteristiche intrinseche delle particolari categorie di dati su cui si basa il trattamento, non è sempre di facile soluzione determinare quanto un dato personale possa considerarsi propriamente anonimo. Ci si riferisce in particolare ai dati relativi alla salute e ai dati genetici. I primi sono definiti quali dati personali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute (art. 4, n. 15). Tale definizione abbraccia una nozione ampia di salute che tende a ricomprendere non solo l'assenza di patologie, ma più in generale

il complessivo stato di benessere fisico e psicofisico⁽¹¹⁾. In essi rientrano «tutti i dati riguardanti lo stato di salute dell'interessato che rivelino informazioni connesse allo stato di salute fisica o mentale passata, presente o futura dello stesso; informazioni sulla persona fisica raccolte nel corso della sua registrazione al fine di ricevere servizi di assistenza sanitaria o della relativa prestazione di assistenza sanitaria transfrontaliera; un numero, un simbolo o un elemento specifico attribuito a una persona fisica per identificarla in modo univoco a fini sanitari; le informazioni risultanti da esami e controlli effettuati su una parte del corpo o una sostanza organica, compresi i dati genetici e i campioni biologici; e qualsiasi informazione riguardante, ad esempio, una malattia, una disabilità, il rischio di malattie, l'anamnesi medica, i trattamenti clinici o lo stato fisiologico o biomedico dell'interessato, indipendentemente dalla fonte, quale, ad esempio, un medico o altro operatore sanitario, un ospedale, un dispositivo medico o un test diagnostico in vitro»⁽¹²⁾.

Per dati genetici, invece, si intendono 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 (art. 4, n. 13).

Quella offerta dal GDPR rappresenta la prima nozione di dati genetici di carattere normativo ad efficacia vincolante. Prima di essa, nei vari ordinamenti dottrina e giurisprudenza hanno sempre considerato i dati genetici,

⁽¹¹⁾ Così G. FARES, *I dati relativi alla salute e i trattamenti in ambito sanitario*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017, p. 442.

⁽¹²⁾ Cons. 35. Per la nozione di «sanità pubblica» il Cons. 54 rimanda al regolamento (CE) n. 1338/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle statistiche comunitarie in materia di sanità pubblica e di salute e sicurezza sul luogo di lavoro, G.U. 354 del 31 dicembre 2008, che ricomprende tutti gli elementi relativi alla salute, ossia lo stato di salute, morbilità e disabilità incluse, i determinanti aventi un effetto su tale stato di salute, le necessità in materia di assistenza sanitaria, le risorse destinate all'assistenza sanitaria, la prestazione di assistenza sanitaria e l'accesso universale ad essa, la spesa sanitaria e il relativo finanziamento e le cause di mortalità.

pur con le loro specificità, alla stregua di dati relativi alla salute che nella vecchia Direttiva venivano indicati quali dati sensibili, rimandando per la loro definizione all'art. 1 della raccomandazione n. 5 (97) del Consiglio d'Europa relativa alla protezione dei dati sanitari a mente della quale «l'espressione dati genetici si riferisce a tutti i dati, di qualunque tipo, che riguardano i caratteri ereditari di un individuo o che sono in rapporto con quei caratteri che formano il patrimonio di un gruppo di individui affini. Essa si riferisce egualmente a tutti i dati di base circa lo scambio di tutte le informazioni genetiche (geni) che riguardano un individuo o una linea genetica, in rapporto con gli aspetti, di qualsiasi tipo, della salute o di una malattia, che possano costituire o meno un carattere identificabile. La linea genetica è costituita di similitudini genetiche risultanti da una procreazione e condivisi da due o più individui». Anche la prima autorizzazione generale del Garante del 22 febbraio 2007, a cui l'art. 90 del vecchio Codice Privacy rinviava per la regolamentazione del trattamento dei dati genetici, riprendeva alla lettera la definizione della Raccomandazione del Consiglio d'Europa. Al contrario, con il GDPR si è adottata un'interpretazione estensiva di dati genetici, non limitata alle informazioni circa lo stato di salute della persona a cui essi si riferiscono, ma estesa al contenuto di tutte le tipologie di informazioni che è possibile desumere dagli stessi, siano esse caratteristiche del singolo individuo, alla sua storia familiare o ai rapporti di ereditarietà. Il Cons. 34, infatti, prende in considerazione i risultati derivanti dall'analisi tanto dei cromosomi, quanto del DNA che del RNA.

Sebbene al pari dei dati relativi alla salute richiedano una tutela giuridica rafforzata⁽¹³⁾, i dati genetici hanno caratteristiche proprie che li distinguono dai qualsiasi altro dato personale. Nella specie, essi sono immutabili, identificando l'individuo per tutto l'arco della sua esistenza, potenzialmente predittivi, in quanto consentono di conoscere informazioni relative allo stato di salute futura dell'interessato, ed inoltre non appartengono unicamente

⁽¹³⁾ Cass., Sez. un., 27 dicembre 2017, n. 30981, in *Foro it.*, 2018, c. 2147; con nota di E. C. PALLONE, *Le Sezioni Unite sul contrasto giurisprudenziale sorto in tema di trattamento di dati personali e sensibili*, Cass., 13 settembre 2013, n. 21014, in *Foro it.*, 2013, c. 3173. con nota di G. CASABURI.

all'interessato, ma sono comuni tra questi ed il suo gruppo biologico, formato dagli appartenenti alla stessa linea genetica⁽¹⁴⁾.

In relazione all'attività di ricerca scientifica condotta mediante il trattamento di queste categorie particolari di dati personali, prima ancora delle novità introdotte dal GDPR, in dottrina è stata da tempo elaborata una distinzione sui vari gradi di identificabilità del soggetto interessato, basata sulla natura del campione biologico utilizzato⁽¹⁵⁾. In particolare, quando la ricerca scientifica è condotta su campioni biologici che, al momento del prelievo vengono identificati per mezzo di un codice, anziché con identificazioni direttamente identificative del paziente, si è in presenza di dati pseudonimizzati. Invece, nel caso di campione biologico in cui è possibile risalire al soggetto al quale lo stesso si riferisce, sia tramite un codice che direttamente tramite dati anagrafici, la ricerca scientifica è svolta mediante il trattamento di campioni identificabili. Soltanto nell'ipotesi in cui al momento del prelievo del campione biologico non vengano raccolti i dati personali dell'interessato, e allo stesso tempo si attribuisca ad esso un codice non ricollegabile in modo irreversibile alla persona a cui esso si riferisce, si può parlare di dati anonimi, con la diretta conseguenza che saremo fuori dalla portata applicativa del GDPR, e tali categorie particolari di dati personali potranno essere oggetto di trattamento, oltre che nell'ambito della ricerca scientifica, anche per finalità diverse da quella per la quale sono stati inizialmente raccolti. Tuttavia, per quanto astrattamente ipotizzabile, è necessario precisare che assai raramente tale ultima circostanza si verifica, in concreto. Infatti, la ricerca scientifica è condotta sulla base di progetti di

⁽¹⁴⁾ La nascita di un nuovo gruppo sociale giuridicamente rilevante è stata affermata per la prima volta da WP29, *Documento di lavoro sui dati genetici*, Bruxelles, WP91, 17 marzo 2004, p. 9; sulla natura condivisa dei dati genetici M.J. TAYLOR, *Data Protection, Shared (Genetic) Data and Genetic Discrimination*, in *Medical Law International*, 2006, 8, p. 51; S. RODOTÀ, *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 184; E. STEFANINI, *Dati Genetici e Diritti Fondamentali: Profili di Diritto Comparato ed Europeo*, cit., p. 4.

⁽¹⁵⁾ F. DE LORENZO, R. DE MIRO D'AJETA, E. IANNELLI, A. VECCHIONE, B. DANIELE, F. CIMMINO, M. PIEROTTI, M.G. DAIDONE, R. SATOLLI, P. CASALI, *Linee guida nell'uso dei campioni biologici ai fini di ricerca scientifica*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum Biodiritto 2009: i dati genetici nel biodiritto*, Padova, 2009, p. 306.

ricerca, che nella maggior parte dei casi, soprattutto se inerenti dati personali relativi alla salute ovvero dati genetici, necessitano di un continuo studio prospettico e osservazionale dei risultati, che non può essere limitato all'istantaneità di un'unica fase di trattamento.

3. — *Liceità del trattamento.*

Il secondo paragrafo dell'art. 9 GDPR detta le eccezioni al generale divieto di trattamento dei dati personali di carattere particolare, prevedendo specifiche condizioni al verificarsi delle quali lo stesso si considera lecito anche se ha ad oggetto dati non anonimi. Nella specie, il trattamento dei dati personali di carattere particolare è ammesso nella misura in cui, nel rispetto dei principi generali di cui all'art. 5: *a)* l'interessato abbia prestato il proprio consenso esplicito per una o più finalità specifiche, a meno che il diritto dell'Unione o degli Stati membri preveda che l'interessato non possa derogare al divieto del trattamento neppure mediante il suo consenso; il trattamento è necessario; *b)* per l'adempimento di obblighi o l'esercizio di diritti del titolare o dell'interessato in ambito lavorativo, di sicurezza sui luoghi di lavoro e di previdenza, sempre che lo stesso sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo sulla base della disciplina nazionale di ciascuno stato membro, e che in ogni caso vengano garantite misure appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; *c)* per la tutela di un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica nell'ipotesi in cui l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso; *d)* quando il trattamento è effettuato da parte di una fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro che persegua finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali nell'abito delle proprie finalità e con adeguate garanzie, purché lo stesso riguardi unicamente membri, ex membri o persone che hanno regolari contatti con le stesse e sempre che i dati personali non siano comunicati all'esterno senza il loro consenso; *e)* nell'ipotesi in cui sia lo stesso interessato ad aver reso pubblici i propri dati personali; *f)* in sede giudiziaria ovvero ogniqualvolta le autorità

giurisdizionali esercitino le loro funzioni, per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto; *g*) per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri⁽¹⁶⁾, sempre che, nel rispetto del diritto alla protezione dei dati e nella previsione di appropriati e specifici strumenti per la tutela dei diritti fondamentali e degli interessi dell'interessato, lo stesso sia proporzionato alla finalità perseguita; *h*) per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità, sempre che i dati personali siano trattati da o sotto la responsabilità di un professionista soggetto al segreto professionale ovvero da altra persona anch'essa soggetta all'obbligo di segretezza sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri ovvero stabilito da altri organismi nazionali competente; *i*) per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, come la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, purché l'interesse pubblico sia previsto dal diritto dell'Unione o degli Stati membri e preveda misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, con specifico riferimento al segreto professionale; *j*) per finalità di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità alle garanzie e regole previste dall'art. 89, par. 1 del GDPR per tale specifico trattamento, e anche in questa ipotesi sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, e sempre che il trattamento sia proporzionato alla finalità perseguita e garantisca l'essenza del diritto alla protezione dei dati e preveda misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato.

⁽¹⁶⁾ Per la nozione di interesse pubblico rilevante si v. art. 2-*sexies* del Codice Privacy, così come modificato dall'art. 9 del d.l. 8 ottobre 2021, n. 139, convertito, con modificazioni, dalla l. 3 dicembre 2021, n. 205, recante *Disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali*, in G.U. 7 dicembre 2021, n. 7.

Inoltre, nell'esercizio della facoltà riconosciuta agli Stati membri dal par. 4 dell'art. 9, l'art. 2-*septies* Codice Privacy stabilisce ulteriori specifiche condizioni di liceità per il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute. Esse attengono a misure di garanzia che l'Autorità Garante dovrebbe disporre con un provvedimento generale adottato con cadenza biennale, tenuto conto delle linee guida, delle raccomandazioni e delle migliori prassi in materia di trattamento dei dati personali, con particolare riguardo a quelle adottate dal Comitato europeo per la protezione dei dati, dell'evoluzione scientifica e tecnologica, nonché dell'interesse alla libera circolazione dei dati personali nel territorio dell'Unione. Quanto alle misure di garanzia relative al trattamento dei dati genetici e dei dati relativi alla salute, è previsto che le stesse siano adottate sentito il Ministro della salute, che a sua volta acquisisce preventivamente il parere del Consiglio superiore di sanità. Ed ancora, limitatamente ai soli dati genetici, le misure di garanzia adottate dall'Autorità possono prevedere in caso di rischio elevato nel trattamento il consenso «come ulteriore misura di protezione dei diritti dell'interessato».

Attualmente, sebbene tale provvedimento generale non sia stato ancora adottato, ai sensi dell'art. 21, 4° comma del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, sino all'adozione dello stesso producono effetti per la corrispondente categoria di dati e di trattamenti le autorizzazioni generali dell'Autorità, nonché le prescrizioni contenute nel provvedimento di carattere generale adottato lo scorso 5 giugno 2019 recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati⁽¹⁷⁾.

Il trattamento dei dati personali è subordinato anche alle regole previste dal reg. UE 2018/1725, ove applicabile, relativo alla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati, che per quanto qui di interesse, in ambito di ricerca scientifica, replica in buona parte le disposizioni del GDPR.

Con specifico riferimento alla ricerca scientifica in ambito biomedico, rispetto alle condizioni di liceità sin qui esaminate, deve inoltre farsi riferi-

⁽¹⁷⁾ Gpdp, reg. provv. n. 146, in G.U. 29 luglio 2019, n. 176, *doc. web* n. 9124510.

mento ad una serie di principi etici di diritto internazionale e sovranazionale, che riconoscono centralità al rispetto della dignità dell'essere umano, condizionando le applicazioni della scienza all'esclusivo benessere dell'uomo. Tra questi, *in primis* non può che farsi riferimento ai principi statuiti dalla Convenzione di Oviedo relativa alla protezione dei diritti dell'uomo e alla biomedicina ed ai suoi successivi protocolli addizionali, che nel vietare ogni forma di discriminazione legata al patrimonio genetico (art. 11), limita l'accesso ai test genetici predittivi e alle analisi che «permettano sia di identificare il soggetto come portatore di un gene responsabile di una malattia sia di rivelare una predisposizione o una suscettibilità genetica a una malattia» alle sole finalità mediche o di ricerca medica e sotto riserva di un'appropriata consulenza genetica (art. 12). O ancora, si faccia riferimento al divieto di elaborazione automatica dei dati particolari o sensibili e la determinazione delle relative modalità per gli altri dati personali, stabiliti nella Convenzione 108 di Strasburgo (artt. 5 e 6). Partimenti, la liceità del trattamento di dati personali per finalità di ricerca scientifica è condizionata al rispetto dei diritti fondamentali enunciati nella Carta di Nizza, ed in particolar modo al diritto all'integrità fisica nell'ambito della medicina e della biologia (art. 3), ed al divieto di discriminazione fondato, tra le altre, sulle caratteristiche genetiche dell'individuo (art. 21).

Da ultimo, nella disamina delle condizioni di liceità bisogna tener presente le disposizioni contenute nelle fonti di *soft law* che, seppur prive di carattere vincolante, orientano gli operatori del settore nell'attività di trattamento per finalità di ricerca biomedica. Il richiamo non può che essere ai principi etici della già richiamata Dichiarazione di Helsinki che rappresenta il caposaldo dell'etica moderna nella ricerca che coinvolge l'uomo, le regole deontologiche emanate dall'Autorità Garante ai sensi dell'art. 2-*quater* del Codice, nonché le Dichiarazioni Unesco sul genoma umano (1997), dati genetici (2003), e bioetica (2005) e le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa relative ai test genetici ed allo screening genetico per scopi di natura sanitaria (R(92)3), alla protezione dei dati sanitari (R(97)5) e alla raccomandazione agli Stati Membri circa la ricerca su materiale biologico di origine umana (R(2016)6).

4. — *Modalità di trattamento.*

Ai sensi dell'art. 89, par. 1 GDPR il trattamento ai fini di ricerca scientifica è soggetto a garanzie adeguate «per i diritti e le libertà dell'interessato» che assicurino la predisposizione di «tecniche e organizzative, in particolare al fine di garantire il rispetto del principio della minimizzazione dei dati» che possono includere la pseudonimizzazione nella misura in cui la stessa consenta di perseguire la finalità di ricerca.

Per la determinazione delle stesse, in virtù dell'esplicito rinvio operato dall'art. 2-*septies* del Codice, bisogna far riferimento alle prescrizioni relative al trattamento dei dati personali effettuato per scopi di ricerca scientifica di cui all'allegato 5 del già menzionato provvedimento dell'Autorità Garante, recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, nonché con specifico riferimento al trattamento dei dati genetici al relativo allegato 4, che sostanzialmente ricalcano il contenuto delle autorizzazioni generali nn. 8/2016 e 9/2016 attualmente ancora in vigore. L'ambito di applicazione delle prescrizioni concerne il trattamento effettuato da: *a)* Università e altri centri o istituti di ricerca o società scientifiche, inclusi i ricercatori che svolgono la propria attività all'interno delle stesse; *b)* coloro che esercitano professioni sanitarie e gli organismi sanitari; nonché *c)* persone fisiche o giuridiche, enti, associazioni e organismi privati, nonché soggetti specificatamente preposti al trattamento quali incaricati del trattamento o responsabili, come ricercatori, commissioni di esperti, organizzazioni di ricerca a contratto, laboratori di analisi (5.1). Inoltre, sono individuate le tipologie di ricerca medica, biomedica ed epidemiologica a cui le prescrizioni si riferiscono, e nella specie: «studi effettuati con dati raccolti in precedenza a fini di cura della salute o per l'esecuzione di precedenti progetti di ricerca ovvero ricavati da campioni biologici prelevati in precedenza per finalità di tutela della salute o per l'esecuzione di precedenti progetti di ricerca» ovvero «studi effettuati con dati riferiti a persone che, in ragione della gravità del loro stato clinico, non sono in grado di comprendere le indicazioni rese nell'informativa e di prestare validamente il consenso» (5.2). Solo con riferimento alla ricerca

scientifica effettuata sui dati genetici ed i campioni biologici, è necessario, inoltre, che la stessa sia volta a tutelare «la salute dell'interessato, di terzi o della collettività in campo medico, biomedico ed epidemiologico, anche nell'ambito della sperimentazione clinica o ricerca scientifica volta a sviluppare le tecniche di analisi genetica» (4.11).

In entrambi i casi, la ricerca deve fondarsi su uno specifico progetto che abbia ottenuto un motivato parere favorevole del competente comitato etico a livello territoriale. Inoltre, per i dati genetici il progetto deve documentare «idonei ed effettivi scopi scientifici», ed oltre ad essere conservato in forma riservata per cinque anni dalla conclusione della ricerca, deve contenere la specificazione delle misure adottate per la tutela dei diritti dell'interessati e per la custodia e la sicurezza dei dati e dei campioni biologici, indicando la natura e le modalità di prelievo e di conservazione dei campioni, nonché le misure adottate per garantire la volontarietà del conferimento del materiale biologico da parte dell'interessato. Sempre con riferimento ai dati genetici, e a differenza delle altre categorie di dati personali, l'informativa fornita all'interessato deve contenere sia le misure adottate per limitare l'identificazione per lo stretto tempo necessario finalizzato alla raccolta ed al successivo trattamento, sia le modalità di esercizio del diritto di accesso alle informazioni contenute nel progetto di ricerca, nell'ipotesi in cui gli interessati ne facciano apposita richiesta (4.11.1).

Per quanto riguarda la modalità di trattamento ai fini di ricerca scientifica, quando i risultati della ricerca possono essere raggiunti solo mediante l'identificazione dell'interessato, nel trattamento successivo alla raccolta retrospettiva si deve fare ricorso a «tecniche di cifratura o di pseudonimizzazione oppure altre soluzioni che, considerato il volume dei dati trattati, la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, li rendono non direttamente riconducibili agli interessati, permettendo di identificare questi ultimi solo in caso di necessità» (5.4) e, nel caso di dati genetici, salvo che ciò risulti impossibile per il particolare tipo di trattamento o richieda un impiego di mezzi sproporzionato, il titolare del trattamento deve prevedere, già al momento della raccolta, misure che garantiscano la separazione tra i dati identificativi ed i campioni biologici ovvero informazioni genetiche (4.11).

Inoltre, ai sensi dell'art. 105 del Codice Privacy, è vietato utilizzare i dati personali trattati per fini di ricerca scientifica per prendere decisioni o provvedimenti relativamente all'interessato né per trattamenti di dati per scopi di altra natura. La medesima norma statuisce che all'interno dell'informativa resa all'interessato ai sensi degli artt. 13 e 14 GDPR devono essere specificati in modo chiaro e determinato i fini di ricerca perseguiti, anche in relazione alle regole deontologiche adottate dall'Autorità. In particolare, in virtù di tali regole deontologiche, tra i presupposti del trattamento il progetto di ricerca deve contenere *a)* le misure adottate per garantire il rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali; *b)* l'eventuale presenza di un responsabile del trattamento; *c)* una dichiarazione di impegno ad attenersi alle medesime regole deontologiche, sottoscritta da tutti i soggetti coinvolti nella ricerca, quali ricercatori, responsabili e persone autorizzate al trattamento (art. 3, co. 2). Nell'ambito della ricerca medica, biomedica ed epidemiologica, è disposto che gli interessati siano informati in modo tale da distinguere le attività di ricerca da quelle proprie di tutela della salute (art. 8, co. 3), e che nel manifestare il consenso i medesimi rendano una dichiarazione relativa alla volontà di conoscere o meno i risultati della ricerca, anche nelle ipotesi in cui tali risultati rappresentassero notizie inattese (c.d. *incidental findings*) (art. 8, 4° comma), che con specifico riferimento ai dati genetici possono rappresentare un beneficio diretto al livello terapeutico, di prevenzione o di scelta riproduttiva consapevole.

5. — *Il consenso e le deroghe in ambito di ricerca scientifica.*

Dall'analisi sin qui condotta, risulta evidente che il consenso esplicito dell'interessato al trattamento dei propri dati personali per finalità di ricerca scientifica rappresenta solo una delle basi giuridiche in virtù della quale lo stesso è ammesso, potendo la ricerca trovare legittimazione, sia per i dati personali di carattere generale che per quelli di carattere particolare, sul diritto dell'Unione o su una legge nazionale, come avviene nel nostro ordinamento per le sperimentazioni cliniche sui medicinali, ovvero sull'interesse pubblico

al progresso scientifico, condizioni richiamate rispettivamente dagli artt. 6, par. 1, lett. *e*) e *f*) e 9, par. 2, lett. *i*) e *j*).

Ciò nonostante, è indubbio che la manifestazione di volontà dell'individuo svolga una funzione primaria nel legittimare l'utilizzo dei dati personali nella ricerca scientifica. E ciò è tanto più evidente, se si considera che nella maggior parte dei casi la ricerca biomedica prevede un intervento medico sull'uomo, per cui il consenso informato al trattamento dei dati personali tende ad essere affiancato, ma non va confuso, con il distinto istituto del consenso informato al trattamento sanitario. Invero, per tali specifici progetti di ricerca entrambe le tipologie di consenso risultano indispensabili sebbene svolgano funzioni differenti: il primo assicura all'interessato il controllo sull'utilizzo dei propri dati personali; il secondo legittima l'intervento medico sull'uomo, garantendo il diritto di autodeterminarsi. Contribuisce alla loro sovrapposizione il fatto che entrambi trovino la propria consacrazione nelle medesime fonti normative di diritto internazionale ed eurounitario (art. 3 Carta di Nizza, Conv. di Oviedo, etc.) che regolano le applicazioni della biomedicina sull'uomo, e per questo siano stati recepiti in tutti gli ordinamenti occidentali quali principi cardini espressione della più generale libertà personale. La più volte richiamata Convenzione di Oviedo, infatti, nel riconoscere il ruolo fondamentale del consenso dell'interessato stabilisce che «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato» (art. 5, 1° comma) condizionando la ricerca scientifica alla circostanza che la persona sia «informata dei suoi diritti e delle garanzie previste dalla legge per la sua tutela» (art. 16, n. IV).

Tuttavia, al fine di assicurare che l'individuo sia consapevole del tipo di attività a cui sta manifestando la propria volontà di adesione, benché nell'ambito della ricerca scientifica possano coesistere, è bene che le due tipologie di consenso sia tenute distinte⁽¹⁸⁾. A ben vedere, infatti, ad essere

⁽¹⁸⁾ Sulla necessità di tenere separate le due forme di consenso dell'interessato, EDPB, *Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, 4 maggio 2020, p. 33.

diverse non sono solo le loro funzioni, ma anche le norme che ne regolano la loro validità⁽¹⁹⁾.

Al riguardo, si rende doveroso specificare che la validità ed efficacia del consenso dell'interessato al trattamento dei propri dati nell'ambito di un programma di ricerca è subordinata al rispetto di determinati requisiti, desumibili dalla sua stessa definizione normativa (art. 4, n. 11 GDPR). In particolare, il consenso deve essere libero, nel senso che l'interessato deve poter esprimere la propria scelta senza il condizionamento di eventuali conseguenze pregiudizievoli nell'ipotesi in cui decidesse di non acconsentire al trattamento dei propri dati⁽²⁰⁾. Il GDPR, nel valutare il grado di libertà del consenso, prende in considerazione l'eventuale rapporto di squilibrio esistente tra titolare ed interessato⁽²¹⁾ e «l'eventualità tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto»

⁽¹⁹⁾ Per ragioni di opportunità per la disamina della disciplina relativa al consenso informato al trattamento sanitario si rimanda alla l. 22 dicembre 2017, n. 219, in G.U. 16 gennaio 2018, n. 12, che nel nostro ordinamento ha dato riconoscimento legislativo alla materia in precedenza regolata unicamente dalle norme settoriali relative alla sperimentazione clinica dei medicinali ad uso umano di cui al d.lgs. 6 novembre 2007, n. 200, al d.lgs. 14 maggio 2019, n. 52, in G.U. 12 giugno 2019 n. 136, nonché al Codice di deontologia medica. In dottrina, si v. AA.Vv., *Forum La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento - sub art. 1. Forum in onore di Stefano Rodotà*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 2018, 1, pp. 19-38.

⁽²⁰⁾ Cfr. ultimo periodo Cons. 42: «il consenso non dovrebbe essere considerato liberamente espresso se l'interessato non è in grado di operare una scelta autenticamente libera o è nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio».

⁽²¹⁾ A tal fine, il Cons. 43 chiarisce che «per assicurare la libertà di espressione del consenso, è opportuno che il consenso non costituisca un valido presupposto per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento, specie quando il titolare del trattamento è un'autorità pubblica e ciò rende pertanto improbabile che il consenso sia stato espresso liberamente in tutte le circostanze di tale situazione specifica. Si presume che il consenso non sia stato liberamente espresso se non è possibile esprimere un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione».

(art. 7, par. 4). Oltre a ciò, il consenso deve essere specifico, ossia costituisca espressione del principio di limitazione della finalità del trattamento, essendo riferito ad una determinata finalità di trattamento. I requisiti di libertà e specificità sono collegati al principio di granularità del consenso, in virtù del quale l'interessato deve essere libero di manifestare il proprio consenso a singole finalità di trattamento, ed in caso di trattamenti con più finalità, non dover acconsentire a tutte queste con un unico consenso. Inoltre, in applicazione del principio di trasparenza, il consenso deve essere informato, in modo tale che la consapevolezza dell'interessato sia sorretta da un'adeguata informativa, resa secondo i canoni di cui agli artt. 13 e 14 GDPR. Da ultimo, il consenso deve essere inequivocabile, ossia tale da scongiurare qualsiasi incertezza circa la volontà dell'interessato, e ciò sia in relazione al suo contenuto, che alla circostanza che sia stato effettivamente manifestato⁽²²⁾. Benché la manifestazione dell'interessato non sia soggetta ad alcuna forma specifica, a caratterizzare il consenso è un atto positivo, motivo per il quale non può considerarsi tale un comportamento inattivo come il silenzio. Nonostante il principio della libertà della forma, quando la volontà dell'interessato è manifestata mediante una dichiarazione scritta contenente circostanze anche diverse dal trattamento, per assicurarne l'inequivocabilità, l'art. 7, par. 2 GDPR dispone che il consenso deve essere manifestato «in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro». La libertà della può tuttavia introdurre problematiche ove sussista un rischio maggiore sul controllo dei dati da parte degli interessati poiché in tali casi è richiesto che il consenso, oltre ad essere libero, specifico, informato ed inequivocabile, deve anche essere esplicito. Nello specifico ciò si verifica quando il trattamento ha ad oggetto le categorie particolari di dati personali (art. 9, par. 2, lett. a)), nel caso di processi decisionali automatizzato (art. 22, par. 2, lett. c)), nonché nel caso di trasferimento di dati personali verso paesi non appartenenti all'Unione o organizzazione internazionale in assenza di una decisione di adeguatezza o di garanzia adeguate (art. 49, par. 1 lett. c)).

⁽²²⁾ F. RESTA, *Caratteri essenziali sub art. 7*, in G. M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa Privacy. Commentario*, Milano, 2018, p. 81.

Dall'analisi dei prescritti requisiti, emerge con estrema chiarezza che il consenso consente all'interessato il controllo e l'effettiva possibilità di scegliere se accettare o meno il trattamento dei dati personali che lo riguardano, solo se ottenuto nel pieno rispetto delle norme che lo regolano. Diversamente, il consenso non costituisce una valida base giuridica poiché il controllo dell'interessato è puramente illusorio, con conseguente illiceità del relativo trattamento⁽²³⁾.

Nella ricerca scientifica, tuttavia, non sempre è possibile ottenere il consenso dell'interessato. Spesso, infatti gli studi vengono condotti mediante l'utilizzo di dati inizialmente raccolti per una determinata finalità di ricerca o a questa collegata, in cui una nuova informativa produrrebbe conseguenze significativamente rischiose per il raggiungimento dei risultati della nuova ricerca. Inoltre, rendere una nuova informativa potrebbe risultare concretamente impossibile, per cause legate all'elevato numero di persone coinvolte in una ricerca, ovvero al decorso di un lungo periodo di tempo dalla raccolta originaria dei dati. Esempi tipici sono le ricerche che coinvolgono pazienti terminali o in età avanzata e in gravi condizioni di salute, ovvero soggetti affetti da patologie con elevata incidenza di mortalità.

Altre volte, invece, l'impossibilità di informare gli interessati dipende da ragioni etiche. A mero titolo esemplificativo, si pensi ad una ricerca biomedica in grado di rivelare non in termini di certezza, ma di predisposizione, la possibilità di sviluppare una malattia per la quale non esista una terapia efficace, e l'interessato ignori le proprie condizioni di salute: rendere l'informativa contenente le notizie relative allo studio rischierebbe di arrecare un danno materiale o psicologico allo stesso interessato, costretto a vivere con il terrore della possibile insorgenza di uno stato morboso per il resto della sua esistenza.

A fronte di tale eventualità, per il trattamento dei dati relativi alla salute ai fini di ricerca in ambito medico, biomedico o epidemiologico, l'art. 110 Codice Privacy dispone un'eccezione alla regola del consenso dell'interessato prevedendo che esso non è necessario quando: a) ai sensi dell'art. 9, lett. j) la

⁽²³⁾ In questi termini si v. WP29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, Bruxelles, 28 novembre 2017, WP259 rev. 01 emendate 11 aprile 2018, p. 3.

ricerca abbia la sua base giuridica in disposizioni di legge o di regolamento o al diritto dell'Unione europea in cui rientra anche la ricerca sanitaria volta ad implementare il fabbisogno conoscitivo e operativo del servizio sanitario nazionale di cui all'art. 12-*bis* del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e allo stesso tempo sia resa pubblica una valutazione di impatto; *b*) informare gli interessati risulta impossibile o implica uno sforzo sproporzionato; ovvero *c*) informare gli interessati rischia di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca. In ogni caso, in assenza del consenso dell'interessato è necessario che il titolare del trattamento adotti «misure appropriate per tutelare diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato», il programma di ricerca sia sottoposto al parere favorevole del competente comitato etico territorialmente competente e alla preventiva consultazione dell'Autorità Garante ai sensi dell'art. 36 GDPR.

Con specifico riferimento alle ipotesi in cui informare gli interessati risulta impossibile, o implichi uno sforzo sproporzionato, oppure rischi di compromettere i risultati della ricerca, le prescrizioni del Garante relative al trattamento dei dati personali effettuato per scopi di ricerca scientifica precisano che i titolari devono dare prova documentale nel progetto di ricerca della sussistenza delle ragioni a sostegno di tali circostanze (5.3). Inoltre, nei progetti di ricerca che coinvolgono soggetti deceduti o non contattabili al momento dell'arruolamento, tale eventualità deve risultare all'esito di ogni ragionevole sforzo che comprenda «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 presso l'anagrafe degli assistiti o della popolazione residente» (5.3, n. 2).

L'impossibilità oggettiva può derivare anche dalla gravità dello stato clinico dell'interessato, che non gli consenta di comprendere il contenuto dell'informativa, ragione per la quale il consenso dovrà essere prestato da chi esercita legalmente la rappresentanza sull'incapace, ovvero da un prossimo congiunto, da un familiare, dal convivente o dall'unito civilmente, ovvero da un fiduciario. In questo caso, la ricerca deve essere finalizzata a migliorare lo stato clinico dell'interessato e allo stesso tempo deve essere comprovato che tenendo conto dei «criteri di inclusione previsti dallo studio, le modalità di

arruolamento, la numerosità statistica del campione prescelto, nonché l'attendibilità dei risultati conseguibili in relazione alle specifiche finalità dello studio» le medesime finalità non possano essere raggiunte mediante il trattamento dei dati di persone in grado di comprendere l'informativa e prestare un valido consenso ovvero con altre metodologie di ricerca (5.3, n. 3).

Anche i dati genetici e campioni biologici possono essere trattati per finalità di ricerca in assenza del consenso dell'interessato che non sia in grado di fornirli per incapacità, ed altresì qualora ciò non comporti un beneficio diretto per il medesimo, purché sussistano contemporaneamente le seguenti condizioni: «*a*) la ricerca è finalizzata al miglioramento della salute di altre persone appartenenti allo stesso gruppo d'età o che soffrono della stessa patologia o che si trovano nelle stesse condizioni e il programma di ricerca è oggetto di motivato parere favorevole del competente comitato etico a livello territoriale; *b*) una ricerca di analoga finalità non può essere realizzata mediante il trattamento di dati riferiti a persone che possono prestare il proprio consenso; *c*) il consenso al trattamento è acquisito da chi esercita legalmente la potestà, ovvero da un prossimo congiunto, da un familiare, da un convivente o, in loro assenza, dal responsabile della struttura presso cui dimora l'interessato; *d*) la ricerca non comporta rischi significativi per la dignità, i diritti e le libertà fondamentali degli interessati» (4.11.2). Qualora, poi, la ricerca coinvolga il minore o l'incapace, è in ogni caso prevista la necessità di tenere in considerazione ove possibile l'opinione degli stessi.

Nel caso di revoca del consenso al trattamento dei dati per scopi di ricerca il campione biologico deve essere distrutto, a meno che sin dalla raccolta o a seguito di trattamento, il campione non possa più essere riferito ad una persona identificata o identificabile.

Ne consegue che in campo medico, biomedico o epidemiologico la ricerca, sia che preveda l'utilizzo di dati relativi alla salute che di dati genetici e campioni biologici, può essere condotta oltre che con il consenso dell'interessato, anche in assenza di quest'ultimo purché si verifichino le diverse condizioni sopra esaminate prescritte per le rispettive categorie di dati.

In aggiunta all'eventualità del trattamento dei dati personali anche in assenza di manifestazione del consenso da parte dell'interessato, è appena il

caso di accennare ad un ulteriore regime derogatorio in ambito di ricerca scientifica che riguarda i diritti dell'interessato, e nello specifico la limitazione del diritto di accesso (art. 15), rettifica e cancellazione (art. 16), limitazione del trattamento (art. 18) e opposizione (art. 21) che ai sensi del par. 2 dell'art. 89 GDPR può essere disposta con apposita legge dell'Unione o degli ordinamenti interni nell'eventualità in cui il loro esercizio da parte degli interessati renda impossibile o pregiudichi gravemente la realizzazione della finalità di ricerca.

Sebbene anche la *ratio* di tale deroga risieda nell'interesse generale alla ricerca scientifica, è doveroso specificare che la disposizione in commento fa salve le misure tecniche e organizzative che assicurino il rispetto del principio di minimizzazione dei dati di cui al par. 1. Tale circostanza, unitamente ai principi generali di proporzionalità e necessità, consentono di affermare senza tema di smentita che limitazioni dei diritti degli interessati devono essere interpretate restrittivamente. A sostegno di tale tesi deve inoltre osservarsi che dal punto di vista applicativo le deroghe ai diritti degli interessati sono limitate sia in termini soggettivi che oggettivi⁽²⁴⁾. Infatti, quanto al primo aspetto esse si riferiscono esclusivamente ai soggetti qualificati destinatari delle prescrizioni dell'Autorità Garante (5.1). Viceversa, rispetto al secondo le limitazioni trovano spazio unicamente nel contesto della ricerca scientifica, tanto che quando il trattamento funga contemporaneamente ad altro scopo le deroghe si applicano solo al trattamento per le finalità di ricerca scientifica (art. 89, par. 4 GDPR).

6. — *Durata del trattamento, conservazione, ed utilizzi successivi.*

La durata del trattamento non è predeterminata. Tuttavia, benché il GDPR non stabilisca un periodo massimo di trattamento dei dati personali, dai principi fondamentali di limitazione della conservazione e delle finalità

⁽²⁴⁾ R. CIPPITANI, *Finalità di ricerca scientifica ed eccezioni alla disciplina della protezione dei dati personali*, cit., p. 166.

è possibile dedurre che l'identificazione degli interessati deve avvenire in un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali i dati sono trattati, non essendo consentito un ulteriore trattamento degli stessi dati per finalità incompatibili con la finalità originaria del trattamento.

Se, tuttavia, il trattamento avviene per finalità di ricerca di ricerca scientifica, l'art. 6, par. 4 introduce una presunzione di compatibilità di un uso ulteriore o secondario dei dati personali nella parte in cui dispone che «un ulteriore trattamento dei dati personali» non è «considerato incompatibile con le finalità iniziali»⁽²⁵⁾. Parimenti, l'art. 99 del Codice in relazione alla durata stabilisce che il trattamento per fini di ricerca scientifica «può essere effettuato anche oltre il periodo di tempo necessario per conseguire i diversi scopi per i quali i dati sono stati in precedenza raccolti o trattati» (1° comma) e «possono comunque essere conservati o ceduti ad altro titolare i dati personali dei quali, per qualsiasi causa, è cessato il trattamento» (2° comma)⁽²⁶⁾.

Sempre in ambito di ricerca scientifica, rispetto alla disciplina generale è consentito che al Garante autorizzare soggetti terzi che svolgano principalmente attività di ricerca scientifica al trattamento ulteriore dei dati personali, anche nell'eventualità che informare gli interessati risulti impossibile. Sul punto, l'art. 100-*bis* del Codice non considera 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».

Fuori dall'ambito di operatività di tale autorizzazione, per le finalità di ricerca scientifica trovano applicazione le più volte richiamate prescrizioni del Garante, che in merito alla conservazione dei dati e dei campioni utiliz-

⁽²⁵⁾ Così EDPB, *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research*, cit., p. 23; s. veda anche Cons. 50 nella parte in cui chiarisce che nelle ipotesi di compatibilità delle finalità «non è richiesta alcuna base giuridica separata oltre a quella che ha consentito la raccolta dei dati personali»

⁽²⁶⁾ Sul tema si v. CGUE, 20 ottobre 2022, n. 77, Causa C-77/21, in G.U. (2022/C 472/11), con commento di C. BOVINO, *Privacy: la CGUE sui principi di limitazione della finalità e della conservazione dei dati*, in *Quotidiano Giuridico*, 2022, IX.

zati per la ricerca prevedono tecniche di cifratura e codici identificativi che «non li rendano direttamente riconducibili agli interessati», oltre a determinare il periodo necessario al raggiungimento dello scopo, specificando a tal fine che il progetto di ricerca indichi il periodo di conservazione «successivo alla conclusione dello studio, al termine del quale i predetti dati e campioni sono anonimizzati» (5.6). Con specifico riferimento ai dati genetici e ad ai campioni biologici, l'Autorità consente l'ulteriore trattamento anche in assenza del consenso degli interessati se la ricerca scientifica è prevista dal diritto dell'Unione europea, da legge o regolamento, ovvero nei limiti in cui gli ulteriori scopi di ricerca sono direttamente collegabili con quello per il quale è stato acquisito in origine il consenso degli interessati. Inoltre, quando sussiste l'impossibilità di informare gli interessati, sono consentiti la conservazione e l'ulteriore utilizzo di campioni biologici e di dati genetici raccolti per la realizzazione di progetti di ricerca diversi da quelli originari, se la medesima ricerca non può essere realizzata mediante il trattamento di dati riferiti ad interessati da cui è possibile ottenere il consenso, e al stesso tempo il programma di ricerca utilizza campioni biologici e dati genetici che sin dall'origine della raccolta o a seguito del trattamento non consentono l'identificazione degli interessati, e non risulta che questi ultimi abbiano in precedenza fornito indicazioni contrarie, ovvero il programma di ricerca ha ottenuto un motivato parere favorevole da parte del comitato etico competente a livello territoriale ed è sottoposto alla consultazione preventiva del Garante ai sensi dell'art. 36 GDPR (4.11.3)⁽²⁷⁾.

⁽²⁷⁾ Cass. (ord.), 7 ottobre 2021, n. 27325 con nota di D. CORTI, *La sorte (incerta) della ricerca sui campioni biologici umani all'indomani della decisione Sharda*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 594; S. FANNI, *Le biobanche di popolazione al vaglio della Suprema Corte di Cassazione: alcune note critiche sull'Ordinanza n. 27325 del 7 ottobre 2021*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 2022, p. 277 ss.

GIUSEPPINA LOFARO^(*)

THE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP MODELS
IN THE IMPLEMENTATION OF STRATEGIC OBJECTIVES
OF NATIONAL RECOVERY AND RESILIENCE PLAN

ABSTRACT: The essay analyzes the institution of the PPP as a tool for implementing the projects financed by the PNRR, offering, preliminarily, the defining data, also in the light of the historical-reconstructive profile of european origin, as well as an updated technical-juridical framework, both in terms of regulatory and jurisprudential, focusing *funditus* on the application areas and the respective peculiarities of the contract under question. The aim of the research is to highlight the critical and advantageous aspects in PPP relationships, also from a *de iure condendo* perspective, in support of the ongoing reform processes.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Historical-reconstructive aspects of the public-private partnership. – 3. Partnership tools in the National Recovery and Resilience Plan. – 4. Critical considerations and advantage aspects on public-private partnership relationships in the italian experience. – 5. For an administrative system favorable to the development of partnership initiatives: concluding considerations.

1. — *Introduction.*

Starting from the transformations characterizing the role of public authorities in the economic sphere in the current context, this technical-legal analysis focuses on the prospects of the public-private partnership for the purpose of strengthening and stabilizing the objectives of the PNRR (Recovery and Resilience Plan). The reflection that follows is aimed to highlight the critical issues and limits in the italian experience of public-private partnership, also underlining the need to enhance the peculiarities and the logic

^(*) Postdoctoral research fellow in Administrative Law, Master's Teacher in Administrative Law-Public Contracts, Teaching Assistant in Urban Planning and Development Law, Mediterranean University of Reggio Calabria.

of partnership instruments with respect to the discipline of other public contracts as well as to guarantee an adequate strengthening of the negotiating capacity of the administrations.

The collaboration between the public and private sectors⁽¹⁾ is increasingly connected to economic policy choices. In fact, there is an emerging tendency to consider public contracts as an internal policy tool in the public sector⁽²⁾, under an historical-reconstructive profile, initially aimed at satisfying the needs of the State-person, resulting today as a tool of stimulating the innovation, promoting social welfare and creating new markets⁽³⁾.

The perspective in question has been favored by Community law, which has enhanced the economic-functional dimension of public contracts⁽⁴⁾, initially for the purpose of building the single market and, more recently, as a tool for promoting collective welfare⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ A. BARTOLINI, *Lo statuto della Città d'arte*, in Aedon, 2015, 2, reperibile in www.aedon.mulino.it/archivio/2015/2/bartolini.htm; L. MERCATI, *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Turin, 2009, pp. X-281.

⁽²⁾ G. CALLENDER, D. MATTHEWS, *The economic context of government procurement: New challenges and new opportunities*, in *Journal of Public Procurement*, 2002, 2(2), p. 216 ff.

⁽³⁾ R. CARANTA, P.C. GOMES, *Public procurement and innovation*, in *ERA Forum - Journal of the Academy of European Law*, 2021, p. 371 ff.

⁽⁴⁾ P. TREPTE, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford, 2004, p. 59.

⁽⁵⁾ It is significant that the *New European 2020 Strategy* already identified public contracts as a vehicle for promoting innovation and research and development activities to promote «intelligent, sustainable and inclusive» growth. See in this regard the *Communication of the European Commission*, Europe 2020. *A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, 3 March 2010, COM/2010/2020 final, in www.eea.europa.eu/policy-documents/com-2010-2020-europe-2020, as well as Recital 47 of Directive 2014/24/EU, in eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024, in which it states that «research and innovation, including eco-innovation and social innovation, are one of the main drivers of future growth»; hence, the need for public administrations to «use public procurement strategically in the best possible way to stimulate innovation. The purchase of innovative products, works and services plays a fundamental role in improving the efficiency and quality of public services and at the same time in tackling the main challenges of a social value».

The propulsive role of the public authorities in the economic field⁽⁶⁾, which already started through the *European Green Deal*⁽⁷⁾, is now strengthened also following the approval of the *EU Next Generation*⁽⁸⁾ and the remodulation of the function of public contracts emerges *ictu oculi*. This aims not only to guarantee the optimal spending of public resources and the promotion of competition, but also to support the ecological and digital transition processes of the economic and production systems⁽⁹⁾.

The dynamics described above transversally affects all the negotiating tools available to the public authorities and significantly involves the complex negotiating relationships, especially public-private partnership contracts.

Pursuant to art. 3 of the public procurement code (Legislative Decree 19 April 2016, n. 50), the public-private partnership contract is stipulated in writing for a consideration with which one or more contracting authorities grant one or more economic operators for a specific period based on the duration of the amortization of the investment or of the established financing methods, a complex of activities consisting in the construction, transformation, maintenance and operational management of a work in exchange for its availability, or its economic exploitation, or the supply of a service connected to the use of the work itself, with the operator assuming risk in accordance with the methods identified in the contract.

2. — *Historical-reconstructive aspects of the public-private partnership.*

Since the 1990s, the development of the public-private partnership⁽¹⁰⁾

⁽⁶⁾ M. MAZZUCCATO, *The Entrepreneurial State. Debunking Public vs. Private Sector Myths*, London, 2013, *passim*.

⁽⁷⁾ E. CHITI, *Managing the ecological transition of the EU: The European Green Deal as a regulatory process*, in *Common Market Law Review*, 2022, 59, 1, p. 19 ff.

⁽⁸⁾ F. FABBRINI, *Next Generation EU. Il futuro di Europa ed Italia dopo la pandemia*, Bologna, 2022, p. 110 ss.

⁽⁹⁾ M. ANDHOV, R. CARANTA, A. WIESBROCK (ed.), *Cost and EU Public Procurement Law. Life-Cycle Costing for Sustainability*, London, 2020, *passim*.

⁽¹⁰⁾ M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. MA-

has been closely linked to the process of the reduction of the role of the public authorities⁽¹¹⁾ in the economic field of Western democracies. The use of public-private partnerships for the construction of infrastructures and for the management of public services⁽¹²⁾ appears to be attributable to the greater prominence assumed by the private sector in the economic field, not only on a technical and financial level, but also in defining the direction and objectives of development, in the face of public powers that should have preserved the guarantee of juridical-institutional conditions for the spontaneous functioning of the markets.

Following the pandemic emergency, the financial crisis has gradually led to the re-emergence of a greater leading role of the public authorities in the definition of industrial policies as well as in the planning of the goals and direction of development processes⁽¹³⁾.

In the context of the PNRR⁽¹⁴⁾, there is an economic planning, oriented towards the other public powers in function of coordination, which tends to identify the scopes and objectives also from a quantitative nature⁽¹⁵⁾, prefixing the punctual times for achieving them through control and periodic follow-up systems. The planning in question identifies privileged paths to take, but at the same time allows private individuals and the market to propose new solutions,

STRAGOSTINO (ed.), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Turin, 2011, p. 55 ff.

⁽¹¹⁾ Communication from the European Commission, *On Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions*, COM (2005) 569 final, 15 November 2005; M.P. CHITTI (ed.), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Naples, 2009.

⁽¹²⁾ F. FIGORILLI, *Servizi pubblici*, in F.G. SCOCA (ed.), *Diritto amministrativo*, Turin, 2017, *passim*.

⁽¹³⁾ F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (eds.), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021.

⁽¹⁴⁾ M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid on line*, 2021; N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 1, p. 4 ff.

⁽¹⁵⁾ On the question of the relationship between planning and regulation, M. D'ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, p. 239 ff.

especially in terms of innovation⁽¹⁶⁾. The need to maintain conditions of competition clearly remains. As underlined in the Communication on the *European Industrial Strategy* (2021), a European industrial policy is based on competition, open markets, world-class research and technologies and a strong single market that breaks down barriers and reduce administrative burdens. Simplistic temptations of protectionism or market distortions must be avoided, however, without perplexity in view of harmful unfair competition.

While putting huge public resources on the field, this planning presupposes a converging response from private capital.

These transformations affect various and contextual factors that have characterized the experience of public-private partnership in the last twenty years.

In fact, the strengthening of public powers in the predetermination of development objectives tends to reduce the role of private individuals in identifying needs and objectives of public importance, with a consequent reduction in the margins of uncertainty and randomness with reference to the worthiness of the private proposal. The evaluation of the private project will essentially be aimed at verifying the coherence of the project with the objective already identified upstream by the programming tools (Tar Catania, 11 October 2021, n. 3057).

In any case, it is believed that the market and the private sector continue to have an unflinching role in the prospecting of innovative design solutions, capable of declining the macro-purposes consistently with the predefined timing at European level, however within the context of a framework of public safety which will have to contribute to generating a safer assessment of the compatibility of the single project with the general interest⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ See *European industrial strategy* (Updating the 2020 New industrial Strategy: Building a stronger Single Market for Europe's recovery, 5.5.2021 COM(2021) 350 final), in commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-industrial-strategy_en, based on the so-called *industrial alliances*, aimed at attracting and accompanying private investors with a view to identifying technological and production solutions that can ensure full support for the ecological and digital transition processes and, at the same time, the strategic autonomy of the Union.

⁽¹⁷⁾ Operators' confidence in the stability and coherence of the direction of development strengthens the space for partnership initiatives based on medium-long term timescales.

The current PNRR programming phase⁽¹⁸⁾ is characterized by a sharp increase in public funding for investments, unlike what occurred in the last thirty years. In the perspective in question, the partnership instrument becomes functional not only to guarantee the mere private funding of works public, as for setting in motion the so-called “leverage effect”, i.e. a virtuous process of convergence of private capital in the multiplier function of public resources which is indispensable in order to encourage a substantial change in the structure of the economic system, which neither the market nor the public sector alone can guarantee.

Therefore, in the current macro-economic context the public-private partnership seems to take on, a new guise as a complementary tool for the purpose of strengthening and stabilizing the development choices taken by the public authorities on the impulse of the supranational order.

The increasing role of the public powers in the economic field is part of a market economy which involves stability and credibility in line of economic and industrial development traced by the public decision-maker, but also with the long-term and transparency dimension – in the commitments, risks and responsibilities – which distinguish public-private partnership operations.

3. — *Partnership tools in the National Recovery and Resilience Plan.*

In order to identify the concrete spaces that the PNRR opens to public-private partnership relationships, it seems appropriate to firstly start from an analysis of the objectives of the Plan in which reference is made *expressis verbis* to the partnership tools.

⁽¹⁸⁾ As underlined in the “*Italy Tomorrow*” *National Recovery and Resilience Plan* (PNRR), p. 3, in www.gop.it/doc_publicazioni/939_aeez2tkik5_ita.pdf, «in the twenty years 1999-2019, total investments in Italy grew by 66 per cent compared to 118 per cent in the euro area. In particular, while the share of private investment has increased, that of public investment has decreased, going from 14.6 percent of total investment in 1999 to 12.7 percent in 2019». See also the report of the Senate of the Republic, *Partners wanted (for investment purposes). Where, how and how much does public-private partnership work in Italy?*, in www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01078796.pdf.

A first area concerns support for research and innovation and technology transfer processes, as part of the M4C2 Mission «From research to business». Furthermore to support research in the so-called *Extended Partnerships*⁽¹⁹⁾, the logic of the partnership also concerns the main profiles of research, development and innovation to give continuity to initiatives implemented through the Fund for Sustainable Growth (FCS) as well as to enable synergies between levels of government and different financial sources. Specifically, support concerns partnerships on *High Performance Computing, Key digital technologies, Clean energy transition, Blue oceans - A climate neutral, sustainable and productive Blue economy, Innovative SMEs*⁽²⁰⁾.

A widespread reference to Partnership tools, exists in order to enhance the offer of education services: Mission 4 «Education and Research». These instruments are explicitly referred to as the promotion of university building works and projects⁽²¹⁾. Other references are contained in the M5C1 Mis-

⁽¹⁹⁾ See, in particular, the investment 1.3 on «Enlarged partnerships extended to Universities, research centers, companies and funding of basic research projects».

⁽²⁰⁾ See investment 2.2 on “*Partnerships - Horizon Europe*”, aimed at supporting research, development and innovation projects, identified with specific tenders for participation in partnerships for research and innovation (European Partnerships) within the framework of the Horizon Europe. In particular, the support will focus on the following partnerships: 1) High Performance Computing, 2) Key digital technologies, 3) Clean energy transition; 4) Blue oceans - A climate neutral, sustainable and productive Blue economy; 5) Innovative SMEs. The measure, implemented by the MiSE, will make it possible to give continuity to initiatives implemented through the Fund for Sustainable Growth (FCS), enabling synergies between different levels of government and financial sources. The measure is intended for companies and research centers.

⁽²¹⁾ In particular, reform 1.7 is dedicated to student accommodation and the reform of the legislation on student accommodation, with «the aim of encouraging the creation, by private entities, of new university building structures through advance coverage, from part of the MIUR, of the costs corresponding to the first three years of management of the structures themselves. From a legislative point of view, the regulation on student accommodation is expected to be revised (pursuant to Law 338/2000 and Legislative Decree 68/2012), through the opening of participation in the loan also to private investors or partnerships public-private, as well as support for the sustainability of private investments, with the guarantee of a tax regime inspired by that for social housing, but which allows for the flexible use of housing».

sion relating to «Employment Policies», where the logic and structure of the partnership is referred to in an expressed though-technical perspective. This in order to set the transformation of the labor market with adequate tools, to facilitate “employment transitions”, improve the employability of workers and increase the level of protection.

The reference made by the PNRR to partnership tools in relation to urban development and regeneration projects is significant, with the aim of activating collaborative processes, even in the planning phase, to promote social well-being⁽²²⁾. The reference in question not only confirm the undoubted centrality of partnership but also highlight the relevance of upcoming partnership instruments at the local level⁽²³⁾. This also in order to pursue the objectives of the *European Green Deal*, in the context of the *ONU 2030 Agenda* for sustainable development⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ See investment 2.2 on *Integrated Urban Plans*, which is dedicated to the suburbs of Metropolitan Cities and provides for participatory urban planning, with the aim of transforming vulnerable territories into smart and sustainable cities, limiting the consumption of building land. Specifically, «the interventions may also make use of co-planning with the third sector pursuant to art. 55 legislative decree 3 July 2017 n. 117 (Third Sector Code, pursuant to art. 1, paragraph 2, letter b) of Law 6 June 2016, n.106) and the participation of private investments to the extent of up to 30 percent with the possibility of resorting to the instrument financial institution of the BEI “Fund of Funds”. The primary objective is to recover existing urban spaces and areas in order to improve the quality of life by promoting processes of social and entrepreneurial participation». The projects will have to restore the community's identity through the promotion of social, cultural and economic activities with particular attention to environmental aspects.

⁽²³⁾ See the fourth edition of the Report of the IFEL Foundation *Municipalities and Public-Private Partnership*, Studies and researches, 2021, which shows a substantial doubling of investments at the municipal level and an increase in the amount of individual tenders, in www.fondazioneifel.it/documenti-e-pubblicazioni/item/10657-i-comuni-e-il-partenariato-pubblico-privato-quarta-edizione-2020.

⁽²⁴⁾ See, in particular, *The new Partnership Agreement 2021-2027 and the new programming of the Fund for Development and Cohesion (FSC)*, which directs the available funds towards the most fragile contexts from a socio-economic and geographical point of view, with a view to contributing to the achievement of the objectives set at European level «for a climate-neutral economy (*European Green Deal*) and for a just and inclusive society (*European Social Pillar*) in the broader context of adherence to the *ONU 2030 Agenda* for sustainable development and in line with the national and regional strategies for sustainable develop-

Especially at local level, it seems useful to point out that the partnership logic is both functional to stimulate a more consistent or qualified contribution from the private sector in financial terms (or in terms of expertise in the planning phase), and able to guarantee a greater correspondence of the interventions to the substantial community needs. Within the context of the objectives of recovery of the smaller cultural heritage⁽²⁵⁾ it is underlined the reference to special partnership instruments that facilitate the contribution of the third sector in the co-planning phase. This guarantees the widespread involvement of civil society in the development choices with the greatest impact on the management of the territory or cultural heritage⁽²⁶⁾. The pro-

ment». In order to avoid the fragmentation of interventions, the draft Agreement aims to enhance the coordination of policies and the development of partnerships in the provincial and metropolitan areas, to promote integration and complementarity between ordinary intervention policies and additional interventions envisaged by the cohesion policy, promoting «the maximum inclusion, in the entire programming cycle, of the associations and representatives of the subjects potentially influenced by the use of the cohesion policy funds or who are bearers of knowledge and instances of support for decision-making processes concerning the use of these funds, in order to guarantee informed participation and continuous discussion aimed at improving the preparation and implementation of the Agreement and the Programmes».

⁽²⁵⁾ See Mission «M1C3.2 *Regeneration of small cultural sites, cultural, religious and rural heritage*» and, therein, in particular «Investment 2.1: *Attractiveness of villages*», which will be implemented «through the *National Village Plan*, a support program for the economic/social development of disadvantaged areas based on the cultural regeneration of small towns and on the revitalization of tourism. The actions are articulated on integrated local projects on a cultural basis. In the first place, interventions aimed at recovering the historical heritage, at the redevelopment of open public spaces (e.g. by eliminating architectural barriers, improving street furniture), at the creation of small cultural services, including for tourism purposes, will be activated. Secondly, the creation and promotion of new itineraries (e.g. thematic itineraries, historical itineraries) and guided tours will be encouraged. Lastly, financial support will be introduced for cultural, creative, tourist, commercial, agri-food and artisanal activities, aimed at relaunching local economies by enhancing the products, knowledge and techniques of the territory».

⁽²⁶⁾ The public notice of the Ministry of Culture of 20 December 2021, in [cultura.gov.it/borghi](https://www.cultura.gov.it/borghi), aimed at implementing Line A dedicated to “*Pilot projects for the cultural, social and economic regeneration of villages at risk abandonment and abandoned*” and Line B dedicated to “*Local Projects for Cultural and Social Regeneration*”: this line of funding provides for greater rewards for those projects capable of directly involving both local communities and productive

vision, for some objectives, of the 30% limit to private, also aimed at facilitating the involvement of subjects – although less so financially endowed – more deeply rooted at a social level and therefore capable of intercepting the concrete needs of local communities in a more timely manner.

Regardless of the references expressed in the PNRR, the partnership instruments appear to be functional in guaranteeing the pursuit and optimal realization of many of the objectives underlying the individual missions. The medium-short period of 2026 within which European funding must be spent is based on a logic of results which seems more in line with the tout court dimension of public clients⁽²⁷⁾, in which the administration simply requires the private sector to do something. It should also be considered that the six missions that make up the PNRR often form part of long-term objectives⁽²⁸⁾ that go beyond the time frame of 2026, involving clear transformations to the structure of the administrative, infrastructural, production and social that the PNRR will be able only to put in the mere start-up phase.

Therefore, it is essential that public investments are able to ensure the so-called leverage effect, to act as a multiplier of invested public resources, in order to consolidate and stabilize development objectives beyond 2026, also through financial instruments capable of facilitating the entry of private capital, or the combination of the latter with other public funds.

organizations, businesses profit and non-profit and their intermediate organizations in order to stimulate collaboration, integration and partnership, both in terms of co-planning and collaborative forms of management, in particular in the case of the so-called “special public private partnership”.

⁽²⁷⁾ F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽²⁸⁾ The measures and reforms envisaged can be traced back to six fundamental pillars: 1) green transition; 2) digital transformation; 3) smart, sustainable and inclusive growth, including economic cohesion, employment, productivity, competitiveness, research, development and innovation and a well-functioning single market with strong SMEs; 4) social and territorial cohesion; 5) economic, social and institutional health and resilience, also with a view to increasing resilience and crisis preparedness; 6) policies for the next generation, children and youth, including education and skills.

The recent recourse to the public-private partnership instrument for carrying out the so-called project implementation falls within this perspective. *National Cloud (National Strategic Pole)*⁽²⁹⁾, i.e. a new dedicated cloud infrastructure, completely private or hybrid, located throughout the country and at the forefront of performance and security. It seems appropriate to point out that, in the absence of an explicit provision to this effect in the PNRR, for the purpose of creating and managing this infrastructure, a public-private partnership initiative was launched pursuant to art. 183 of Legislative Decree 19 April 2016, n. 50 (Public Contracts Code), with a view to combining investments and know-how of private operators with the public investments foreseen for the construction of the infrastructure, also assigned to the administrations at the local level for the migration of their data⁽³⁰⁾.

Clearly, the whole sector of digitization and the development of technologically advanced infrastructures can benefit from the peculiarities of the partnership: by way of example, we refer to the processes of strengthening technological infrastructures in public buildings such as hospitals or, again, to interventions on infrastructures on the diffusion of broadband connection. Even the energy transition objectives – in Mission 2, *Green revolution*

⁽²⁹⁾ See G. NAPOLITANO, *Il partenariato pubblico-privato per la realizzazione del Polo strategico nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 703 ss., as well as A. SANDULLI, *Lo “Stato digitale”. Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, p. 581 et seq.

⁽³⁰⁾ Following the presentation of the *Strategia Cloud Italia, Summary strategic document for the implementation and control of the Cloud of the PA*, in assets.innovazione.gov.it/634299755-strategiacloudit.pdf, the Department for Digital Transformation has received and examined three Public Private Partnership proposals pursuant to art. 183, paragraph 15 of the Public Contracts Code. On 27 December 2021, the Department «identified in the proposal of TIM S.p.A., Enterprise Market, as agent of the ATI to be set up with CDP Equity S.p.A., Leonardo S.p.A., Sogei S.p.A., the one that fully and satisfactorily reflects the requirements expressed in the Cloud Italy policy presented on 7 September». On 28 January 2022, the tender for the construction of the National Strategic Pole (PSN) was therefore published and the procedure was entrusted to Defence Services S.p.A., an in-house company of the Ministry of Defence, as central purchasing body. In particular, the tendered proposal envisages the investment of 723 million euros by the successful tenderer for the provision of “public” and “private” cloud services capable of guaranteeing supervision and control by the competent authorities on strategic data and services.

and ecological transition – appear suitable for the logic of partnership, both to encourage the diffusion of new generation renewable energy sources, e.g. the off-shore energy generation systems, and to foster the energy efficiency not only of public infrastructures, but also of private homes. In this regard, the doctrine⁽³¹⁾ has highlighted that on the other hand there are areas in which the logic of the public-private partnership has already been successfully tested through the model of the Energy performance contract, *ex art.* 180, paragraph 2, d.lgs. n. 50/2016. By leveraging the guarantee of contractual stability deriving from the setting of medium-long terms, it proved to be suitable for guaranteeing high levels of energy efficiency, an increase in asset value and cost savings in annual management costs, both public and private⁽³²⁾.

Within each mission of the PNRR, the concrete level of usability of the partnership instruments will depend on a series of factors connected to the financing system of the intervention to be implemented and specifically to the possible need to provide a fee for availability in favor of the private sector. In this context it must be taken into account that the availability fee is considered a current expense and cannot be paid by the administrations through expenditure destined for investments. Moreover the partnership instruments are also linked to the level of the intervention envisaged in the Plan: the spaces for the effective use of the partnership are wider in the presence of investments that are not described in a precise manner but

⁽³¹⁾ A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del Pnrr*, in *Dir. amm.*, 2022, 2, pp. 441-469.

⁽³²⁾ As specified in the art. 180, paragraph 2, of the Public Contracts Code, «in the case of energy performance contracts or energy performance contracts (EPC), the operating revenues of the economic operator can be determined and paid according to the level of improvement of energy efficiency or other contractually established energy performance criteria, provided that they can be quantified in relation to consumption; the energy efficiency improvement measure, calculated in accordance with the rules on certification of the energy performance of buildings and other energy-intensive infrastructures, must be made available to the granting administration by the economic operator and must be verified and monitored during the entire duration of the contract, also making use of special IT platforms used for the collection, organisation, management, processing, evaluation and monitoring of energy consumption».

which leave a multiplicity of open options, as in the case of the objective of digitalizing cultural heritage or investments in green communities; on the other hand, these spaces appear reduced in relation to particularly detailed investments which already identify precise objectives upstream which seem to justify the use of tender contracts or, in any case, contracts of less complexity. In this regard, we can mention the investments in specific sections of the high-speed network or, again, of some developments of the mass rapid transport network in certain cities⁽³³⁾.

4. — *Critical considerations and advantage aspects on public-private partnership relationships in the Italian experience.*

On the one hand the current context is certainly favorable to the development of public-private partnerships, but on the other hand enters a legal-institutional framework that has not encouraged the use of these negotiating tools by the public sector in the recent decades. Considering other European countries just a small number of PPP (Public Private Partnership) contracts have been concluded in Italy⁽³⁴⁾. Most of the partnership initiatives have been started at the local level, for smaller amounts and in relation to “opere tiepide” (*luke-warm works*), like kindergartens and sports facilities, above all to overcome budget constraints⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ As highlighted by F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR*, cit., p. 15, referring to some interventions of Mission 3 (M31.1), such as those relating to the works to be carried out on the Naples-Bari, Palermo-Catania-Messina and Salerno-Reggio Calabria lines.

⁽³⁴⁾ see the Report on the activity carried out by DIPE in 2020 and 2021 on *Public-private partnership and project finance*, in www.programmazioneeconomica.gov.it/publicazioni-ppp/.

⁽³⁵⁾ As underlined by the Analysis Document n. 15 of the Senate of the Republic, *The Italian municipalities and the Public Private Partnership*, in www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01068955.pdf, especially p. 6, 22, 25: «between 2002 and 2016 about 80% of the tenders was their responsibility, for a total amount of more than 33 billion euros. For the Italian municipalities, spectators of a reduction in their room for manoeuvre, the PPP market is in fact an opportunity to support their investment needs, and 100% of the municipalities

This results from several factors. First of all, many aspects of uncertainty remain in relation to the start-up phase of partnerships, especially with reference to the treatment to be reserved for proposals received from the private sector and not solicited by public administrations. Furthermore, starting from the moment in which the private proposal is received, the times to reach the assignment of the PPP contract, to the so-called financial closing and the start of the construction phase. Furthermore, there is a very high number of unfinished proceedings, also due to the poor technical-planning quality of the proposals or the calls for tenders which implement them⁽³⁶⁾. In consideration of all this, the political-administrative risk of failure of the initiative of partnership is still perceived very high for the private sector, also due to the absence of qualified public interlocutors as well as the reduced propensity for negotiation in the administrative system.

In addition to what has been noted up to now, there are significant and numerous uncertainties in the substantial definition, allocation and manage-

with over 20,000 inhabitants have resorted to it at least once to public-private cooperation». In particular, «starting from 2010, PPP tenders exceeded 20% of public works, with a peak of 28.1 in 2013. In terms of amounts, the situation appears even more variable: we went from 8, 4% in 2002 to about 67 in 2016». As for the types of interventions, the largest number of municipal PPP tenders in the period 2002-2016 concerns «lukewarm works, which include, for example, nursery schools and sports facilities: they are characterized by fields that do not allow full coverage of the costs related to management»; in particular, «around a quarter of the initiatives refers to sports facilities (24.8%). This is followed by tenders relating to urban furniture and public green areas (18.5%) and social and public housing (18%). However, on the resources front, the PPP initiatives of the municipalities were concentrated mainly in the energy and telecommunications sector and in the transport sector (respectively 34 and 11% of the amounts of the PPP tenders held by the municipalities)».

⁽³⁶⁾ As always underlined in the Analysis Document n. 15 of the Senate of the Republic, p. 31, the Italian municipalities and the Public Private Partnership, cit., «against approximately 33,164 PPP procedures detected and archived by the National PPP Observatory, between 2002 and 2016, the “interrupted procedures”, i.e. canceled tenders and deserted or non-awarded tenders due to irregularities, concern 4,429 procedures, equal to 13%, with peaks exceeding 30% in the case of tenders with a unit value of over 15 million euros. The suspended proceedings have a value of 48 billion euros, 35% of the amounts of the activated proceedings. This percentage varies at territorial level: in the South it reaches almost 54%, against an average of 23 and 28% respectively for Northern and Central Italy».

ment of risks and of the economic charges that contribute to conforming the risk⁽³⁷⁾ that the economic operator is required to take⁽³⁸⁾. Specifically, it concerns critical aspects attributable to the question of finding a balance between private risks and public guarantees, but also to the difficulty of the administrations to formulate the comparative judgment on the economic benefits of the partnership⁽³⁹⁾ in order to the use of ordinary contractual instruments. Some of these critical issues can be traced back to structural problems of the administration that involve the entire sector of public contracts, starting with the very significant one of the limited administrative capacity in the management of negotiation operations⁽⁴⁰⁾. However, this

⁽³⁷⁾ On which see the report of the International Monetary Fund, *How to Control the Fiscal Costs of Public-Private Partnerships*, Washington, DC, October 2018, where it is underlined that, in order to ensure informed use of the instrument, «strong governance institutions are needed to manage risks and avoid unexpected costs from PPPs. While in the short term, PPPs may appear cheaper than traditional public investment, over time they can turn out to be more expensive and undermine fiscal sustainability, particularly when governments ignore or are unaware of their deferred costs and associated fiscal risks. To use PPPs wisely governments should (1) develop and implement clear rules for their use; (2) identify, quantify, and disclose PPP risks and expected costs; and (3) reform budget and government accounting frameworks to capture all fiscal costs comprehensively».

⁽³⁸⁾ Cons. St., 13 April 2022, n. 2809, where it is underlined that «if the operator is not made aware of all the obligations of the service that he will have to perform, he will not be in a position to evaluate whether, due to his business organization, he is able to bear the risk without incurring in losses of business and his offer will inevitably turn out to be unreliable, it could happen that he is induced to revise downwards the quality of the service offered during the relationship only to avoid losses».

⁽³⁹⁾ P.A. requires highly complex and specific assessments with regard, for example, to the complex of assessments and in-depth analyzes to verify the presence of conditions of convenience for the public sector (value for money), the verification of possible design alternatives, the identification and allocation of the risks connected to the project, the verification of the economic-financial sustainability of the investment and of the acceptability of this by the credit institutions called to make the loans available. Finally, in the planning phase, the public administration should work to mitigate or eliminate, as far as possible, the administrative risk factors.

⁽⁴⁰⁾ *Stock-taking of administrative capacity, systems and practices across the EU to ensure the compliance and quality of public procurement involving European Structural and Investment (ESI) Funds*, Final report, in op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d1082259-0202-11e6-b713-01aa75ed71a1,

profile, as repeatedly reported by the supervisory authorities and by the European Court of Auditors⁽⁴¹⁾, takes on a particularly significant in relation to very complex transactions and negotiating instruments such as partnerships.

Some complexities have been fueled by a certain approach and certain legislative options that have characterized the regulation of partnership instruments in the Italian legal system.

In particular, the systematic claim of existence of a unitary code of public contracts, differently from other European countries – like Germany or the United Kingdom, which have not created a unitary code for the purpose of transposing the three directives of 2014 –, has substantially led to the subjection of each negotiating instrument to the logic of greater rigidity, typical of traditional public procurement contracts⁽⁴²⁾. The traditional model of public evidence represented the reference scheme with which the negotiating instruments characterized by an intrinsic flexibility, such as concessions and partnership contracts, were also governed.

p. 117, in particular, the second part relating to the analysis of individual European legal systems, where it is underlined, in relation to Italy, that «Administrative capacity has been identified as a key area of weakness in Italy's public procurement, as contracting authorities often lack the professional skills to draft procurement documentation and manage tendering procedures». Traditionally, the skill/set of procurement practitioners has been limited to administrative and legal curricula, and therefore lacks an important economic focus.

⁽⁴¹⁾ See Special Report no. 9/2018 of the European Court of Auditors, *Public-private partnerships in the EU: widespread shortcomings and limited benefits*, 2018, where it is underlined that often the potential advantages of PPPs do not materialize due to the limited administrative capacity of most Member States: «Successful implementation of PPP projects requires considerable administrative capacity, which can only result from appropriate institutional and regulatory frameworks and long experience in implementing PPP projects. The Court found that such capabilities currently exist in only a limited number of EU Member States».

⁽⁴²⁾ This is an issue aggravated by the internal choice to subject the PPP to the logic of public contracts – given the natural vis expansion of general instruments on special instruments –, but also by the very uncertainty of the postponement made in art. 179 of the Public Procurement Code to the discipline on concessions and to part II of the Procurement Code. In this sense, A. MASSERA, *Il quadro della trasposizione delle direttive europee tra obblighi di armonizzazione e opportunità di riordino della normativa nazionale*, with particular reference to work and service concessions, is expressed in A. FIORITTO (ed.), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Turin, 2017, p. 41 et seq.

This state of affairs has inevitably led to giving greater importance to the procedure with respect to the content and success of the negotiation operation, not only on the part of the legislator, but also on the part of the operators, interpreters and the supervisory authorities themselves.

Such a perspective clearly goes against the trend of those legal systems which, on the other hand, have paid less attention to regulatory and procedural aspects and in which partnership initiatives have been more successful: think, by way of example, of the experience of the British legal system⁽⁴³⁾, in which the public-private partnership has received minimal attention on a legislative and procedural level, against a great deal of attention in the definition of adequate public policies capable of guiding and supporting the various initiatives promoted at a decentralized level.

Moreover, from the point of view of partnership, it is the very idea to compete for a market – with a view to promoting competition or fighting corruption – that appears not fully adequate with respect to the logic with which the collaboration between public and private, which above all requires the presence of actors – public and private – able to carefully foresee the risks and to face, responsibly and with adequate incentives, the difficulties that arise during the management of the relationship.

Instead, the Italian experience of partnership seems to have been characterized *in peius* by a certain narrowness on the axiological level, which, combined with an economic context of contraction of public investments and rigidity of constraints on budgetary policies, has contributed to enhancing above all the dimension financing of private sector collaboration⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ A.C.L. DAVIES, *Public-private partnerships in English Law*, in A. FIORITTO (ed.), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, cit., p. 389.

⁽⁴⁴⁾ Also due to the reference made by the general rule on partnership to Eurostat criteria 69, the accounting profile of the possibility (or not) of entering the negotiating operation in the public budget has often become the main *raison d'être* of partnership operations and, above all, the main interpretative parameter for the legal (and economic-functional) reconstruction of the related negotiating instruments. The reference is contained in the art. 3, paragraph 1, lett. eee) of the Code of Public Contracts, which defines the “public-private partnership contract”.

In relation to the exceeding (or not) of the maximum limit of 49% to the public con-

The multidimensional logic that should distinguish the use of partnership instruments seems to have been reduced solely to the possibility of carrying out public works and interventions – not necessarily complex – with the prevalent use of private funds. This has contributed to causing a placement on the margins of the many opportunities that these tools could manifest for the public sector under the main aspects of innovativeness of the project proposals, greater adherence to the needs and requirements of the community, but also under the profile of the ability to mobilization of additional resources and synergies, not only economic, at a local level.

The prevailing attention to the accounting dimension of the partnership operation also seems to find confirmation in the weak attention that has been paid, both in the scientific field and in terms of legislative recognition, to those “atypical” partnership experiences⁽⁴⁵⁾. These, although characterized by a lesser financial relevance, assume an ever greater importance for

tribution in PPP operations, pursuant to art. 180, paragraph 6 of the Code of public contracts: see, in this sense, the multiple interventions of the administrative and accounting jurisprudence and, recently, the resolution of the Court of Auditors, section reg. Emilia Romagna control, no. 3/2021, which – in relation to a financial leasing proposal for a public work relating to the redevelopment and management of a municipal sports center – reiterated that «for the correct allocation of risks between the public and private parties, for the achievement of the economic and financial balance, the institution is required, in addition to the risks of construction, availability and demand, to evaluate in advance all the additional risk cases envisaged in the EUROSTAT decisions and referred to in the 2018 ANAC guidelines, through the careful analysis of each agreement which may have reflected on the public budget; the local authority is required, making use of an in-depth investigation, to the preliminary verification of the convenience of resorting to the instrument of public-private partnership, compared to the traditional contract in terms of optimizing the costs charged to its own budget». See also A. ANTONELLI, *Il partenariato pubblico-privato nelle dinamiche di finanza pubblica: “interferenze” reciproche ed esigenze di bilanciamento*, in A. FIORITTO (ed.), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, cit., p. 170.

⁽⁴⁵⁾ See C. IAIONE, *Il diritto all'innovazione sostenibile per l'investimento nelle infrastrutture sociali. Un'analisi empirica*, in *Riv. giur. ed.*, 2021, p. 301; on the importance of flexible and “special” partnership models, such as the one envisaged by art. 151, paragraph 3 of the Code of public contracts, could have in relation to the valorisation of “minor” cultural heritage, referral to A. MOLITERNI, *Public and private in the discipline of cultural heritage: the structure of the system, the problems, the challenges*, in ID. (ed.), *Patrimonio culturale e soggetti privati. Criticità e prospettive del rapporto pubblico-privato*, Naples, 2019, p. 39 ff.

the activation of virtuous models of collaboration between the public sector, the private sector and civil society, both for the purposes of better management of public assets, and for the purposes of the broadest satisfaction of the civil and social rights of the community. Such a trend has certainly not been favored by a part of the jurisprudence⁽⁴⁶⁾ oriented towards bringing any atypical partnership relationship within the logic and legislation of public procurement.

5. — *For an administrative system favorable to the development of partnership initiatives: concluding considerations.*

In the current season of strengthening of the public function, promotion and coordination of the economic system, the public-private partnership is responsible for ensuring a reinforcement as well as a stabilization of development objectives, with a view to contributing to achieving those structural transformations of the system economic and social, pursuable only through the link between public and private.

Even in the context of a more decisive protagonism of the public authorities in the definition of the strategic objectives of economic and social development, the competence, know-how and innovation of the private sector can play a decisive role in the prospecting of solutions capable of accelerating the ecological and digital transition of the administrative and industrial system. This leads to evident positive implications also for the optimal satisfaction of social rights: here the reference is made to the potential of new technologies in the sectors of integrated mobility, home assistance and healthcare or telemedicine⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ Consider the experience and discipline of co-planning in the social sphere and with third sector bodies that only the Constitutional Court, 26 June 2020, n. 131, decided not to lead back to the pro-competitive logic of public procurement, after some opposing positions of the Anac and the Council of State in opinion no. 2052 of 26 July 2018.

⁽⁴⁷⁾ C. SURACI, V. DE ANGELIS, G. LOFARO et al., *The Next Generation of eHealth: A Multi-disciplinary Survey*, in *IEEE Access*, vol. 10, 2022, pp. 134623-134646.

Moreover, the involvement of the private sector extends and consolidates the incentives to ensure the best achievement of the objectives of public importance⁽⁴⁸⁾ underlying the partnership operation.

The private sector, especially in the social sphere, could favor greater adherence of projects, which directly impact the territory, to the concrete needs of the community. This with regard to regenerative processes and enhancement of the forsaken or disused public heritage, including cultural heritage, that the public administration often fails to manage adequately because of the lack of resources, adequate planning and management skills. At this point it would be appropriate to welcome a vision in which the public, private and social private sectors contribute synergistically, also through partnership, to the concrete shape of development processes⁽⁴⁹⁾ that directly affect land management and the enjoyment of civil and social rights.

This perspective, seems to extend the logic of partnership in the complex management of public goods and services even beyond the more traditional infrastructural interventions for the construction of public works. Thus it should be assisted by a legal-institutional system truly capable of encouraging the use of partnership instruments and to simplify the legal framework, as recently proposed by the draft enabling law for the reform of the discipline of public contracts.

To this end, in the forthcoming process of reforming the regulations on public contracts, it will be essential to fully implement, when exercising the delegation contained in Law 21 June 2022, no. 78 (Delegation to the Government on public contracts), the criterion which aims to ensure a «strong incentive to resort to flexible procedures, such as competitive dialogue, partnership for innovation and competitive procedures with negotiation, for the stipulation of complex and long-term public contracts, in compliance with the principles of transparency and competitiveness» (letter z); as well

⁽⁴⁸⁾ As pointed out by A.C.L. DAVIES, *Public-private partnerships in English Law*, cit., p. 391, if the private individual must not only build but also ensure the optimal functioning of a hospital, he will have greater incentives to build it better and in the shortest possible time.

⁽⁴⁹⁾ C. IAIONE, *L'azione collettiva urbana tra partenariato pubblico-comunità e pubblico-comunità-privato*, in P. CHIRULLI, C. IAIONE (eds.), *La Co-Città*, Naples, 2018, p. 17 ss.

as the criterion which aims to ensure the «rationalisation, simplification, also through the provision of model contracts, and extension of the forms of public-private partnership, with particular regard to service concessions, project finance and the financial leasing of works public or public utility, also in order to make these procedures actually attractive for professional investors, as well as for operators in the public works market and in the provision of services rendered under concession, guaranteeing the transparency and publicity of the deeds» (letter aa).

Against this background, it appears essential to restore the discretion of the administrations, both at a regulatory level and in terms of interpretation, by going beyond the traditional logic of suspicion and distrust towards everything that is not duly regulated by the legislator but left to the autonomy of the parties. With regard to complex negotiating relationships and within the scope of the objectives of the PNRR, it would be necessary to give greater value to the result logic of the negotiating operation, with respect to the traditional attention paid solely to the procedural aspects⁽⁵⁰⁾.

The poorly formalized phase that precedes the decision on the feasibility of the private proposal should not turn into an advance public procedure⁽⁵¹⁾, especially in a context in which the presentation of a plurality of projects for the pursuit of the objectives already identified⁽⁵²⁾ is becoming more and more frequent from the PNRR.

Of course it is necessary to preserve transparency⁽⁵³⁾ and the prohibition

⁽⁵⁰⁾ M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 991 ss.

⁽⁵¹⁾ See Tar Catania, section I, 11 October 2021, n. 3057, for which the preliminary phase of the «choice of the promoter, even if proceduralized, is characterized by very wide administrative discretion, such as not to be made enforceable in the administrative judgment of legitimacy, since it is intended not already to choose the best among a plurality of offers on the basis of preordained technical and economic criteria, but on the very evaluation of a public interest which justifies, like the planning of public works, the acceptance of the proposal formulated by the aspiring promoter».

⁽⁵²⁾ Cons. St., 26 July 2018, n. 2729.

⁽⁵³⁾ On the extension to this phase of the principles of I. 7 August 1990, n. 241, see the resolution of the National Anti-Corruption Authority, 21 April 2021, n. 329, concerning

of unjustly discriminatory treatments, above all through the publicity of the motivation that supported the choice, but without transforming the phase preceding the competitive confrontation into a further and distinct public procedure. As the structural complexity of the contract grows, spaces for flexibility in the management of negotiations must be recognized, with progressive offers and continuous learning processes from the public to the private sector and the other way round, minimizing the automatisms and rigidities operating at a legislative level.

Also in relation to the subsequent management of the relationship, margins of flexibility and inevitable progressive adjustment of the negotiating structure should be preserved, assuming that a certain level of incompleteness of the contract is ingrained to the same complex logic of the partnership operation.

Therefore, it seems appropriate to analyze the partnership tool in a different way with respect to the that used for the public procurement, i.e. avoiding the temptation to uncritically transfer the rigidity and logic of suspicion, which have often characterized the Italian approach to the issue of public procurement, in the context of complex relationships. On the contrary it appears necessary to encourage the development of a cooperative logic which facilitates, through the appropriate incentives, the assumption of greater responsibilities by both public operators and private operators.

After all, since the market can offer truly innovative solutions only if it is adequately stimulated by the public sector, the public administration must be able to exercise “active commissioning”, also through the development of a correct attitude for negotiation, even if in a context of transparency.

As recently underlined in the report accompanying the approval of the

the *Publication of the final provisions of the feasibility assessment procedures of the proposals for the construction under concession of project financing works, pursuant to art. 183, paragraph 15, Legislative Decree 50/2016*, in www.anticorruzione.it/-/delibera-numero-329-del-21-aprile-2021 where it is underlined that «the administration, at the conclusion of the feasibility assessment procedure of the proposal received pursuant to art. 183, co. 15 of the code, is required to adopt an express and motivated administrative provision pursuant to articles 2, paragraph 1 and 3, co. 1 of law 241/1990».

standard partnership contract, this instrument should contribute to improving the negotiating capacity of the Administrations, especially of the territorial ones, and to avoid that the use of the PPP is essentially motivated by the need to bypass the constraints of a financial nature⁽⁵⁴⁾. This certainly implies the need for a strengthening of the administrative skills and capacity in the field of public contracts⁽⁵⁵⁾ even more urgent, through a strong technical specialization of the personnel⁽⁵⁶⁾, which will certainly be favored by the unification and aggregation of contracting authorities, also in order to ensure economies of scale in the procurement of goods, works and services⁽⁵⁷⁾.

The logic of aggregation would be more easily pursued in relation to contracts characterized by greater simplicity, a higher level of standardization and for which it appears essential to ensure the adequate support mechanisms in the construction and management of partnership relationships by the administrations.

Adequate support would be essential for both the phase of definition of the risk matrix – in order to prevent the political community from remaining conditioned and constrained for a long time by irrational choices – and for the purposes of the concrete operational translation of the specific objectives to be achieved and tools to evaluate its actual achievement.

⁽⁵⁴⁾ Thus in the explanatory report to the outline of «*Concession contract for the design, construction and management of public works for the direct use of the Public Administration, to be carried out in public-private partnership*», jointly approved by the ANAC (resolution no. 1116 of 22 December 2020) and by the State General Accounting Office (resolution no. 1 of January 5, 2021), in www.rgs.mef.gov.it/.

⁽⁵⁵⁾ In the 2017 Report on the Coordination of Public Finance, in www.corteconti.it/Home/Organizzazione/UfficiCentraliRegionali/UffSezRiuniteSedeControllo/RappCoord/RappCoord2017, it is underlined that «the fundamental prerequisite for the PPP market to grow within a policy of relaunching investments in infrastructure and services is also constituted by the quality of the projects, where the combination capacity and public and private capital, the sharing of risks, the exchange of experiences manage to build an effective framework for cooperation».

⁽⁵⁶⁾ C. BARBATI, *La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 15 ss.; M. RENNA, *Il cambiamento necessario: una contraddizione o una sfida?*, *ivi*, p. 155 ss.

⁽⁵⁷⁾ B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 613.

Additionally, it is necessary to further strengthen the initiatives and support mechanisms envisaged at a central level⁽⁵⁸⁾ – also for the implementation of the PNRR⁽⁵⁹⁾ –, taking as reference point the most advanced international experiences which, in many cases, have envisaged the establishment of real specialized agencies to support local administrations in the management of public-private partnership relationships.

In the comparative context, a plurality of tools has been made available to local administrations (guidelines, economic-financial plans, standard contracts, analysis models to evaluate the convenience of PPP), but above all a more solid institutional framework evolved, through the use of Agencies, task forces, support companies. For example, the UK has set up a specialist unit of the Treasury, a general care company (now Infrastructure UK) and a local partnership company.

⁽⁵⁸⁾ The Department for Economic Policy Planning and Coordination of the Presidency of the Council carries out an important support activity in the field of public-private partnership and project finance (based on the powers assigned by I. December 28, 2015, n. 208), although the assistance carried out in 2020 concerned only 18 initiatives, above all relating to local authorities and municipal administrations: these subjects have activated 60% of requests for assistance in recent years. Among the main institutional tasks of the DIPE in the field of PPPs, there are, in fact, the assistance and support to all the central and local public administrations that request it, the collection of data and the classification of the operations falling under the Eurostat Decision 2004, the promotion and dissemination of PPP models for the construction and management of public works or public utility works. The DIPE has assumed the tasks previously performed by the Project Finance Technical Unit (UTFP), established by law 17 May 1999 n. 144, art. 7 at the Interministerial Committee for Economic Planning (CIPE).

⁽⁵⁹⁾ Pursuant to article 11, paragraph 1, d.l. 31 May 2021, no. 77, converted, with amendments, into l. July 29, 2021, n. 108, first of all, the possibility is envisaged for the administrations «to increase the effectiveness and efficiency of the procurement activity and ensure rapid implementation of the projects of the PNRR and the other interventions connected to it» to resort to Consip S.p.A., which «makes specific contracts, framework agreements and technical support services available to public administrations» and «creates an information, training and tutoring program in the management of specific purchasing and planning procedures for the evolution of the National System of e-Procurement and the strengthening of the administrative and technical capacity of public administrations»: on the activation of this support, also for the purpose of defining needs, see now circular letter no. 6/2022 of the State General Accounting Department (Central Service Pnrr).

The transition process of the administrative, economic and social system towards the strategic objectives of the PNRR⁽⁶⁰⁾ reveals unprecedented spaces for the use of public-private partnership instruments and operations. However, the logic of partnership would really be able to ensure the strengthening and stabilization of the development choices implemented by the public authorities only if it were adequately supported by structural administrative reforms, which ameliorate the technical capacity of the administrations.

Furthermore it would require the overcome of the distrust perspective affecting the traditional legal and cultural approach to public contracts and the public-private relationship.

From a *de iure condendo* perspective, it would also be appropriate to make the use of public-private partnerships by the Administrations subject to the prior drafting of at least a three-year program of public needs capable of being met through forms of PPP as well as to a serious prior assessment of the convenience and feasibility.

⁽⁶⁰⁾ C. ADDESSO, *Strumenti di attuazione del PNRR e di rafforzamento della capacità amministrativa: il partenariato pubblico-privato e l'in house*, 5 July 2022, in www.giustizia-amministrativa.it; E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2005, p. 665 ss.; ID., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 915 ss.

MASSIMO BILLI^(*)

NUOVE TECNICHE GENOMICHE E OGM IN AGRICOLTURA

ABSTRACT: The genetic manipulation of plants destined to the nutrition has always represented a sector in continuous evolution during the years. The last evolution, represented by the so-called New Breeding Techniques, shows remarkable scientific and legal issues: this category distinguishes itself by a series of characteristics previously unknown, that make its positioning under the usual bipartition between Conventional Breeding Techniques and Transgenesis, typical of GMOs, very complicated. Despite their heterogeneity as regards the execution processes, the final product has always the same peculiarity: it does not contain exogenous genes because it is the result of a crossing between similar species, so that the genetical mutation is not trackable and the NBT products are not distinguishable from those obtained by CBTs. This “dissembled” nature of NBTs involved remarkable difficulties for national and international lawmakers in preparing a regulation, which considers every detail about these techniques and the products they realize.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Organismi geneticamente modificati e sviluppo sostenibile. – 3. Opportunità, rischi ed opzioni regolatorie. – 4. Inquadramento giuridico-scientifico del tema. – 5. Transgenesi, cisgenesi, genome editing. – 6. Nuove tecnologie per il miglioramento genetico. – 7. Il quadro normativo europeo di riferimento. – 8. Il contesto normativo europeo per le New Breeding Techniques. – 9. Considerazioni conclusive.

1. — *Introduzione.*

La disciplina⁽¹⁾ degli OGM⁽²⁾ si colloca nel quadro di una molteplicità di

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ A. ODDENINO, *La disciplina degli organismi geneticamente modificati. Il quadro di diritto comunitario*, in R. FERRARA, I.M. MARINO (a cura di), *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente*, Padova, 2003, P. 41.

⁽²⁾ La c.d. biotecnologia avanzata «rappresenta la moderna evoluzione della biotecnologie comunemente definite come tradizionali, costituite da interventi di manipolazione di processi naturali, quali ad esempio i processi di fermentazione degli zuccheri, realizzati

principi e interessi in gioco che spaziano dalla sicurezza alimentare per il contrasto di fame e malnutrizione, alla salubrità degli alimenti, allo sviluppo sostenibile, alla biodiversità e alla sovranità alimentare. In prospettiva comparatistica, nel contesto del pluralismo giuridico esistente in materia si innesta una circolazione dei modelli, in particolare di quello europeo basato sul principio di precauzione⁽³⁾. Questo fenomeno d'altronde pone questioni, da un lato, rispetto alle dinamiche del commercio internazionale con ordinamenti più permissivi⁽⁴⁾.

dall'uomo sin dall'antichità», in F. ROSSI DAL POZZO, *Profili comunitari ed internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Milano, 2005, p. 9. Si inizia a parlare di moderna biotecnologia con l'identificazione, nel 1953 grazie agli studi e ricerche di Watson e Clark, della doppia elica del DNA ed alla conseguente individuazione del meccanismo che consente di trasmettere informazioni genetiche, in M.P. BELLONI, *'Frankenstein Food'? Un'analisi critica delle contraddizioni e dei limiti della normativa internazionale e statunitense relativa agli organismi geneticamente modificati*, in *Dir. com. e degli scambi int.*, 2002, 2, p. 222. Al riguardo si veda anche B. SHERIDAN, *EU Biotechnology, Law and Practice*, Bembridge, Palladian Law Publishing Ltd., 2001, p. 3. Come ricorda anche S. VISANI, *Modelli normativi a confronto: regolamentazione degli OGM tra UE ed USA. Giurisprudenza in materia di brevettabilità degli organismi viventi*, in *Riv. dir. alim.*, 2015, 3, p. 57 ss., nel 1973 Stanley Cohen e Herbert Boyer della Stanford University hanno messo a punto le tecniche del Dna ricombinante, tutt'oggi usate per il trasferimento di materiale genetico da una cellula ad un'altra. I primi ad essere modificati geneticamente sono stati i batteri, arrivando al punto di far loro produrre sostanze utili per la salute dell'uomo, come ad esempio l'insulina, attraverso l'inserimento del gene per l'insulina umana all'interno dei batteri. Si rimanda inoltre a B. NASCIBENE, *Biotechnologie, principi di diritto comunitario e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Contr. e impr./Europa*, 2003, p. 267 ss.

⁽³⁾ Dichiarazione di Rio su Ambiente e Sviluppo, 1992, Principio 15: «Al fine di proteggere l'ambiente, un approccio cautelativo dovrebbe essere ampiamente utilizzato dagli Stati in funzione delle proprie capacità. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di una piena certezza scientifica non deve costituire un motivo per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale», richiamato nell'art. 191.2 TFUE. V. inoltre S. CAVALIERE, *La regolamentazione degli organismi geneticamente modificati e il principio di precauzione alla luce della sentenza della Corte di giustizia UE, causa C-111/16*, in *Osserv. cost.*, 2018, 1, pp. 1-25; A. ALEMANNI, *The shaping of the precautionary principle by European Courts*, in L. CUOCOLO, L. LUPARIA (a cura di), *Valori costituzionali e nuove politiche del diritto*, Milano, 2007, P. SAVONA, *Il governo del Rischio: diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Napoli, 2013, pp. 77-86 e 214-234. B. TANUS JOB MEIRA, *Regulación de la Biotecnología y derecho sancionador*, Curitiba, 2010, pp. 93-96.

⁽⁴⁾ M.P. BELLONI, *I limiti e le contraddizioni della normativa statunitense e internazionale*, in J.

La valutazione in merito alla definizione⁽⁵⁾ di OGM⁽⁶⁾ è divenuta, incessantemente più rilevante in corrispondenza con l'incremento delle tecniche di modificazione genetica. In particolare, l'aumento, negli ultimi trent'anni, di tecniche che consentono di conseguire singole modifiche genetiche in modo più preciso e rapido riguardo alle tecniche di breeding convenzionale⁽⁷⁾ han-

ALEXANDER, M.P. BELLONI, L. LUI, G. SATRIANO, *La disciplina comunitaria sulla sicurezza alimentare, sugli OGM e sul prodotto biologico. Un confronto con l'atteggiamento regolamentare degli Stati Uniti*, Roma, 2011, p. 244 ss.; E. MASTROSIMONE, *La disciplina dei prodotti derivati da organismi geneticamente modificati. Evoluzione del diritto comunitario e profili di diritto comparato*, in *Dir. econ.*, 2001, p. 699 ss.

⁽⁵⁾ Prima ancora che nella direttiva n. 2001/18/CE, la definizione di organismo geneticamente modificato si ritrova all'interno della Convenzione europea sulla responsabilità civile per il danno risultante da attività pericolose per l'ambiente, tenutasi a Lugano nel 1993. Essa definisce, infatti, l'OGM come «qualunque organismo nel quale il materiale genetico sia stato alterato in modo che non sia possibile produrlo naturalmente per accoppiamento o ricombinazione materiale», come ricordato da D. LIAKOPOULOS, *Il dibattito europeo relativamente ai problemi emergenti in merito al libero commercio degli organismi geneticamente modificati (OGM)*, in *Riv. dir. econ., trasp. e amb.*, 2006, consultabile in www.giureta.unipa.it/2006/17_PUBL_10_11_2006.htm. A conferma delle difficoltà definitorie incontrate dal legislatore europeo in tema di OGM, si vuole far notare che la definizione di OGM di cui all'art. 2, par. 5 del regolamento (CE) 1829/2003 relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati, sancisce che OGM significa organismo geneticamente modificato così come definito all'art. 2, par. 2 della direttiva 2001/18/CE, *ad esclusione degli organismi ottenuti attraverso le tecniche di modificazione genetica elencate nell'allegato I B della direttiva 2001/18/CE*, ossia degli organismi ottenuti attraverso mutagenesi. Pertanto, se da un lato gli organismi ottenuti mediante mutagenesi rientrano nel novero degli OGM secondo la direttiva 2001/18/CE sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati - sebbene non siano soggetti agli obblighi ivi previsti ai sensi della c.d. deroga della mutagenesi -, dall'altro lato i medesimi organismi non vengono considerati OGM dal regolamento relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati.

⁽⁶⁾ E. SIRSI, *OGM e agricoltura. Evoluzione del quadro normativo, strategie di comunicazione, prospettive dell'innovazione*, Napoli, 2017.

⁽⁷⁾ In questa categoria rientrano le tecniche di miglioramento genetico tradizionali, precedenti l'utilizzo delle ETGM, le quali permettono la creazione di piante aventi tratti preesistenti nel potenziale genetico del parentale. Tra queste tecniche rientrano, a titolo esemplificativo: la selezione, l'incrocio e la mutagenesi indotta a mezzo di determinati agenti chimici o fisici, caratterizzata dalla casualità della mutazione. Così G. ACQUAÀH, *Conventional Plant Breeding Principles and Techniques*, in J.M. AL-KHAYRI et al. (a cura di), *Advances in Plant Breeding Strategies: Breeding, Biotechnology and Molecular Tools*, Springer International Publishing, 2015.

no generato alcuni problemi di coordinazione in merito alla incertezza che si è venuta a creare quanto alla classifica dei prodotti ottenuti come OGM. Nonostante la normativa in materia sia stata profondamente mutata dal 1990 ad oggi, la definizione di OGM⁽⁸⁾ non è stata oggetto di una riformulazione complessiva e risulta pertanto tuttora basata sulle tecniche e sulle conoscenze della genomica disponibili al tempo della prima messa a punto⁽⁹⁾.

Le pressioni rivolte direttamente agli Stati membri dell'UE e la necessità di rilanciare la ricerca in agricoltura, da una parte hanno portato a riflettere sull'ampliamento della definizione, dall'altra parte hanno suggerito l'opportunità di muoversi sull'impianto generale nel senso di una riflessione, già emersa in passato, sulla scelta europea della legislazione di processo piuttosto che di prodotto.

2. — *Organismi geneticamente modificati e sviluppo sostenibile.*

Il patrimonio genetico delle specie viventi rappresenta la base di conoscenza per decodificare, replicare e modificare le loro informazioni genetiche⁽¹⁰⁾, e la prima fonte di risorse biogenetiche naturali del pianeta. Grazie alle biotecnologie, tali informazioni sono state da tempo utilizzate in applicazioni impiegate in campo agricolo⁽¹¹⁾, industriale, diagnostico e

⁽⁸⁾ E. SIRSI, *Note sulla definizione giuridica di OGM e sulle cd New Breeding Techniques* in occasione dell'Audizione della 9^o Commissione (Agricoltura e Produzione alimentare) del Senato del 13 luglio 2016, disponibile *online*, G. GUERRA, *Alimenti, tecnologie e obblighi di etichettatura. Riflessioni comparatistiche sulla convergenza legislativa tra Europa e U.S.A.*, in www.comparazioneDirittocivile.it.

⁽⁹⁾ In merito si veda L. KRÄMER, *Legal questions concerning new methods for changing the genetic conditions in plants*, consultabile in www.testbiotech.org; T.M. SPRINGER, *Legal analysis of the applicability of Directive 2001/18 on genome editing technologies*, consultabile in www.bfn.de.

⁽¹⁰⁾ In altre parole, oggi è possibile intervenire sugli organismi viventi non più solo per mezzo del naturale processo riproduttivo, bensì alterandone l'identità genetica in laboratorio, F. COTTONE, *I caratteri innovativi della direttiva sugli OGM*, in *Ambiente*, 2001, p. 967.

⁽¹¹⁾ Cfr. N.D. HAMILTON, *Legal Issues Shaping Society's Acceptance of Biotechnology and Genetically Modified Organism*, in *Drake Journal of Agricultural Law*, 2001, p. 82. L'Autore afferma che la tecnica di ricombinazione del DNA, diffusasi a partire dagli anni Ottanta a livello industriale,

terapeutico⁽¹²⁾.

L'ingegneria genetica⁽¹³⁾ più all'avanguardia procede ben oltre la possibilità di modificare i genomi⁽¹⁴⁾ naturali per inserire caratteri di maggiore

ha portato a grandi cambiamenti anche nella produzione agricola e alimentare. Si vedano inoltre D.G. DOTSON, *Biotech Pollution: Assessing Liability for Genetically Modified Crop Production and Genetic Drift*, in *Idaho Law Review*, 2000, p. 587 s., secondo cui: «*The reality is that genetically modified (GM) food is already pervasive within the markets*» e «*the creation of GMOs has revolutioned genetic science by taking genetic manipulation to a mechanical level*». Si vedano, al riguardo, anche M. VALLETTA, *Biotechnologia, agricoltura e sicurezza alimentare: il nuovo regolamento sui cibi e mangimi geneticamente modificati ed il processo di sistematizzazione del quadro giuridico comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2003, p. 1471; G. AMADEI, *L'innovazione transgenica in agricoltura: vantaggi economici*, in *Riv. dir. agr.*, 1998, p. 357; M.P. RAGIONIERI, *Alimenti ed OGM*, in *Riv. dir. alim.*, 2008, 1, p. 1 ss.

⁽¹²⁾ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'editing genetico e la tecnica CRISPR-Cas9: considerazioni etiche*, in *Biodiritto.org*. «I vantaggi prospettati dai sostenitori delle coltivazioni OGM rispetto alle coltivazioni tradizionali consistono principalmente in una maggiore resistenza delle piante ed in una più alta qualità dei prodotti. [...] Vi sarebbero inoltre vantaggi anche indiretti per l'ambiente, in quanto la maggiore produttività dei campi seminati con prodotti GM farebbe venir meno la necessità di aumentare le superfici coltivate a discapito di foreste e ambienti naturali. Queste attese non sono tuttavia universalmente condivise. [...] Schematizzando possiamo ricondurre i motivi [dello] scetticismo a tre ordini di preoccupazioni: per gli effetti sulla salute dell'uomo, per gli effetti sull'ambiente e per gli effetti socioeconomici». Così M. BERTI, *La dimensione economica ed ambientale*, in C. CASONATO, M. BERTI (a cura di), *Il diritto degli OGM tra possibilità e scelta: atti del convegno*, Trento, 2006, p. 77 s.

⁽¹³⁾ L'espressione indica le modificazioni artificialmente introdotte nell'informazione genetica di una cellula mediante l'inserimento in essa di altre informazioni genetiche. In proposito, si vedano: International Union of Pure and Applied Chemistry, *Gold Book*, voce *Gene manipulation*, 2017, consultabile in goldbook.iupac.org/html/G/G02607.html, che definisce la manipolazione genetica come l'uso di tecniche in vitro per produrre molecole di DNA contenenti nuove combinazioni di geni o sequenze alterate, e l'inserimento di queste in vettori che possono essere utilizzati per la loro incorporazione in organismi ospiti o cellule in cui sono in grado di continuare la propagazione dei geni modificati; L. YOUNT, *Biotechnology and Genetic Engineering. Facts on File*, 3^a ed., New York, 2008; D.S.T. NICHOLL, *An Introduction to Genetic Engineering*, 3^a ed., Cambridge, 2008; J.D. WATSON, *Recombinant DNA: Genes and Genomes: A Short Course*, San Francisco, 2007; S. SMILEY, *Genetic Modification: Study Guide (Exploring the Issues)*, Independence Educational Publishers, Cambridge, 2005; F. MASTROPAOLO, voce *Ingegneria genetica*, in *Dig. civ.*, IX, UTET, Torino, 1993, p. 427 ss.

⁽¹⁴⁾ Il genoma è la totalità del DNA di un organismo biologico: cfr. INTERNATIONAL UNION OF PURE AND APPLIED CHEMISTRY, voce *Genome*, consultabile in goldbook.iupac.org/html/G/G02616.html.

resistenza, longevità o adattabilità all'ambiente⁽¹⁵⁾, dando luogo a organismi geneticamente modificati, cosiddetti OGM⁽¹⁶⁾.

Tramite lo studio dei sistemi biogenetici, la cognizione delle potenzialità espressive dei geni nelle diverse sequenze genomiche e relativi contesti funzionali, la loro attivazione e i possibili risultati della reciproca interazione, la biologia di sintesi consente la creazione di geni artificiali e sistemi genetici utili per nuovi modelli biologici, animali e vegetali, ma anche materie prime⁽¹⁷⁾, biocombustibili, agenti immunizzanti, farmaci, etc.⁽¹⁸⁾.

Le colture e gli alimenti geneticamente modificati, in particolare, prefigurano interessanti prospettive di evoluzione sociale ed economica, nell'ottica di fornire una soluzione ai problemi della fame e della malnutrizione⁽¹⁹⁾. D'altronde, tali innovazioni biotecnologiche pongono questioni rilevanti al contempo dal punto di vista dello sviluppo sostenibile⁽²⁰⁾ e del diritto com-

⁽¹⁵⁾ Cfr. J. RIFKIN, *Il secolo biotech. Il commercio genetico e l'inizio di una nuova era*, Milano, 1998.

⁽¹⁶⁾ L'Organizzazione Mondiale della Sanità definisce alimenti geneticamente modificati quelli derivati da organismi il cui DNA è stato modificato in un modo che non si verifica naturalmente (cfr. WHO, *Food, genetically modified*, consultabile in www.who.int/topics/food_genetically_modified/en).

⁽¹⁷⁾ V. DI STEFANO, *Produzione di energia rinnovabile e agro-fotovoltaico: considerazioni alla luce del Piano nazionale ripresa e resilienza e del d.l. semplificazioni bis*, in *Dir. e giur. agr. amb.*, 2022, p. 1.

⁽¹⁸⁾ V. L. COSTATO, *Diritto nazionale, diritto comunitario e organismi biologicamente modificati*, in *Studium iuris*, 1997, p. 1268. L'autore espressamente scrive che: «Tra le scoperte più rilevanti, per lo stesso futuro dell'umanità, realizzate in tempi abbastanza recenti occorre segnalare l'uso di tecnologie raffinatissime al fine di introdurre frammenti di DNA in cellule originariamente non portatrici di esse, ovvero dotate di DNA difettoso. Tra esse di grande e indiscusso aiuto agli ammalati di diabete è stata la modifica del DNA di batteri che ora producono insulina umana purissima».

⁽¹⁹⁾ Sul punto v. in dottrina G. SGARBANTI, *OGM e BIO: una vera incompatibilità o, in prospettiva, un felice connubio?*, in N. LUCIFERO, S. CARMIGNANI (a cura di), *Le regole del mercato agroalimentare tra sicurezza e concorrenza*, cit., p. 629 ss.; ID., *Profili giuridici sulla coesistenza tra colture transgeniche, convenzionali e biologiche (anche alla luce della proposta di consentire agli Stati membri dell'UE di limitare o di vietare la coltivazione di OGM sul loro territorio)*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Costato, I, Diritto agrario e agroambientale*, Napoli, 2014, p. 709.

⁽²⁰⁾ La promozione dell'agricoltura sostenibile è inclusa nel Goal n. 2, *Zero Hunger*, di Agenda 2030 e in numerose norme vincolanti e di soft law internazionali, v. S. MAN-SERVISI, *Le Convenzioni internazionali sul clima e il ruolo dell'agricoltura*, in *Agricoltura, Istituzioni, Mercati*,

parato, con particolare riguardo ai Paesi in via di sviluppo data la natura transnazionale di tali biotecnologie, e nello specifico rispetto all'impatto degli OGM sulla biodiversità⁽²¹⁾ del biosistema e sulla salvaguardia delle produzioni locali e dei piccoli agricoltori⁽²²⁾.

Alla luce del rapido sviluppo del settore, quindi, i giuristi sono chiamati a confrontarsi con questioni di elevato rilievo in merito all'ingresso agli input di base come i semi ed ai limiti al loro utilizzo, alla diffusione delle tecnologie e dei prodotti biotecnologici, alla salubrità alimentare, alla trasparenza e informazione⁽²³⁾ ai consumatori⁽²⁴⁾, etc.

2016, 2, pp. 22-51; Id., *Il ruolo emergente del diritto agroalimentare tra economia circolare e SDGs di Agenda 2030*, in N. LUCIFERO, S. CARMIGNANI (a cura di), *Le regole del mercato agroalimentare tra sicurezza e concorrenza. Diritti nazionali, regole europee e convenzioni internazionali su agricoltura, alimentazione, ambiente* (Atti del Convegno di Firenze in onore della Prof.ssa Eva Rook Basile, 21 e 22 novembre 2019, Firenze), Napoli, 2020, pp. 843-876.

⁽²¹⁾ Cfr. G. CARRADA, P. MORANDINI, M. MORGANTE, A. VITALE, *Prima i geni: Liberiamo il futuro dell'agricoltura 2017*, approfondimento tesi 10, in primaigeni.it/appello.pdf.

⁽²²⁾ V. S. SHRESTHA, *Genetically Modified Organisms and Human Genetic Engineering: How Should National Policy-Makers Respond to Perceived Risks Beyond National Borders?*, TLI Think! Paper 83/2017, in papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3049616.

⁽²³⁾ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1829/2003/CEE del 22 settembre 2003, relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati. Il *considerando* n. 3 dispone infatti che: «Al fine di proteggere la salute umana e animale, gli alimenti e i mangimi che contengono organismi geneticamente modificati o sono costituiti o prodotti a partire da tali organismi (qui di seguito denominati 'alimenti e mangimi geneticamente modificati') dovrebbero essere sottoposti a una valutazione della sicurezza tramite una procedura comunitaria prima di essere immessi sul mercato comunitario». Come ricorda B. VAN DER MEULEN, *Eu Food Law Handbook*, Wageningen Academic Publishers, 2014, p. 276, il reg. n. 1829/2003 «regulates the placing on the market of food and feed products containing or consisting of GMOs and provides for the labelling of such products for the final consumer».

⁽²⁴⁾ V. R. MONTANARO, *La normativa italiana in materia di OGM e mOGM*, in *Ambiente*, 2001, p. 973; L. COSTATO, *Diritto nazionale, diritto comunitario e organismi biologicamente modificati*, cit., p. 1269. L'A. osserva che l'ottica c.d. mercantile della direttiva n. 90/220 emerge dalla lettura dei *considerando* numero sei e dieci. Il primo, infatti, recita che: «È necessario garantire uno sviluppo sicuro dei prodotti industriali contenenti OGM»; il secondo afferma che: «l'emissione deliberata di OGM nella fase di ricerca è in molti casi una tappa fondamentale nello sviluppo di nuovi prodotti che derivano da OGM o che ne contengono». Si v. inoltre, in proposito, F. CAPRA, U. MATTEI, *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune*

In questo scenario, le questioni principali, rese più complesse dalla dimensione transnazionale che contraddistingue i mercati agricoli ed i prodotti OGM, sono quelle di stabilire forme e limiti della libertà di accesso e sfruttamento commerciale delle colture e/o dei prodotti geneticamente modificati, e norme effettive per la tutela della salubrità degli alimenti⁽²⁵⁾ e la garanzia di trasparenza ai consumatori⁽²⁶⁾.

3. — *Opportunità, rischi ed opzioni regolatorie.*

Attualmente, il genere umano si trova di fronte alle grandi sfide di una popolazione mondiale in continua crescita ed alle crescenti minacce associate al cambiamento climatico. Si prevede che il mondo raggiungerà 9,8 miliardi di persone nel 2050 e 11,2 miliardi di persone nel 2100⁽²⁷⁾.

with Nature and Community, Oakland, 2015; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2016; R. BIN, N. LUCCHI, S. LORENZON (a cura di), *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, Milano, 2012; S. CANESTRARI et al. (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011; C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto*, Padova, 2011; R. BIN, *La libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 215 ss.; R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008; C. CASONATO (a cura di), *Life, Technology and Law*, Padova, 2007; C.M. ROMEO CASABONA, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Comares, Bilbao-Granada, 2002; A. STAZI, *Biotechnological Inventions and Patentability of Life. The US and European Experience*, Cheltenham, 2015.

⁽²⁵⁾ In merito, M. BENOZZO, *Alimenti Geneticamente Modificati*, in *Tratt. dir. agr.* diretto da L. Costato, A. Germanò e E. Rook Basile, 3, Torino, 2011, p. 153 ss.; R. SAIJA, A. TOMMASINI, *La disciplina giuridica dell'etichettatura degli alimenti*, *ivi*, p. 497ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. A. FALCONE, *Tutela della salute e della libertà della ricerca scientifica nelle nuove biotecnologie di sintesi in campo genetico. Dai brevetti "biotech" ai modelli "open source"*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2014, 1, p. 209 ss.; NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Global Challenges and Directions for Agricultural Biotechnology: Workshop Report*, Washington, 2008, in www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/25032331; R. PRASAD, *The Fertility Tourists*, in *The Guardian*, 30 luglio 2008, consultabile in www.theguardian.com/lifeandstyle/2008/jul/30/familyandrelationships.healthandwellbeing.

⁽²⁷⁾ V. UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, *World Population Projected to Reach 9.8 Billion in 2050, and 11.2 billion in 2100*, UN Reports, 21 giugno 2017,

Secondo i dati più recenti nel mondo ci sono 815 milioni di persone affette da fame cronica e 52 milioni di bambini che soffrono di malnutrizione acuta⁽²⁸⁾.

Dopo la devastante crisi alimentare mondiale del 2007-2008, che ha attivato rivolte alimentari in diversi Paesi e ha dimostrato chiaramente le fragilità e l'interconnessione dell'odierna produzione alimentare globale⁽²⁹⁾, l'insicurezza alimentare continua ad aumentare⁽³⁰⁾. Esistono diversi fattori che hanno contribuito a questo, tra cui i conflitti armati, la globalizzazione e finanziarizzazione del sistema alimentare ed il cambiamento climatico⁽³¹⁾.

In tale contesto, la questione sempre più urgente di come nutrire il mondo in modo equo e sostenibile⁽³²⁾ ha suscitato un vivace dibattito e una profonda contestazione⁽³³⁾. In considerazione delle sue dimensioni sempre più chiaramente transnazionali, è emerso il concetto di "sicurezza alimentare", come base dei vari programmi legati all'alimentazione che sono stati introdotti da diverse organizzazioni internazionali⁽³⁴⁾.

consultabile in www.un.org/development/desa/en/news/population/world-population-prospects-2017.html; PHYS, UN warns of 'perfect storm' of hunger, climate change, 16 ottobre 2018, consultabile in phys.org/news/2018-10-storm-hunger-climate.html.

⁽²⁸⁾ Così FAO, *What We Do*, 2018, consultabile in www.fao.org/about/what-we-do/en.

⁽²⁹⁾ V. in proposito A. SHAH, *Global Food Crisis 2008*, in *Global Issues*, 10 agosto 2008, consultabile in www.globalissues.org/article/758/global-food-crisis-2008.

⁽³⁰⁾ Cfr. FAO et al., *The State of Food Security and Nutrition in the World 2018: Building Resilience for Peace and Food Security*, 2018, consultabile in www.fao.org.

⁽³¹⁾ In effetti, il cambiamento climatico sta rapidamente diventando un problema che desta grave preoccupazione a causa della sua natura globale e complessa e del suo impatto devastante sulla produzione di cibo, colpendo le popolazioni più vulnerabili con la maggiore severità.

⁽³²⁾ Cfr. E. CRISTIANI, *Quali regole per un'agricoltura sostenibile?*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, p. 655.

⁽³³⁾ V. P.C. ZUMBANSEN, E. WEBSTER, *Introduction: Transnational Food (In)Security*, in *Transnational Legal Theory*, vol. 9, nn. 3-4, p. 175 ss., consultabile in papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3247625.

⁽³⁴⁾ In merito si veda: UNITED NATIONS, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, 2015, A/RES/70/1, consultabile in sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf; WORLD FOOD SUMMIT, *Rome Declaration and Plan of Action*, 1996, consultabile in www.fao.org/wfs/in-

Questi sforzi, nel bene o nel male, hanno contribuito al diffondersi della concezione secondo cui un approccio liberale basato sul mercato alla sicurezza alimentare doveva basarsi sul presupposto che l'insicurezza alimentare esiste in quanto la produzione del cibo e la sua distribuzione non soddisfano i bisogni della popolazione mondiale⁽³⁵⁾. Pertanto, si è diffusa l'opinione dominante secondo cui è necessario sviluppare una maggiore e migliore produzione alimentare, ed in particolare l'accesso al cibo⁽³⁶⁾, attraverso l'utilizzo delle tecnologie esistenti, il commercio liberalizzato e la finanza globale⁽³⁷⁾.

dex_en.htm; in dottrina: A. ORFORD, *Food Security, Free Trade, and the Battle for the State*, in *Journal of International Law and International Relations*, 2015, vol. 11, n. 2, p. 1 ss.; L. JAROSZ, *Comparing Food Security and Food Sovereignty Discourses. Dialogues in Human Geography*, 2014, vol. 4, n. 2, p. 168 ss.; R. RAYFUSE, N. WEISFELT (a cura di), *The Challenge of Food Security: International Policy and Regulatory Frameworks*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012; B. KARAPINAR, C. HÄBERLI (a cura di), *Food Crises and the WTO*, Cambridge, 2010.

⁽³⁵⁾ V. P.C. ZUMBANSEN, E. WEBSTER, *Introduction: Transnational Food (In)Security*, cit., p. 179; C. PEARSON, *A fresh look at the roots of food insecurity*, in R. REYFUSE, NICOLE WEISFELT (a cura di), *The challenge of food security: international policy and regulatory frameworks*, cit.

⁽³⁶⁾ Cfr. FAO, *The State of Food Insecurity in the World 2001*, consultabile in www.fao.org/docrep/003/y1500e/y1500e00.htm; J. DRÈZE, A. SEN, *Hunger and Public Action*, Oxford, 1989; A. SEN, *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford, 1981.

⁽³⁷⁾ In tal senso, v. THE WORLD BANK, *Food Security*, 2018, consultabile in www.worldbank.org/en/topic/food-security; UNCTAD, *Trade and Environment Review 2013: Wake Up Before It Is Too Late*, consultabile in unctad.org/en/publicationslibrary/ditcted2012d3_en.pdf; in dottrina: M.E. MARGULIS, *The World Trade Organization between law and politics: negotiating a solution for public stockholding for food security purposes*, in *Transnational Legal Theory*, 2019, vol. 9, nn. 3-4, p. 1 ss.; A. ANYSHCHENKO, *The Interaction Between Science, Policy and Law in the Field of Food Security: Can Biotechnology Contribute to Sustainable Agriculture?*, consultabile in papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3325406; E. BRODWIN, *A controversial technology could save us from starvation - if we let it*, in *Business Insider*, 12 aprile 2018, consultabile in www.businessinsider.com/crispr-genetic-modification-agriculture-food-2018-4; K. BURNETT, S. MURPHY, *What place for international trade in food sovereignty?*, in *The Journal of Peasant Studies*, 2014, vol. 41, n. 6, p. 1065 ss.; L. JAROSZ, *Defining World Hunger: scale and neoliberal ideology in international food security policy discourse*, in *Food, Culture and Society: An International Journal of Multidisciplinary Research*, 2011, vol. 14, n. 1, p. 117 ss.; *contra*, cfr. J. CLAPP, *Hunger and the global economy: strong linkages, weak action*, in *Journal of International Affairs*, 2014, vol. 67, n. 2, p. 1 ss.; J. CLAPP, S. MURPHY, *The G20 and Food Security: a Mismatch in Global Governance?*, in *Global Policy*, 2013, vol. 4, n. 2, p. 129 ss.

In questo scenario, risulta di particolare rilievo il tema dei cosiddetti OGM⁽³⁸⁾, ossia, come accennato, organismi il cui materiale genetico è stato cambiato in maniera non naturale⁽³⁹⁾. Lo scopo degli organismi geneticamente modificati è quello di introdurre nuovi tratti genetici per migliorare l'utilità e il valore degli stessi⁽⁴⁰⁾. Gli OGM più comuni presenti sul mercato oggi sono le colture geneticamente modificate. Uno dei motivi principali per lo sviluppo di tali colture è quello di migliorare la loro resa, attraverso l'introduzione di tratti genetici che consentano maggiore resistenza alle malattie delle piante o tolleranza agli erbicidi⁽⁴¹⁾.

Anche se negli anni la commercializzazione delle coltivazioni geneticamente modificate è cresciuta esponenzialmente, è tuttora controverso se la presenza di questi OGM sia totalmente sicura e se dovrebbero continuare a crescere⁽⁴²⁾. Da un lato, tali colture forniscono un contributo rispetto alle questioni della sicurezza alimentare, della sostenibilità e del cambiamento climatico⁽⁴³⁾. Dall'altro, come rilevato dall'Organizzazione Mondiale della

⁽³⁸⁾ Cfr. K. GOSTEK, *Genetically Modified Organisms: How the United States' and the European Union's Regulations Affect the Economy*, in *Michigan State International Law Review*, 2016, vol. 24, p. 761 ss., consultabile su: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2843337; S. SHRESTHA, *Genetically Modified Organisms and Human Genetic Engineering: How Should National Policy-Makers Respond to Perceived Risks Beyond National Borders?*, cit., p. 3 ss.; D.M. STRAUSS, *The international regulation of genetically modified organism: importing caution into the U.S. food supply*, in *Food and Drug Law Journal*, 2006, vol. 61, n. 2, p. 167 ss.

⁽³⁹⁾ Sul punto v. D. BRESSANINI, *OGM tra leggenda e realtà. Alla scoperta delle modifiche genetiche nel cibo che mangiamo*, 2ª ed., Bologna, 2018, p. 30.

⁽⁴⁰⁾ V. T. PHILLIPS, *Genetically modified organisms (GMOs): Transgenic crops and recombinant DNA technology*, in *Nature Education*, 2008, vol. 1, n. 1, p. 213 ss.

⁽⁴¹⁾ A proposito v. WHO, *Food, Genetically Modified*, cit.

⁽⁴²⁾ In merito v. K. GOSTEK, *Genetically Modified Organisms: How the United States' and the European Union's Regulations Affect the Economy*, cit., p. 763 ss.

⁽⁴³⁾ In tal senso si riporta come ad esempio tra il 1996 e il 2012 la produzione e l'uso delle colture geneticamente modificate rispetto alle colture convenzionali abbiano consentito il risparmio di 497 milioni di kg di principi attivi di pesticidi e la riduzione di emissioni di CO₂ di 26,7 miliardi di kg nel solo 2012, contribuendo ad alleviare la povertà per circa 16,5 milioni di piccoli agricoltori, cfr.: INTERNATIONAL SERVICE FOR THE ACQUISITION OF AGRICULTURAL BIOTECH APPLICATIONS, *ISAAA Brief 46-2013: Top Ten Facts*, consultabile in www.isaaa.org/resources/publications/briefs/46/topfacts/default.asp.

Sanità, esse danno luogo ai rischi dell'introduzione involontaria di allergeni negli alimenti, del trasferimento di geni resistenti agli antibiotici, e della migrazione di geni da piante geneticamente modificate in colture convenzionali o correlate specie naturali⁽⁴⁴⁾.

Lo sviluppo delle biotecnologie che consentono l'intervento sulle colture e sul cibo e le relative conseguenze sotto il profilo economico-giuridico⁽⁴⁵⁾, dunque, ha dato luogo a un dibattito particolarmente acceso, che vede fronteggiarsi da un lato i sostenitori del loro sviluppo in nome dell'obiettivo della sicurezza alimentare necessaria per soddisfare il crescente fabbisogno di cibo, dall'altro chi ripudia l'utilizzo delle stesse per tutelare a seconda dei casi la biodiversità, sovranità, salubrità o integrità degli alimenti⁽⁴⁶⁾.

Dal punto di vista giuridico, tali differenti visioni hanno spinto i legislatori di tutti i Paesi a confrontarsi con l'esigenza di fornire una disciplina al fenomeno⁽⁴⁷⁾.

4. — *Inquadramento giuridico-scientifico del tema.*

La ricerca biotecnologica è divenuta, negli ultimi anni, una delle tematiche centrali a livello planetario ed ha posto fondamentali temi di discussione ancora oggi aperti e controversi. Non si fatica a comprendere come il dibattito coinvolga problematiche interconnesse non solo sul piano giuridico-

⁽⁴⁴⁾ WHO, *Frequently Asked Questions on Genetically Modified Foods*, consultabile in www.who.int/foodsafety/areas_work/food-technology/faq-genetically-modifiedfood/en.

⁽⁴⁵⁾ Si rimanda a G. BRUNORI, *Come analizzare l'impatto socio-economico degli OGM*, in *Amb. e svil.*, 2014, p. 1.

⁽⁴⁶⁾ In merito, v. A. LUPO, *Sostenibilità del settore agro-alimentare, biotecnologie e food safety nell'Unione Europea: il paradigma degli organismi geneticamente modificati*, in *Riv. quadri. dir. amb.*, 2005, 1, p. 53 ss.

⁽⁴⁷⁾ V. S. VISANI, *Modelli normativi a confronto: regolamentazione degli Ogm tra UE e USA. Giurisprudenza in materia di brevettabilità degli organismi viventi*, in *Riv. dir. alim.*, 2015, 3, p. 57 ss.

scientifico, ma anche sul piano ambientale, etico⁽⁴⁸⁾, sociale ed economico⁽⁴⁹⁾. Dagli inizi dell'origine dell'agricoltura, attraverso i preistorici sforzi di domesticazione⁽⁵⁰⁾ floro-faunistici, al millenario perpetrarsi dell'attività agricola, cadenzata dalla suddivisione connessa delle specie produttive⁽⁵¹⁾, si mantiene un segno di continuità nell'attività ancora attualmente svolta dall'agricoltore nel dirigere l'operato della natura modificando geneticamente le specie adomesticare attraverso le c.dd. *Conventional Breeding Techniques* o CBTs⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁸⁾ In dottrina si vedano M. MENSÌ, *OGM: organismi geneticamente etici?*, in *Amb. e svil.*, 2014, p. 1 ss.; E. CAPOBIANCO, *Bioetica, diritto e valori fondamentali della persona*, in *Amm. pol.*, 1998, p. 615 ss. Un richiamo ai principi etici si ritrova anche nella direttiva n. 2001/18/CE, in particolare nei *considerando* nn. 9, 57 e 58.

⁽⁴⁹⁾ ISTITUTO PER LA COMPETITIVITÀ, *Benefici sotto stress. Una stima del valore economico degli OGM nella filiera agroalimentare italiana*, 2015, consultabile in assobiotec.federchimica.it/docs/default-source/pubblicazioni/pubblicazioniagro/policy-paper_stima-del-valore-economico-degli-ogm-nella-filiera-agroalimentare-italiana.pdf?sfvrsn=2.

⁽⁵⁰⁾ SOCIETÀ ITALIANA DI GENETICA AGRARIA, SOCIETÀ ITALIANA DI BIOLOGIA VEGETALE, *Considerazioni riguardo la tecnica del genome editing per il miglioramento genetico delle colture agrarie*, 2016, p. 2, consultabile in www.geneticaagricola.it.

⁽⁵¹⁾ G. BOLLA, *Diritto, Partizioni*, II, *Diritto agrario*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 849.

⁽⁵²⁾ Le CBTs comprendono «incroci inter e intraspecifici, vigore dell'ibrido, ibridazione somatica, tecniche di incrocio multiplo, induzione della poliploidia e mutagenesi attraverso l'utilizzo di mutageni chimici o fisici», in AA.VV., *Panoramica sulle tecniche di miglioramento genetico in agricoltura*, reperibile in www.isprambiente.gov.it. In merito si veda D. BRESSANINI, *OGM tra leggenda e realtà. Alla scoperta delle modifiche genetiche nel cibo che mangiamo*, cit., p. 30. Osserva l'A. come la poliploidia debba necessariamente essere contenuta nell'elenco delle tecniche che non hanno per effetto una modificazione genetica, altrimenti «non soltanto il triticale, ma anche l'uva e l'anguria senza semi (e un elenco lunghissimo di altri vegetali) dovrebbe portare l'etichetta OGM». L'autore critica, però, la scelta del legislatore europeo. Ritene, infatti, assurdo che per legge venga stabilito che queste tecniche non modificano geneticamente l'organismo, anche se nella realtà dei fatti ciò succede. A tal fine porta l'esempio del triticale, ove «invece di un solo gene, si è trasferito un intero genoma». Ai fini di una maggiore comprensione, occorre svolgere una breve digressione su cosa sia il triticale. Nel 1875 un botanico inglese, Steven Wilson, tentava di incrociare il frumento e la segale (due piante appartenenti a due generi diversi), ottenendo piante con caratteristiche intermedie, che però erano sterili. È solo nel 1888 che un agronomo tedesco, Wilhelm Rimpau, ottenne il primo incrocio fertile tra il frumento tenero e la segale, creando in tal modo una nuova specie, prima non esistente in natura. Essa venne in seguito nominata triticale, dai nomi dei suoi 'progenitori', il frumento (Triticum) e la segale (Secale).

La discontinuità radicale rispetto a questo processo risalente nel mondo della produzione agricola si avvia invece con le invenzioni biotecnologiche⁽⁵³⁾, che rappresentano uno scenario per molti aspetti ancora inedito e assolutamente centrale per la regolazione giuridica, in ragione della loro vasta portata potenziale e delle loro incidenze sulla vita umana⁽⁵⁴⁾.

A partire dagli anni Ottanta del Novecento, lo sviluppo delle conoscenze in materia e delle moderne tecnologie ha permesso non solo di estendere l'esplorazione della variabilità genetica delle piante, ma anche di comprendere le potenzialità dell'ingegneria genetica, indicata anche come "tecnologia del DNA ricombinante"⁽⁵⁵⁾, attraverso la realizzazione dei primi organismi

⁽⁵³⁾ «In altri termini, le biotecnologie consistono nell'utilizzo integrato di discipline sia biologiche sia ingegneristiche per la produzione di beni e servizi, attraverso l'uso di organismi viventi, cellule e loro componenti», come ricorda G. CAFORIO, *I trovati biotecnologici tra i principi etico-giuridici e il codice della proprietà industriale*, Torino, 2006, p. 1. Specifica poi B.S. SINGH, *Fundamentals of Plant Biotechnology*, Delhi, 2007, p. 1 ss., che è possibile suddividere la storia della biotecnologia in quattro fasi principali. La prima si fonda su un approccio empirico nella selezione di animali e piante: il processo è lento e non si possiede alcuna conoscenza delle leggi genetiche che governano la materia. Si parla al riguardo, infatti, di 'tecnologia senza scienza', fenomeno che continua fino alla seconda metà dell'Ottocento. La seconda inizia con l'identificazione dei microorganismi che causano la fermentazione, da parte del biologo francese L. Pasteur. La terza fase si caratterizza per un forte sviluppo dell'industria petrolchimica, oltre che per la scoperta, da parte di Alexander Fleming nel 1928, della penicillina. Essa permise la produzione su larga scala di antibiotici. L'ultima fase inizia nel 1953 con la scoperta, da parte di J. Watson e F. Crick, della struttura a doppia elica del DNA. Per alcuni ulteriori contributi dottrinali in tema di biotecnologie si rinvia, *ex multis*, a A. GRATANI, *Disciplina comunitaria e internazionale a confronto sulle biotecnologie*, in *Ambiente*, 2001, p. 959; G. POLI, *Biotecnologie. Principi ed applicazioni dell'ingegneria genetica*, Milano, 1997; V. DI CATALDO, *Biotecnologie e diritto. Verso un nuovo diritto e verso un nuovo diritto dei brevetti*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 453 ss.; L. COSTATO, *Le biotecnologie, il diritto e la paura*, in *Riv. dir. agr.*, 2007, p. 95 ss.; G. COCCO, *Biotecnologie: vietato vietare. Almeno senza sapere*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2004, p. 20 ss.

⁽⁵⁴⁾ V. M. GUIDI, *Biotecnologie (diritto dell'Unione europea)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 2015, p. 124 ss., per un'analisi degli aspetti disarmonici del quadro normativo, seppure limitato al livello dell'Unione europea.

⁽⁵⁵⁾ Le tecniche di DNA ricombinante consentono la precisa alterazione, ricombinazione, delezione e trasferimento di geni al fine di dotare la cellula ricevente del fenotipo desiderato. È composto da vettore (batterio *agrobacterio tumefaciens* (oppure pistole biolistiche), enzimi di restrizione, gene da inserire, enzimi ligasi, promotore e terminatore. La molecola

transgenici: questi si contraddistinguono per l'inserimento in maniera stabile o transiente di un gene, c.d. "transgene", o di una sequenza genetica di un organismo donatore, indipendentemente dalla sua compatibilità sessuale con l'organismo ricevente⁽⁵⁶⁾. La veloce espansione degli organismi geneticamente modificati aveva sin da subito generato, sotto il profilo scientifico, economico e soprattutto etico, accesi dibattiti a livello internazionale, che sottolineavano la difficoltà di un'adeguata e pronta risposta in chiave normativa, in ragione della complessa congiunzione tra innovazione⁽⁵⁷⁾ scientifico-tecnologica e regolazione giuridica⁽⁵⁸⁾. Sotto quest'ultimo profilo, possiamo riportare, ad un duplice approccio il tentativo a livello internazionale di predisporre una disciplina positiva della materia. Secondo una prima matrice, peraltro specifica del sistema europeo, si è perseguita una soluzione impron-

che si ottiene dall'unione del vettore con il frammento di DNA prende il nome DNA ricombinante. Sul punto v. D. BRESSANINI, *OGM tra leggenda e realtà*, cit., pp. 49-51.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. A. CATTANEO, M. CRIPPA, M. MOTTO, R. SPIGAROLO, *Biotecnologie agrarie*, Torino, 2013; M. GALBIATI, A. GENTILE, S. LA MALFA, C. TONELLI (a cura di), *Biotecnologie sostenibili. Scienza e innovazione in agricoltura per affrontare le sfide della sicurezza alimentare e della sostenibilità ambientale*, Milano, 2017; rimane ancora fondamentale la lettura di G. MANGIAROTTI, *La rivoluzione post-genomica. Manipolazioni geniche dell'uomo, degli animali e delle piante*, 2ª ed., Torino, 2005.

⁽⁵⁷⁾ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla direttiva n. 98/44, in tema di protezione delle invenzioni biotecnologiche, direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 98/44/CE del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche. Versione consolidata all'indirizzo eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998L0044&from=IT. La direttiva impone l'obbligo di riconoscere e proteggere le invenzioni attraverso il diritto nazionale degli Stati membri, non essendo necessaria la creazione di una legislazione speciale, che ad esso si sostituisce. Ciò si evince, in particolare, dalla lettura del considerando numero 8: «considerando che la protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche non richiede la creazione di un diritto specifico che si sostituisca al diritto nazionale in materia di brevetti; che il diritto nazionale in materia di brevetti rimane il riferimento fondamentale per la protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, ma che deve essere adeguato o completato su taluni punti specifici, in conseguenza dei nuovi ritrovati tecnologici che utilizzano materiali biologici e che possiedono comunque i requisiti di brevettabilità», nonché dalla lettura dell'articolo 1, comma 1, secondo cui: «Gli stati membri proteggono le invenzioni biotecnologiche tramite il diritto nazionale dei brevetti. Essi, se necessario, adeguano il loro diritto nazionale dei brevetti per tener conto delle disposizioni della presente direttiva».

⁽⁵⁸⁾ In merito v., F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, 4ª ed., Torino, 2023.

tata al principio di precauzione⁽⁵⁹⁾ nell'ottica di un prioritario bilanciamento tra interessi economici e quelli legati alla protezione della salute pubblica attraverso due percorsi tra loro escludenti: viene, difatti, secondo una prima strada, lasciato allo Stato membro la facoltà di scelta sulla coltivazione⁽⁶⁰⁾ nel proprio territorio di tali organismi⁽⁶¹⁾. Qualora un paese ospiti tale produzione, l'emissione deliberata nell'ambiente e l'immissione nel mercato⁽⁶²⁾ di organismi transgenici vengono subordinate allo svolgimento di una complessa procedura di autorizzazione da parte della Commissione europea.

Secondo una diversa prospettiva, adottata nel sistema statunitense, ha dominato il principio della sostanziale equivalenza tra prodotti tradizionali e prodotti modificati geneticamente, poiché l'attenzione del legislatore si è focalizzata sul prodotto finale, il cosiddetto approccio basato sul prodotto, e non sul processo che porta alla loro realizzazione il cosiddetto approccio basato sui processi, adottato in ambito europeo; ne consegue, quindi, che agli OGM si applicheranno, per eventuali aspetti problematici, le norme già esistenti di portata generale⁽⁶³⁾ e che una *pre-market approval* si rende-

⁽⁵⁹⁾ Sul principio v., tra gli altri, I. CANFORA, *Il principio di precauzione nella governance della sicurezza alimentare: rapporti tra fonti in un sistema multilivello*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, I, p. 447 ss.; ID., *I principi: principio di precauzione, analisi del rischio, trasparenza*, in P. BORGHI, I. CANFORA, A. DI LAURO, L. RUSSO (a cura di), *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione europea*, Milano, 2021, p. 54 ss.; L. COSTATO, *Il principio di precauzione nel diritto alimentare*, in *Atti dei Georgofili*, 2008, p. 155; P. BORGHI, *The "Myth" of precaution*, in *Innovation in agri-food law between technology and comparison*, Padova, 2019. In prospettiva più generale (e ambientale), L. BUTTI, *Principio di precauzione, codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, p. 809 ss.

⁽⁶⁰⁾ V. E. SIRSI, *OGM e agricoltura. Evoluzione del quadro normativo. Strategie di comunicazione. Prospettive dell'innovazione*, cit., p. 131 ss.

⁽⁶¹⁾ E. CALICETTI, *Le nozioni di emissione deliberata, immissione in commercio e coltivazione di ogm: commento critico alla direttiva 2001/18/CE alla luce della direttiva 2015/412/UE*, in *BioLaw Journal*, 2015, 2, pp. 273-289.

⁽⁶²⁾ Per un commento alle due nozioni si rimanda a E. CALICETTI, *Le nozioni di emissione deliberata, immissione in commercio e coltivazione di ogm: commento critico alla direttiva 2001/18/CE alla luce della direttiva 2015/412/UE*, cit., p. 273 ss.

⁽⁶³⁾ Cfr. M. FERRARI, U. IZZO, *Diritto alimentare comparato. Regole del cibo e ruolo della tecnologia*, Bologna, 2012, pp. 180-181.

rà necessaria solo qualora sia indispensabile tutelare la salute pubblica.

Del resto, qualunque sia l'impronta di fondo posta a monte, precauzionale, o a valle, di controllo, del sistema produttivo di tali organismi, resta di fatto un'esigenza fondamentale che il pianeta non può ignorare: la necessità di una produzione sempre maggiore di alimenti adeguati e sufficienti per una popolazione in continua crescita, connessa all'imperativo della sostenibilità ambientale, che spinge per tali ragioni il progresso verso nuove tecnologie alternative che, a loro volta, permettono di ottenere delle modificazioni del genoma precise e mirate, agendo su singoli geni al fine di variare il fenotipo considerato senza modificare l'identità genetica caratteristica delle piante e, quindi, senza introdurre geni esogeni, come nel caso degli OGM.

5. — *Trangenesi, cisgenesesi, genome editing.*

Già nei primi anni '70 del secolo scorso, si erano intuiti alcuni passaggi essenziali nello sviluppo di galle⁽⁶⁴⁾ che caratterizzavano i rapporti tra il batterio *Agrobacterium tumefaciens* e i suoi ospiti, soprattutto in vite ed altri fruttiferi. Ci sono voluti però circa dieci anni perché alcuni gruppi di scienziati intuissero le enormi potenzialità che sottintendevano il trasferimento orizzontale, trasferimento tra specie, da distinguere con quello verticale tra generazioni, di DNA tra questo microrganismo e i suoi ospiti.

L'invenzione in realtà sottende un fenomeno abbastanza diffuso tanto che ad oggi è noto che numerose sequenze di DNA sono state trasferite durante milioni di anni tra specie anche distanti, virus, batteri, funghi e piante superiori, e se ne trovano tracce soprattutto adesso che sono disponibili i genomi delle maggiori specie coltivate.

⁽⁶⁴⁾ Le galle delle piante, o cecidi, possono essere considerate delle *masse tumorali* (o iperplasie) generate dalle piante in risposta ad attacchi parassitari. Quando parliamo di parassiti, in particolare, possiamo intendere un'infinità di organismi: insetti, funghi, batteri e virus, per esempio. Le galle generate in seguito a questi attacchi possono presentarsi in molte forme diverse: tutto dipende dalla specie vegetale che le produce e dal parassita che ne ha indotto la formazione. M.O. HARRIS, A. PITZSCHKE, *Plants make galls to accommodate foreigners: some are friends, most are foes*, in *New Phytologist*, 2020, 225(5), pp. 1852-1872.

Una ulteriore condizione indispensabile al successo delle biotecnologie, mai sufficientemente ricordata, è la capacità delle molte cellule vegetali di essere totipotenti⁽⁶⁵⁾. Questo potenziale era noto da quasi un secolo ma con la scoperta delle tecnologie del DNA ricombinante ha espresso tutta la sua potenzialità.

Le tecniche di ingegneria genetica si sono evolute rapidamente e già nella metà degli anni '80 del secolo scorso la produzione di piante geneticamente modificate (OGM), è cresciuta diffusamente, prevalentemente per scopi di studio, ma si è rapidamente compreso l'enorme potenziale economico, nonché le questioni etiche che questo enorme potenziale implica⁽⁶⁶⁾.

Fondamentalmente la possibilità di spostare qualsiasi frammento di DNA all'interno di un genoma⁽⁶⁷⁾ che in precedenza non lo conteneva ampliava le potenzialità del mero miglioramento genetico⁽⁶⁸⁾, superando i limiti della riproduzione sessuale. Questo non solo perché DNA esogeno può essere inserito dentro il genoma di una pianta che altrimenti non potrebbe riceverlo, ma soprattutto frammenti di DNA naturalmente endogeni, ovvero della stessa specie o specie affini sessualmente compatibili⁽⁶⁹⁾, possono essere

⁽⁶⁵⁾ Ovvero di essere in grado di rigenerare un intero organismo, completo di tutti i suoi organi, foglie, radici, fusto, fiori e frutti, a partire da una singola cellula somatica.

⁽⁶⁶⁾ Per un approfondimento sul tema si veda C. CASONATO, *La definizione di Morte, fra scienza e cultura*, in ID., *Introduzione al Biodiritto*, Torino, 2012, pp. 19-29.

⁽⁶⁷⁾ SOCIETÀ ITALIANA DI GENETICA AGRARIA, SOCIETÀ ITALIANA DI BIOLOGIA VEGETALE, *Considerazioni riguardo la tecnica*, cit., p. 6.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. G. PIGNA, P. MORANDINI, *Domestication of New Species*, in R. PILU, G. GAVAZZI (a cura di), *More Food: Road to Survival*, Bentham Science Publishers, 2017, i quali ritengono che l'utilizzo dell'ingegneria genetica in agricoltura non sia nient'altro che una moderna forma di domesticazione delle piante, la quale permette di aumentare la precisione delle mutazioni che si intendono realizzare su di una determinata coltura e di ottenere i risultati sperati in tempi brevissimi rispetto alle tecniche di *breeding* tradizionale.

⁽⁶⁹⁾ L'ibridazione tra specie diverse ma sessualmente compatibili è prevalentemente utilizzata per trasferire dalla specie donatrice, per lo più una specie selvatica, alcuni geni e le corrispondenti caratteristiche assenti nella specie coltivata (es. resistenza a insetti o migliore qualità). Sull'argomento v., RETE SEMI RURALI, *Tecnologie di Miglioramento Vegetale. Una valutazione dal punto di vista dell'agricoltura biologica*, 2019, p. 17, consultabile in www.fibl.org/fileadmin/documents/shop/1120-selezione.pdf.

trasferiti, con l'innegabile vantaggio di superare limiti temporali, riducendo sensibilmente i lunghi tempi del miglioramento genetico tradizionale⁽⁷⁰⁾. Un necessario distinguo è, quindi, stato necessario per differenziare ciò che non sarebbe naturalmente possibile e ciò che, invece, rappresenta un maggior efficientamento di quanto esistente in natura.

In base all'origine del DNA che può essere trasferito si distinguono quindi:

- a. DNA transgenico, quando il DNA trasferito appartiene a una specie che non può essere incrociata, non è in grado di fecondarlo, con l'organismo ricevente;
- b. DNA intragenico, quando il DNA trasferito può essere ricevuto anche per via sessuale, ma il DNA che lo fa esprimere, ovvero la sequenza regolatrice che di solito precede il gene e "decide" quando e dove questo debba essere espresso appartiene ad altre specie;
- c. DNA cisgenico, quando tutta la sequenza del DNA appartiene alla specie ricevente o ad una affine sessualmente, sia nella sequenza codificante che in quella regolatrice.

⁽⁷⁰⁾ Si fa riferimento, cioè *in primis* alle tecniche di miglioramento genetico delle piante e degli animali fondate sulla riproduzione tra gli organismi che si ritengono più adatti a certi fini – attraverso l'incrocio tra piante o animali che presentano caratteristiche complementari, a cui fa seguito la scelta dei prodotti migliori –, Mendel diede senza dubbio un contributo fondamentale all'evoluzione di tale tecnica. Egli, infatti, scoprì l'esistenza di fattori ereditari, che possono assumere forme diverse. Questa scoperta trasformò la biologia in una scienza empirica. Al riguardo cfr. G. GHIDINI, S. HASSAN, *Bioteologie novità vegetali e brevetti*, Milano, 1990, p. 1 ss. Si veda anche D. BRESSANINI, *OGM tra leggenda e realtà*, cit., p. 3 ss.; M. VALLETTA, *La disciplina delle bioteologie agroalimentari. Il modello europeo nel contesto globale*, Milano, 2005, p. 12; M.P. RAGIONIERI, A.F. ABOU HADID, *Le bioteologie nel settore agroalimentare. L'iniziativa del mercato verde' tra l'Egitto e l'Italia*, Milano, 2007, p. 227 ss. Ci si riferisce, più in particolare, all'uso di lieviti nella produzione della birra, o all'utilizzo di enzimi per far cagliare il formaggio. Si legge testualmente in D. BRESSANINI, *OGM tra leggende e realtà*, loc. cit., che: «Noi ci nutriamo di alimenti – pane, formaggio, birra, vino – che produciamo sfruttando il metabolismo spontaneo di microorganismi come lieviti, batteri». Questa è la biotecnologia c.d. antica. Ancora, F. BENUSSI, *Organismi geneticamente modificati*, in *Dig. pubbl.*, Agg., Torino, 2005, p. 521, ricorda che: «Le più antiche forme di applicazioni biologiche si possono far risalire a tempi remoti allorché l'uomo iniziò ad utilizzare il procedimento naturale della fermentazione e delle lievitazione per il procedimento della panificazione, per la produzione del vino e della birra o dei prodotti lattiero caseari divenuti parte degli alimenti di prima necessità».

In questa classificazione è tuttavia escluso il DNA che di solito guida il gene di interesse che si vuole trasferire nel genoma accettore, che lo accoglie. Sono, infatti, necessarie nel percorso di trasferimento del DNA anche delle sequenze di un gene che consentano di distinguere gli individui che hanno avuto origine dalle singole cellule trasformate (OGM) da quelli che si originano da singole cellule non-OGM. Queste sequenze di DNA esogeno generalmente corrispondono a geni che conferiscono la resistenza⁽⁷¹⁾ ad un antibiotico o ad un erbicida, così da eliminare facilmente tutto ciò che non è transgenico in coltura. Tuttavia, negli anni si sono evolute tecniche che consentono di utilizzare geni che conferiscono anche solo un colore, per esempio il colore rosso, dato dal gene di melo *Myb10*, ma soprattutto che possono essere eliminati una volta che hanno svolto la loro funzione e non sono più necessari.

Il DNA esogeno rimanente, nel caso della cisgenesi, è così limitato ai soli bordi estremi RB e LB (Right e Left Border) che sono le sequenze ripetute che guidano il DNA dall'*Agrobacterium* nel genoma della pianta ricevente, mentre viene eliminato tutto il rimanente DNA esogeno, seppur meno impattante delle resistenze agli antibiotici usate negli anni '80/'90 del secolo scorso.

6. — *Nuove tecnologie per il miglioramento genetico.*

Venendo ora alle peculiarità delle c.dd. *New Breeding Techniques* o *NBTs*⁽⁷²⁾, l'aspetto più saliente risiede nella possibilità che i risultati ottenuti con tali

⁽⁷¹⁾ Come ricorda M.P. BELLONI, *'Frankenstein Food'?*, cit., p. 223, il primo microrganismo geneticamente modificato per uso agricolo autorizzato dal Governo americano è stato l'iceminus, che rallenta la formazione del ghiaccio sulle piante.

⁽⁷²⁾ Per *NBTs* o *Ngf* o anche Tecniche di Evoluzione Assistita (Tea), si intendono le piante prodotte attraverso procedimenti di precisione, che consentono modifiche del genoma senza l'inserimento di Dna estraneo, con una sequenza o una combinazione di sequenze della stessa specie o comunque strettamente correlata. Mentre le varietà ottenute dall'introduzione di materiale genetico da una specie non incrociabile, la transgenesi, resteranno soggette alla legislazione vigente sugli Ogm.

tecniche possano nascere anche in natura indipendentemente da un intervento umano: il processo di evoluzione genica che avverrebbe in natura, perciò, è solo accelerato attraverso l'utilizzo di queste nuove biotecnologie di precisione⁽⁷³⁾. In effetti, sebbene si tratti di un insieme composito di tecniche⁽⁷⁴⁾, tutte sono accomunate da una fase di "selezione" dei soli campioni vegetali non-transgenici, ossia che non contengono più il gene o la sequenza di geni esogeni, bensì solamente la caratteristica desiderata derivata dal processo di mutazione indotto: in tale modo, pertanto, la variazione genetica conseguita diviene irrintracciabile nel DNA del prodotto finale.

Questa è la ragione principale che ha causato l'insorgenza di dubbi e incertezze circa la natura di queste tecniche: segnatamente, la questione concerne l'eventuale sussunzione di tali biotecnologie cosiddette sostenibili all'interno della definizione di "organismo geneticamente modificato"⁽⁷⁵⁾.

Numerosi, difatti, sono stati gli studi scientifici che hanno tentato di analizzare e classificare, seppur in maniera non esaustiva, le principali *New*

⁽⁷³⁾ COMMISSIONE PER L'AGRICOLTURA E PRODUZIONE AGROALIMENTARE, ASSOSEMENTI, *Considerazioni sulle nuove tecnologie in agricoltura di cui all'affare assegnato n. 591*, in www.senato.it.

⁽⁷⁴⁾ Le principali: (I) la *Sequence-Site Directed Nuclease Technology*, o più comunemente denominata *genome editing*, al cui interno vi rientrano, tra le altre, lo *Zinc-Finger Nucleases* e il *CRISP-Cas9* (quest'ultima, una tecnica di recente elaborazione considerata tra le più promettenti, viste le possibilità applicative non solo in campo agricolo, ma anche medico); (II) l'*Oligonucleotide directed mutagenesis*; (III) la *Cisgenesis* e la sua variante *Intragenesis*; (IV) l'*RNA-dependant DNA methylation*; (V) il *Grafting (on GM rootstock)*; (VI) il *Reverse Breeding* e (VII) l'*Agroinfiltration*.

⁽⁷⁵⁾ Il Novecento ha sicuramente rappresentato il secolo in cui progressi scientifici e tecnologici si sono avvicinati senza precedenti. A tal fine si rimanda a D. BRESSANINI, *OGM tra leggenda e realtà*, cit., p. 2 ss. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, agli studi condotti sul fenomeno della radioattività, che hanno dato vita alla c.d. era atomica, portando non solo alla creazione di ordigni nucleari, ma anche alla costruzione di nuove centrali per la produzione di energia e di nuovi sistemi per poter diagnosticare, prevenire e curare determinate malattie dell'uomo (ad esempio, l'invenzione, nel 1957, ad opera di Harl Anger, della Gamma camera per l'acquisizione di immagini scintigrafiche). La biotecnologia rappresenta uno dei campi in cui senza dubbio si è assistito ad un rapido sviluppo. A tal fine si veda G. CASABURI, *Appunti sulla protezione dei diritti di proprietà intellettuale sulle biotecnologie*, in *Dir. ind.*, 2003, p. 32, il quale osserva che: «il secolo appena iniziato è stato già definito quello delle biotecnologie, benché queste pongano anche concreti e attuali problemi di sicurezza e di prevenzione del rischio di irreversibili contaminazioni biologiche».

Breeding Techniques sotto il profilo del metodo di esecuzione della tecnica e di valutazione dei rischi che lo stesso racchiude, affermando l'inesistenza di differenze sostanziali di pericolosità tra i prodotti ottenuti tramite le convenzionali tecniche di breeding e i nuovi metodi di miglioramento genetico⁽⁷⁶⁾.

È apparso chiaro, inoltre, alla comunità scientifica il potenziale offerto da queste nuove tecnologie di breeding: esse infatti potrebbero costituire delle versatili soluzioni al problema della *food security* perché, grazie alla precisione nelle modifiche che esse realizzano, si garantirebbe una massimizzazione delle risorse delle colture nonché il superamento dei limiti insiti nella loro genetica, resistenza a pesticidi, tolleranza alla siccità, miglioramento dei contenuti nutritivi etc., senza un'alterazione significativa e incontrollata del genoma della pianta stessa.

Da un punto di vista maggiormente tecnico, l'accuratezza dei cambiamenti nel genoma permessi dalle *NBTs* consentirebbero una notevole ridu-

⁽⁷⁶⁾ Conclusioni dello studio EFSA (*European Food Safety Authority*) nel 2013, in merito alla sicurezza delle piante sviluppate attraverso le tecniche di cisgenesi e intragenesi, affermando, in via generale, che «*the frequency of unintended changes may differ between breeding techniques and their occurrence cannot be predicted and needs to be assessed case by case*», per cui sarebbe opportuno esaminare le effettive modifiche introdotte nell'organismo indipendentemente dalla tecnica utilizzata. EFSA, PANEL GMO, *Scientific opinion addressing the safety assessment of plants developed through cisgenesis and intragenesis*, in *EFSA Journal*, 2012, 10(2):2561. In questi termini si sono espressi numerosi studi scientifici, tra i quali si segnalano: COMMISSIONE PER L'AGRICOLTURA E PRODUZIONE AGROALIMENTARE, ASSOSEMENTI, *Considerazioni sulle nuove tecnologie in agricoltura di cui all'affare assegnato n. 591*, cit.; R. BARON, M. CARDINAL, G. DEBUCQUET, *Lay and scientific categorizations of new breeding techniques: implications for food policy and genetically modified organisms legislation*, in *Public Understanding of science*, 2020, vol. 29, pp. 524-543; F. BUCHHOLZ, B. FRIEDRICH, J. FRITSCH, E. GRÄB-SCHMIDT, *Chancen und Grenzen des Genome Editing. The opportunities and limits of genome editing*, in www.leopoldina.it; EFSA, PANEL GMO, *Scientific opinion*, cit.; M. LUSSER, H.V. DAVIES, *Comparative regulatory approaches for groups of new plant breeding techniques*, in *New biotechnology*, 2013, vol. 30, n. 5; M. LUSSER, C. PARISI, D. PLAN, E. RODRIGUEZ-CEREZO, *New plant breeding techniques. State-of-the-art and prospects for commercial development*, consultabile in publications.jrc.ec.europa.eu; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Report. Genome editing: an ethical review*, 2016, reperibile in www.nuffieldbioethics.org; M.M. RIEMENS, J.G. SCHAART, C.A.D.M. VAN DE VIJVER, C. VAN DE WIEL, *Opportunities of new plant breeding techniques*, in *Trends in plant science*, 2016, vol. 21, pp. 438-449; SOCIETÀ ITALIANA DI GENETICA AGRARIA, SOCIETÀ ITALIANA DI BIOLOGIA VEGETALE, *Considerazioni riguardo la tecnica del genome editing per il miglioramento genetico delle colture agrarie*, cit.

zione di costi e di tempo: le *CBTs* e le tecniche di transgenesi⁽⁷⁷⁾ richiedono infatti un elevato numero di test da eseguire progressivamente nel tempo su un campionario di piante considerevole; perciò, prima che l'espressione del tratto desiderato si manifesti e possa essere riprodotto in altri campioni al fine dell'immissione degli stessi nel mercato, potrebbero trascorrere anni. L'utilizzo di meccanismi sito-specifici diminuirebbe invece la frequenza dell'espressione di tratti indesiderati che potrebbero essere trasferiti involontariamente durante il processo di *breeding* e la loro successiva rimozione si accompagnerebbe a una riduzione del numero di test necessari per l'approvazione del prodotto per un'eventuale registrazione varietale.

Nonostante la diffusa opinione della comunità scientifica sulle rilevanti differenze tra *New Breeding Techniques*, tecniche di transgenesi e tecniche tradizionali⁽⁷⁸⁾ di breeding, la disciplina giuridica dimostra forti perplessità sull'inquadramento della materia, in ragione di una difficoltà circa la definizione e, per conseguenza, il regime a cui sottoporre tali processi produttivi⁽⁷⁹⁾.

Alcuni Paesi hanno deciso di trattarle come una variazione delle cosiddette *Conventional Breeding Techniques* e operare una valutazione degli eventuali rischi caso per caso, come Stati Uniti e Canada, focalizzandosi sulle caratteristiche del prodotto finale, c.d. *product-based approach*⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁷⁾ Si riferisce ai metodi e alle tecniche di modificazione genetica sviluppatesi tra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta, caratterizzate dall'inserimento stabile o transitorio di una sequenza genetica esogena all'interno di un dato organismo, indipendentemente dalla compatibilità sessuale tra il donatore e la pianta ricevente. Per approfondimenti, V. GIOVANNELLI et al., *Panoramica sulle tecniche di miglioramento genetico in agricoltura*, Roma, 2017, consultabile in www.isprambiente.gov.it/it/temi/biodiversita/lispra-e-la-biodiversita/articoli/panoramica-sulle-tecni-che-di-miglioramento-genetico-in-agricoltura.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. D. BRESSANINI, *OGM tra leggende e realtà*, cit., pp. 9-32.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. H.V. DEVIES, Y. DEVOS, K.M. NIELSEN, N. PODEVIN, *Transgenic or not? No simple answer! New biotechnology-base plant breeding techniques and the regulatory landscape*, in *EMBO reports*, 2012, vol. 13, pp. 1057-1061.

⁽⁸⁰⁾ Per i sistemi che adottano un controllo "a valle" del processo produttivo: D. ERIKSSON, F. HARTUNG, J. SCHIEMANN, T. SPRINK, *Regulatory hurdles for genome editing: process- vs. product-based approaches in different regulatory contexts*, in *Plant cell reports*, 2016, vol. 35, pp. 1493-1506; D. ERIKSSON, D. ERIKSSON, A. NEPOMUCENO, B.J. POGSON, H. PRIETO, K. PURNHAGEN, S. SMYTH, J. WESSELER, A. WHELAN, *A comparison of the EU regulatory approach to directed muta-*

In Europa, seppur privi di una regolamentazione apposita in materia, permangono nell'incertezza di una definizione giuridica di queste nuove tecniche. Discusso, infatti, è il celebre leading-case sulla qualificazione giuridica delle tecniche di mutagenesi sito-diretta reso dalla Corte di Giustizia il 25 luglio 2018 C-528/16⁽⁸¹⁾: secondo la Corte⁽⁸²⁾, alle moderne tecniche di mutagenesi⁽⁸³⁾ si dovrebbe applicare la direttiva 2001/18/EU⁽⁸⁴⁾ sull'emissione deliberata degli organismi geneticamente modificati⁽⁸⁵⁾. Le conclusioni della Corte hanno scatenato opinioni discordanti, dovute a un'interpretazione forse troppo lata della definizione di "organismo geneticamente modificato"⁽⁸⁶⁾ di cui all'art. 2, n. 2 della succitata direttiva: includere le *NBTs* nell'ambito di

genesis with that of other jurisdictions, consequences for international trade and potential steps forward, in *New Phytologist*, 2019, vol. 222, pp. 1673-1684.

⁽⁸¹⁾ Si v. in curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-528/16.

⁽⁸²⁾ Per un commento alla decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: D. CARROL, P. RONALD, F. URNOV, *A call for science-based review of the European court's decision on gene-edited crops*, in *Nature biotechnology*, 2018, vol. 36, pp. 800-802; C. COLLONNIER, J.A. VIVES-VALLÉS, *The judgment of the CJEU of 25 July 2018 on mutagenesis: interpretation and interim legislative proposal*, in *Front. Plant Sci.*, 2020, vol. 10, n. 1813; E. GELINSKY, A. HILBECK, *European Court of Justice ruling regarding new genetic engineering methods scientifically justified: a commentary on the biased reporting about the recent ruling*, in *Environmental Sciences Europe*, 2018, vol. 30, pp. 1-9.

⁽⁸³⁾ Mutagenesi: processo -spontaneo o indotto -che porta alla comparsa di mutazioni, ossia al cambiamento di una o più basi nucleotidiche nella sequenza del DNA di un organismo (ad esempio una T che diventa una C). da F. LORETO, *Documento audizione Senato Nuove tecnologie in agricoltura, con particolare riferimento all'uso delle biotecnologie sostenibili e di precisione*, 2016, p. 10, consultabile in www.senato.it/application/xmanager/.../CNR_2_febbraio_2016.pdf; sul punto si veda anche S. MARIANI, *New Breeding Techniques OGM: le innovazioni in agricoltura al vaglio della Corte di giustizia. Il caso della mutagenesi sito-diretta (Causa C-528/16)*, in *Diritto e giur. agr. alim. e amb.*, 2019, 3, p. 11 ss.

⁽⁸⁴⁾ Direttiva 2001/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 marzo 2001, sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati e che abroga la direttiva 90/220/CEE del Consiglio, pubblica in G.U.C.E., L 106 del 17 aprile 2001, p. 1.

⁽⁸⁵⁾ Per un breve commento si rimanda a S. BELTRAME, *Emissione deliberata nell'ambiente di OGM: attuazione della Direttiva 2001/18/CE*, in *Amb. e svil.*, 2003, p. 1121 ss. Si veda inoltre R. MANFRELOTTO, *La regolamentazione comunitaria delle biotecnologie*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2004, p. 65 ss.

⁽⁸⁶⁾ Una chiara spiegazione di che cosa sia un organismo geneticamente modificato si ritrova in F. ROSSI DAL POZZO, *Profili comunitari*, cit., p. 9 ss.

applicazione della Direttiva impedirebbe all'Europa di usufruire delle potenzialità, in termini economici ma principalmente di sostenibilità, dei prodotti da esse derivanti⁽⁸⁷⁾. Queste biotecnologie verrebbero assoggettate a gravosi controlli obbligatori per ottenere autorizzazioni di utilizzo e di immissione nel mercato⁽⁸⁸⁾, causando un rallentamento nel progresso dell'innovazione in agricoltura e, di conseguenza, una perdita di competitività dell'Europa nel mercato agricolo internazionale⁽⁸⁹⁾.

Alcune nuove biotecnologie, nuove tecniche genomiche (NGT) applicate alle piante agrarie (denominate anche *New Breeding Techniques* o *NBTs*, e in Italia Tecniche di evoluzione assistita, TEA) permettono di modificare in modo voluto e preciso⁽⁹⁰⁾ una specifica sequenza di DNA⁽⁹¹⁾ senza spostarla dalla sua posizione naturale nel genoma, un procedimento definito *genome editing*, “correzione o revisione” del genoma. I metodi elencati più diffusi sono legati a delle nucleasi, enzimi che tagliano il DNA, richiamando un sistema di riparazione che al termine del processo può essere causa di mutazione, inserzione, o sostituzione di DNA^{6,7}.

Tra i tre sistemi disponibili il metodo più promettente è al momento il sistema CRISPR associato all'enzima Cas9 (CRISPR/Cas9). L'enzima Cas9 è stato isolato nel batterio *Streptococcus pyogenes* e fa parte della famiglia delle

⁽⁸⁷⁾ Cfr. D. BRESSANINI, *OGM tra leggende e realtà*, cit., pp. 20-24 e SOCIETÀ ITALIANA DI GENETICA AGRARIA, *Considerazioni riguardo la tecnica del genome editing per il miglioramento genetico delle colture agrarie*, cit.

⁽⁸⁸⁾ L. GRADONI, *La nuova direttiva comunitaria sugli organismi geneticamente modificati*, in *Riv. dir. agr.*, 2001, p. 427 ss.

⁽⁸⁹⁾ Per un'analisi sul metodo di controllo preventivo: D. ERIKSSON, F. HARTUNG, J. SCHIEMANN, T. SPRINK, *Regulatory hurdles for genome editing: process- vs. product-based approaches in different regulatory contexts*, loc. cit.; F. HARTUNG, J. SCHIEMANN, *EU perspectives on new plant-breeding techniques*, in *NABC*, 2014, pp. 201-210; S. SOWAS, T. TWARDOWSKI, A. TYCZEWSKA, T. ZIMNY, *Certain new plant breeding techniques and their marketability in the context of EU GMO legislation. Recent developments*, in *New biotechnology*, 2019, vol. 51, pp. 49-56.

⁽⁹⁰⁾ DIREZIONE GENERALE PER LA SALUTE E LA SICUREZZA ALIMENTARE, *Study on the status of new genomic techniques under Union law and in light of the Court of Justice ruling in Case C-528/16* (Bruxelles, 24. 4.2021 SWD (2021) 92).

⁽⁹¹⁾ Per una semplice ma completa spiegazione si veda l'e-book online D. SADAVA, G. HELLER, G. ORIANI, W. PURVES, D. HILLIS, M. PIGNOCCHINO, *Biologia.blu*, Bologna, 2018.

nucleasi, enzimi in grado di tagliare il DNA. Cas9 viene diretto verso sequenze specifiche nel genoma attraverso una molecola di RNA-guida, questi può essere artificialmente creato all'occorrenza e in maniera specifica per il sito che deve riconoscere e penetrare all'interno della cellula da mutagenizzare insieme al gene che codifica Cas9. La molecola di RNA-guida indirizza la nucleasi sul sito bersaglio, al che la nucleasi Cas9 taglia il DNA che conseguentemente viene riparato dalla cellula con tre possibili risultati, a seconda che la Nucleasi Sito Diretta (SDN)⁽⁹²⁾ sia programmata per operare:

- Mutazione casuale: (SDN-1) la nucleasi opera il taglio nella molecola di DNA con il meccanismo di riparazione cellulare del DNA che provvede a risaldare le estremità. Questo processo di riparazione produce mutazioni nel sito scelto per il taglio, che possono consistere in sostituzioni nucleotidiche oppure l'aggiunta o perdita di uno o pochi nucleotidi.
- Mutazione con stampo di DNA (SDN-2) oltre ad usare la nucleasi per introdurre il taglio nella molecola di DNA, viene accoppiata nella reazione di neosintesi anche una molecola di DNA che funziona nella cellula come “stampo” per riparare la lesione guidando la riparazione, di fatto mutagenizzando in maniera condizionata secondo la sequenza desiderata, non per un evento di transgenesi, ovvero non per inserirla direttamente nel DNA della pianta ricevente, bensì destinata ad essere digerita immediatamente dopo la reazione mutagena.
- Integrazione di una molecola di DNA nota (SDN-3) a seguito del taglio in un sito predefinito operato dalla nucleasi si può far seguire l'integrazione di una nuova sequenza, producendo così una pianta transgenica, intragenica o cisgenica a seconda dell'origine e della natura della sequenza inserita. Le piante prodotte con questa tecnica sono simili a quelle piante prodotte mediante transgenesi, intragenesi o cisgenesi, con la sola differenza che in questo caso l'inserimento del nuovo gene avviene in una posizione predefinita del genoma.

Questo processo ovvia ad una delle abituali critiche alla trasformazione

⁽⁹²⁾ M. PACHER, H. PUCHTA, *From classical mutagenesis to nuclease-based breeding – directing natural DNA repair for a natural end product*, in *The Plant Journal*, 2017, 90, pp. 819-833.

genica tramite l'*Agrobacterium*, dove nell'inserimento casuale del DNA esogeno può essere fonte di possibili disfunzioni del genoma accogliente, mentre col *genome editing* l'inserimento, invece, è sito specifico e predeterminato.

Il *genome editing* può essere considerato a tutti gli effetti un metodo di mutagenesi biologica mirata⁽⁹³⁾, che differisce dalle altre metodologie che utilizzano mutageni fisici o chimici solo dal fatto che è mirata e non casuale, con un'efficienza ed un'razionale molto più adatti allo scopo. Il risultato più ripetuto di tale processo di mutagenesi è, infatti, quello di rendere inattivo il gene bersaglio (SDN-1), in maniera molto simile a quanto avviene con la mutagenesi casuale indotta da agenti fisici o chimici⁽⁹⁴⁾ che generano invece altre mutazioni in tutto il patrimonio genetico dell'individuo in maniera casuale, difficilmente controllabili⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹³⁾ Cfr. G. CARRADA, P. MORANDINI, M. MORGANTE, A. VITALE, *Prima i geni: Liberiamo il futuro dell'agricoltura*, cit.; F. LORETO, *Nuove tecnologie in agricoltura, con particolare riferimento all'uso delle biotecnologie sostenibili e di precisione*, in *www.senato.it*: «Si stima in maniera approssimativa che la correzione spontanea di quella "a" con una "o" avvenga circa una volta ogni 100 milioni di individui e se un individuo è un seme di una pianta la frequenza di correzione è bassa, ma non è nulla. Sarebbe come dire che ogni volta che pianto 100 milioni di semi che portano la variante "a" un seme muta spontaneamente e presenta invece la variante "o". La frequenza non è quindi così bassa se consideriamo che in Italia ogni anno solo per coltivare mais vengono piantati 100 miliardi di semi. Per il nostro esempio all'interno di quei cento miliardi di semi, mille saranno quelli che portano la variante "o"».

⁽⁹⁴⁾ Uno dei risultati più noti è rappresentato dai frumenti duri semi-nani prodotti in Italia dalla ricerca pubblica negli anni '60 e '70 del secolo scorso tra cui il Creso. Il caso del frumento duro Creso, il quale «ha determinato una vera e propria rivoluzione cerealicola in Italia», così come affermato dal dott. Luigi Rossi, già Direttore del Dipartimento biotecnologie, agroindustria e protezione della salute dell'ENEA. Cfr. L. ROSSI, *Il miglioramento genetico del grano duro in Casaccia. Il caso Creso*, in *Energia, Ambiente e Innovazione*, 2010, 6; v. ancora L. ROSSI, *Il Creso: il grano frutto della ricerca italiana*, in *www.rivistadiagricoltura.org*, 2013, p. 172. Grazie all'elevata produttività e alla resistenza alle fitopatie, il Creso ha reso possibile raddoppiare la produzione italiana di frumento duro a parità di superficie coltivata. Oggigiorno, dopo oltre quarant'anni, il Creso viene ancora coltivato in Italia ed è stato altresì utilizzato in programmi di miglioramento genetico internazionali.

⁽⁹⁵⁾ «L'introduzione nel genoma di una sequenza di DNA proveniente da un individuo che può essere della stessa specie o di qualunque altra specie»: SOCIETÀ ITALIANA DI GENETICA AGRARIA, *Considerazioni riguardo la tecnica del genome editing per il miglioramento genetico delle colture agrarie*, cit.

Con l'approccio SDN-2 si ottengono invece mutazioni mirate, che possono consistere in specifiche sostituzioni di nucleotide oppure aggiunte o perdite di nucleotidi, in funzione della sequenza che viene usata come stampo. In questo caso, il *genome editing* può portare a generare per uno specifico gene una variante già esistente in natura oppure una nuova variante ma, comunque, con caratteristiche predefinite dallo sperimentatore, sfruttando conoscenze pregresse ottenute tramite studi biologico-molecolari⁽⁹⁶⁾. Mediante il *genome editing* si può generare in una varietà coltivata una qualsiasi mutazione favorevole che sia stata individuata in individui selvatici o specie affini, senza introdurre nuovi geni e soprattutto evitando le lunghe pratiche di incrocio e reinrocio. Solo nella modalità SDN-3, il *genome editing* riconduce di fatto alla transgenesi quando può essere utilizzato per trasferire geni da specie non sessualmente compatibili, mentre quando la molecola inserita deriva per intero da una specie sessualmente compatibile è assimilabile in tutto e per tutto alla cisgenesi. Lo stesso vale per l'intragenesi, dove il DNA che si vuole inserire nel sito selezionato è parzialmente di origine omologa ed in parte eterologa, ad es. nel suo tratto regolatore.

7. — *Il quadro normativo europeo di riferimento.*

Il quadro normativo⁽⁹⁷⁾ europeo sulle piante transgeniche⁽⁹⁸⁾, sviluppato nell'arco di un ventennio, consiste soprattutto di una direttiva, direttiva n. 2001/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a "Emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati" che abroga una precedente direttiva 90/220/CEE⁽⁹⁹⁾. Descrive le procedure di autoriz-

⁽⁹⁶⁾ Cfr. G. CARRADA, P. MORANDINI, M. MORGANTE, A. VITALE, *Prima i geni*, cit., tesi 10.

⁽⁹⁷⁾ B. NASCIBENE, *Biotechnologie, principi di diritto comunitario e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cit., p. 266.

⁽⁹⁸⁾ La direttiva non usa mai il termine "transgenico", che compare esclusivamente nella regolazione della coesistenza fra colture, ma è stata costruita con riferimento a quel metodo sulle cui caratteristiche si è sviluppato il dibattito mondiale sugli OGM.

⁽⁹⁹⁾ La prima direttiva, in tema di mOGM, ha «lo scopo di regolamentare le tecniche di

zazione per il rilascio ambientale a fini sperimentali e di coltivazione delle colture transgeniche. Contiene la definizione di cosa sia un OGM, istituisce l'etichettatura obbligatoria⁽¹⁰⁰⁾ e il registro pubblico con le informazioni sulle singole piante transgeniche (i cosiddetti "eventi") approvate. La direttiva è stata recepita in Italia con d.lgs. 8 luglio 2003, n. 224; da due regolamenti, il reg. CE n. 1829/2003 del Parlamento e del Consiglio relativo a alimenti e mangimi geneticamente modificati, che dettaglia le procedure comunitarie di autorizzazione per gli alimenti e i mangimi geneticamente modificati⁽¹⁰¹⁾ per usi alimentari ed eventualmente anche per la coltivazione. Introduce l'etichettatura obbligatoria di alimenti e mangimi geneticamente modificati indipendentemente dalla capacità di rivelare la presenza di DNA transgenico o delle relative proteine e definisce una soglia (0,9%) per la contaminazione accidentale e il reg. CE n. 1830/2003 del Parlamento e del Consiglio che riguarda la tracciabilità e l'etichettatura di prodotti alimentari e mangimi ottenuti da OGM e modifica la direttiva n. 2001/18. Introduce l'obbligo per gli operatori di trasmettere le informazioni sulla presenza di OGM e di specificarne gli identificatori unici; una raccomandazione la Raccomandazione

modifica genetica di microrganismi, virus, batteri, funghi, messe in atto in laboratorio e quindi in ambiente confinato. Essa prevede una serie di procedure di sicurezza e di igiene che devono essere rispettate da parte di coloro che manipolano microrganismi, la cui attività è soggetta ad un obbligo di notifica, nei confronti dell'autorità competente, di tutte le informazioni necessarie a valutare il grado di rischio per la salute umana e per l'ambiente e, eventualmente, a deliberarne l'ammissibilità», in F. ROSSI DAL POZZO, *Profili comunitari*, cit., p. 22 s. Essa è stata recepita in Italia con il d.lgs. 3 marzo 1993, n. 91; nella stessa data è stata recepita anche la direttiva comunitaria in tema di Organismi Geneticamente Modificati, con il d.lgs. 3 marzo 1993, n. 92. Per un'ampia disamina della normativa italiana in tema di mOGM, si rimanda a R. MONTANARO, *La normativa italiana in materia di OGM e mOGM*, cit., p. 973 ss., ove oggetto di attenzione è il d.lgs. 12 aprile 2001, n. 206, attuativo della direttiva n. 98/81/CE, modificatrice a sua volta della precedente direttiva del 1990 in tema di mOGM; L. COSTATO, *Organismi biologicamente modificati e novel foods*, in *Riv. dir. agr.*, 1997, I, p. 137 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ D. DI BENEDETTO, *La disciplina degli organismi geneticamente modificati tra precauzione e responsabilità*, Napoli, 2011, p. 111 ss.

⁽¹⁰¹⁾ E. SIRSI, *L'impiego in agricoltura di organismi geneticamente modificati e la coesistenza con le coltivazioni non geneticamente modificate*, in *Tratt. dir. agr.* diretto da L. Costato, A. Germano, E. Rook Basile, 2, Torino, 2011, p. 277.

della Commissione n. 2003/556/CE (sulla coesistenza) circa gli orientamenti e strategie nazionali sulla coesistenza tra colture tradizionali, biologiche e geneticamente modificate (direttamente applicabile a livello nazionale). Tale raccomandazione è stata sostituita nel 2010 dalla raccomandazione 200/2010. Fornisce i principi generali per lo sviluppo di misure nazionali con lo scopo di limitare la presenza accidentale di OGM nelle produzioni convenzionali e biologiche⁽¹⁰²⁾.

A livello nazionale: l. 28 gennaio 2005, n. 5, di recepimento della raccomandazione della Commissione n. 2003/556/CE sull'assicurazione della coesistenza tra le forme di agricoltura transgenica, convenzionale e biologica.

Fino a pochi anni fa la procedura di approvazione era del tipo “una chiave-una porta”, cioè la richiesta di approvazione per un nuovo evento transgenico era formulata all'autorità nazionale di uno degli Stati membri della UE, ma l'approvazione, quando concessa, valeva automaticamente per tutti gli Stati membri. Nel 2015 è stata aggiunta una nuova direttiva, la dir. UE 2015/412, che modifica la direttiva 2001/18/CE in modo sostanziale, perché abolisce il principio “una chiave-una porta” introducendo la possibilità per gli Stati membri di limitare o vietare la coltivazione di singoli eventi transgenici sul loro territorio una volta che questi siano autorizzati a livello europeo⁽¹⁰³⁾.

A livello nazionale: l. 29 luglio 2015, n. 115 e l. 9 luglio 2015, n. 114, di recepimento della direttiva 2015/412 che insieme al d.lgs. 14 novembre 2016, n. 227, introducono la possibilità per l'Italia di limitare o vietare la coltivazione di organismi geneticamente modificati sul suo territorio. Le richieste di esclusione dall'ambito geografico delle domande di autorizzazione già concesse o in via di concessione per sei mais geneticamente modificati sono state accolte

⁽¹⁰²⁾ Al riguardo, E. SIRSI, *L'impiego in agricoltura di organismi geneticamente modificati e la coesistenza con le coltivazioni non geneticamente modificate*, cit., p. 273.

⁽¹⁰³⁾ Sulla normativa relativa agli OGM, si vedano fra i tanti: S. CAVALIERE, *La regolamentazione degli organismi geneticamente modificati e il principio di precauzione alla luce della sentenza della Corte di giustizia UE, causa C-111/16*, in *Osserv. cost.*, 2018, 1, pp. 1-25; D. BEVILACQUA, *La regolazione pubblica degli OGM tra tecnica e precauzione*, in *Riv. crit. dir. prim.*, 2016, 2, pp. 275-292; G. RAGONE, *L'Italia e la questione OGM alla luce della recente normativa UE*, in G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, L. MEZZETTI, P. PETRILLO (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, in *www.cesifin.it*.

dalla Commissione europea che permette di rinazionalizzare le autorizzazioni (restringendone la validità territoriale). Esistono molte altre norme comunitarie⁽¹⁰⁴⁾ che vanno a completare il quadro, ma non sono riportate perché non modificano la struttura e la filosofia generale qui riassunta.

Prima di poter rilasciare una pianta transgenica nell'ambiente per la coltivazione, commerciale o a scopo sperimentale, e prima di immettere sul mercato, per consumo umano o animale, la pianta o i suoi prodotti, pertanto, necessitano le approvazioni delle autorità competenti. Essendo materia di rilevanza comunitaria, la normativa di riferimento è quella europea.

Dalla promulgazione della direttiva 2001/18/CE sono trascorsi oltre venti anni e molte tecnologie sono comparse così come le conoscenze genetiche e tecnologiche sono aumentate esponenzialmente. A causa di questa rapida evoluzione a fronte di un relativo vuoto normativo si rileva che potranno nascere difficoltà difficilmente sormontabili a seguito di rapidi ed interessanti sviluppi tecnico-scientifici.

Esempi pratici possono aiutarci a capire come la mutagenesi biologica possa farci ottenere importanti risultati, ad esempio nell'introduzione di resistenze genetiche fondate sulle caratteristiche intrinseche delle specie coltivate o loro affini, ma i cui risultati sono difficili da inquadrare nella normativa vigente:

- caso 1: Geni di Suscettibilità (S) ai patogeni. Questi geni sono responsabili del riconoscimento della pianta ospite da parte del patogeno e sono causa del successo del patogeno sull'ospite. L'esempio più eclatante è rappresentato dal gene *mlo*. Scoperto nell'orzo all'inizio degli anni '90 del secolo scorso questo gene nella sua forma recessiva (silenziata) non viene espresso e ciò impedisce l'ingresso del fungo (oidio) nel cereale. Recentemente sono stati identificati geni in vite che hanno lo stesso ruolo. L'ottenimento di una vite resistente ad un patogeno fungino come l'oidio potrebbe portare ad una diminuzione importante nell'uso dei fitofarmaci in viticoltura, si ricorda che la sola viticoltura in Europa impiega oltre il

⁽¹⁰⁴⁾ Fra i quali il reg. 178/2002/CE, la disciplina dei fitosanitari, quella delle specie esotiche invasive, etc.

60% dei fitofarmaci dell'insieme delle piante coltivate. I vantaggi sono tangibili in quanto si potrebbe idealmente mutagenizzare il più ampio numero di varietà di vite coltivate nelle varie regioni italiane mantenendo così le caratteristiche di pregio delle uve, salvaguardando la tipicità del prodotto e la qualità del vitigno.

- caso 2: *Fast Breeding*/miglioramento genetico accelerato. La scoperta di alcuni geni in grado di controllare la fioritura anche in piante arboree, com'è noto le più difficili da migliorare geneticamente per ovvii motivi di tempo, spazio e costi relativi, fornisce l'opportunità di accelerare il miglioramento genetico tramite l'inserzione di un gene esogeno (transgenico) in un processo chiamato *early flowering*. Tuttavia, dopo diverse successive generazioni di reincrocio si può selezionare la progenie non più contenente il gene per la fioritura precoce (transgene) ma solo il gene di interesse.

In entrambi i casi 1 e 2, la normativa vigente non consente una facile gestione. Nel primo caso, applicando il *genome editing* e “spegnendo” il gene che favorisce il riconoscimento dell'ospite da parte del patogeno abbiamo un caso di vuoto normativo, e, se si propendesse per la comparabilità di questo caso ad un OGM invece che per la comparabilità alla mutagenesi chimico/fisica, non solo si priverebbe di una opportunità l'Europa ma ci renderebbe anche difficile la protezione da eventuali frodi. Infatti, questo individuo mutagenizzato potrebbe essere tranquillamente venduto come mutazione spontanea⁽¹⁰⁵⁾ da chiunque volesse far entrare in Europa un prodotto di tali

⁽¹⁰⁵⁾ Convenzionalmente si individuano tre modalità di utilizzo indicate rispettivamente con le sigle SDN 1, SDN 2 e SDN 3. A differenza della precedente, nella SDN 2 la nucleasi introduce una nuova sequenza che guida la riparazione in un sito predeterminato al fine di ottenere mutazioni precise e volute. La SDN 3 si distingue dalle precedenti poiché al taglio in un sito predefinito operato dalla nucleasi può far seguito l'integrazione di un frammento di DNA esterno producendo così una pianta transgenica, intragenica o cisgenica a seconda dell'origine e della natura della sequenza inserita. In entrambi i casi l'inserimento di nuove sequenze geniche (knock-in genico) è reso possibile dal meccanismo di riparazione omologa (HDR). In merito si veda: EUROPEAN ACADEMIES' SCIENCE ADVISORY, *Genome editing: scientific opportunities, public interests and policy options in the European Union*, consultabile in easac.eu/publications/details/genome-editing-scientific-opportunities-public-interests-and-policy-options-in-the-eu.

caratteristiche purtroppo impossibili da distinguere da un organismo mutante naturale o ottenuto con metodi chimico/fisici normati all'art. 3 (deroghe) della direttiva 2001/18/EC⁽¹⁰⁶⁾.

Il secondo caso è perfino peggiore poiché il prodotto ottenuto per miglioramento genetico tradizionale con un pedigree contenente piante transgeniche, non sarebbe in alcun modo tracciabile e distinguibile da un prodotto del normale miglioramento genetico non avendo più tracce nel suo DNA delle generazioni transgeniche precedenti.

8. — *Il contesto normativo europeo per le New Breeding Techniques.*

Il diritto agro-alimentare ha sempre costituito un settore di indagine per l'elaborazione di un diritto del rischio, diretto a difendere i fondamentali interessi della persona. Il rischio non è sempre conosciuto e la sua percezione varia sulla base del contesto socioeconomico considerato⁽¹⁰⁷⁾.

Le crescenti preoccupazioni, che hanno circondato la possibile applicazione delle tecniche di ingegneria genetica in campo alimentare, si sono diffuse proprio a causa dell'incertezza circa la natura dei prodotti così realizzati.

⁽¹⁰⁶⁾ Il diciassettesimo *considerando* della direttiva n. 2001/18/CE precisa che: «La presente Direttiva non concerne gli organismi ottenuti attraverso determinate tecniche di modificazione genetica utilizzate convenzionalmente in varie applicazioni con una lunga tradizione di sicurezza». Si veda, al riguardo, anche L. GRADONI, *La nuova direttiva comunitaria sugli organismi geneticamente modificati*, in *Dir. com. e degli scambi int.*, 2001, p. 740.

⁽¹⁰⁷⁾ Sull'analisi della valutazione del rischio in diritto agro-agroalimentare, si segnalano, tra gli altri: F. ALBISSINI, *Sicurezza e controlli: chi garantisce cosa?*, in *Riv. dir. alim.*, 4, 2011, pp. 12-23; P. BORGHI, *The "myth" of precaution*, in AA.VV., *Innovation in agri-food law between technology and comparison*, Milano, 2019, p. 171 ss.; F. DI PORTO, *Regolazione del rischio, informazione e certezza giuridica*, in *Riv. dir. alim.*, 2011, 4, p. 34 s.; M. FERRARI, *Sicurezza alimentare e nuovi prodotti alimentari*, in *Politeia*, 2014, 3, p. 2014, pp. 89-92; G. GUERRA, *Sul rapporto sicurezza-innovazione nel diritto agroalimentare europeo: tra «elefanti nella stanza» e «tigri di carta»*, in *Nuova giur. cin. comm.*, 2019, pp. 394-404; P. SAVONA, *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in *Federalismi.it*, 2011, pp. 355 ss.; L.G. VAQUÉ, *La comunicazione del rischio alimentare nell'Unione Europea e negli Stati membri: efficacia, trasparenza e sicurezza*, in *Riv. dir. alim.*, 2016, 3, pp. 33-45.

L'idea di "sicurezza alimentare", infatti, nasce proprio al fine di «restringere l'area del rischio entro limiti ragionevoli»⁽¹⁰⁸⁾: sotto il profilo normativo, questa esigenza si è tradotta nell'elaborazione di un sistema tendenzialmente *science-based*, che garantisca la tracciabilità dell'alimento attraverso un approccio integrato di filiera, cosiddetta *from farm to table*⁽¹⁰⁹⁾.

A partire dal 2001, come si è visto, si è registrato un rapido sviluppo delle tecniche di ingegneria genetica che si sono sempre più concentrate su metodi di editing di precisione del genoma delle colture sfruttando la variabilità genetica all'interno di una stessa specie (cisgenesi) e nuove tecnologie di intervento. Questo insieme di nuove tecniche genomiche intraspecifiche chiamate New Genomic Techniques (NGT), in Italia conosciute anche come TEA, Tecniche di Evoluzione Assistita.

La Corte di Giustizia Europea nel 2018, a seguito di un ricorso di un'associazione di agricoltori francesi, ha stabilito che anche per le Nuove Tecniche Genomiche, nonostante non si faccia ricorso alla transgenesi, si deve applicare la direttiva del 2001, impedendo di fatto la diffusione e la coltivazione, non confinata, dei risultati applicativi.

Alla luce di questa sentenza, il Consiglio UE nel 2019 ha chiesto alla Commissione Europea di realizzare uno studio per verificare l'adeguatezza della normativa vigente rispetto agli sviluppi e alle potenzialità applicative delle Nuove Tecniche Genomiche. Lo studio, che si compone anche di un parere di EFSA, è stato pubblicato dalla Commissione nell'aprile del 2021. I principali esiti dello studio sono:

- la legislazione vigente non pare idonea a normare alcune NGT e deve essere adattata al progresso scientifico e tecnologico che si è avuto negli ultimi venti anni;
- in molti casi la mutagenesi mirata e la cis-genesi comportano lo stesso livello di rischio per consumatori ed ambiente delle tecniche di selezione convenzionali;

⁽¹⁰⁸⁾ M. FERRARI, *Sicurezza alimentare e nuovi prodotti alimentari*, cit., p. 90.

⁽¹⁰⁹⁾ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, COM (1999) 719, Bruxelles, 12 gennaio 2000.

- non pare giustificato applicare diversi livelli di supervisione autorizzativa a prodotti simili con livelli di rischio simili;
- i prodotti NGT hanno il potenziale per contribuire alla sostenibilità dei sistemi agroalimentari, in linea con gli obiettivi del Green Deal Europeo e della strategia *Farm to Fork*⁽¹¹⁰⁾;
- vanno condotti approfondimenti per colmare alcune lacune e limiti di conoscenza e vanno compiuti maggiori sforzi per informare e coinvolgere il pubblico sulle NGT.

9. — *Considerazioni conclusive.*

La riflessione critica sulla definizione di OGM è diventata sempre più rilevante in riscontro con l'evoluzione delle tecnologie di modificazione genetica. In particolare, lo sviluppo, nell'ultimo ventennio, di tecnologie che permettono di ottenere singole modificazioni genetiche in modo più preciso e veloce rispetto alle tecniche di breeding convenzionale hanno generato alcuni problemi di regolazione in ragione della incertezza che si è venuta a creare quanto alla classificazione dei prodotti ottenuti come OGM. Per quanto la legislazione in materia sia stata profondamente modificata dal 1990 ad oggi, la definizione di OGM non è stata oggetto di una riformulazione complessiva⁽¹¹¹⁾, e risulta, quindi, ancora adesso basata sulle tecniche e sulle conoscenze della genomica disponibili a fine novecento.

⁽¹¹⁰⁾ Per quanto attiene la *food chain*, la *Farm to Fork* ha l'obiettivo di raggiungere uno standard globale di sostenibilità, c.d. *gold standard*, mediante una combinazione di alternative per ridurre la *crop vulnerability* aumentando sia la quantità che la qualità delle rese produttive; essa, infatti, prospetta la transizione di almeno il 25% delle aree agricole verso l'agricoltura biologica ammettendo contestualmente il ricorso alle biotecnologie cui ruolo è diventato un autentico "imperativo commerciale": COMMISSIONE, *Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni: Una strategia "Dal produttore al consumatore" per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente* (Bruxelles, 20 maggio 2020 COM (2020) 381 def.).

⁽¹¹¹⁾ Salvo che per le modifiche introdotte nella parte generale degli allegati IA, Parte II, e IB, rispettivamente, con la trasformazione delle formulazioni seguenti: «Tecniche di cui all'articolo 2, punto 2 ii) che non sono considerate tecniche di modificazione genetica, *se*

Le esigenze manifestate da illustri scienziati alle autorità competenti di Stati membri dell'UE⁽¹¹²⁾ e il bisogno di rilanciare la ricerca in agricoltura, da

*non comportano il ricorso a molecole di ricombinazione» e «tecniche di modificazione genetica che devono essere escluse dal campo d'applicazione della presente direttiva, se non comportano l'uso di OGM come organismi riceventi o parenti», in queste altre: «Tecniche di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), che non si ritiene producano modificazioni genetiche, a condizione che non comportino l'impiego di molecole di acido nucleico ricombinante o di organismi geneticamente modificati prodotti con tecniche o metodi diversi da quelli esclusi dall'allegato IB», e «Le tecniche o i metodi di modificazione genetica che implicano l'esclusione degli organismi dal campo di applicazione della presente direttiva, a condizione che non comportino l'impiego di molecole di acido nucleico ricombinante o di organismi geneticamente modificati diversi da quelli prodotti mediante una o più tecniche o uno o più metodi elencati qui di seguito». Queste modifiche sono state alla base delle argomentazioni su cui si basa la posizione dei fautori della classificazione degli organismi ottenuti con alcune delle NBT come OGM: v. L. KRÄMER, *Legal questions concerning new methods for changing the genetic conditions in plants*, cit.; T.D. SPANGER, *Legal analysis of the applicability of Directive 2001/18 on genome editing technologies*, cit. In proposito si veda anche D. BRESSANINI, *OGM tra leggenda e realtà. Alla scoperta delle modifiche genetiche nel cibo che mangiamo*, cit., p. 29. L'autore fa notare che, in realtà, esistono altri casi di modificazioni genetiche, che non sono prese in considerazione dalla normativa comunitaria. Ritiene, di conseguenza, che la classificazione contenuta nella legislazione europea sia arbitraria. Si legge infatti testualmente che: «In realtà anche un normale incrocio modifica geneticamente la pianta, che non sarà uguale a nessuno dei due genitori. Per non parlare delle mutazioni provocate intenzionalmente con l'irraggiamento (a cui dobbiamo la nostra pasta quotidiana). In questi casi l'intervento umano è indubbio, ma per qualche ragione il legislatore ha scelto di considerarlo meno invasivo rispetto all'inserimento diretto di un gene tramite la ricombinazione del DNA». E ancora: «Nello sforzo di trovare una definizione di modifica genetica che escludesse gli incroci tradizionali, il legislatore europeo ha escogitato una classificazione altrettanto arbitraria».*

⁽¹¹²⁾ Il caso più noto è certamente quello della colza resistente agli erbicidi di *Cibus* ottenuta con la tecnica RTDS (*rapid trait development system*), un tipo di mutagenesi (diretta da oligonucleotidi) intorno alla quale si è svolto finora concretamente il dibattito sulle NBT nelle amministrazioni e nelle agenzie di valutazione scientifica dei governi europei (Germania, Regno Unito, Svezia, Finlandia) alle quali *Cibus* si è rivolta direttamente per le prove in campo, ma anche Paesi Bassi e Repubblica Ceca che hanno voluto adottare una posizione in materia. Il Regno Unito e i Paesi Bassi hanno sostenuto che si tratta di una forma di mutagenesi (termine che la direttiva europea in materia di OGM non definisce) e che di per se stessa sfugge alle regole europee perché è inclusa nell'allegato 1B, e inoltre che gli oligonucleotidi non possono essere considerati DNA ricombinante: è quest'ultimo considerato uno dei punti fondamentali della questione in ragione del fatto che la dir. 2001/18 ha introdotto nel riferimento alla mutagenesi il riferimento «a meno che questo

una parte hanno condotto a riflettere sull'ampiezza della definizione, dall'altra parte hanno suggerito la possibilità di intervenire sull'impianto generale nella direzione di un ripensamento, già emerso in passato, sulla scelta europea della legislazione di processo piuttosto che di prodotto.

Le cosiddette *New Breeding Techniques* rappresentano una categoria di difficile individuazione e di per sé stessa aperta: nel suo ambito si trovano sia biotecnologie considerate "sostenibili" sia espressioni di una evoluzione tecnica estrema, come la genomica sintetica.

Su richiesta di alcuni Stati fu istituito nell'ottobre 2007, al livello europeo, un gruppo di lavoro con il compito di analizzare una lista non esaustiva di tecniche⁽¹¹³⁾ per le quali non era chiaro se i relativi prodotti potessero essere qualificati come OGM. In attesa che la Commissione renda pubbliche le «Guidelines on the regulatory status of products generated using the new

non implichi l'uso di DNA ricombinante»: in particolare nell'opinione resa dalle autorità dei Paesi Bassi (ma non solo) si sostiene che l'oligonucleotide utilizzato per la mutagenesi non è DNA ricombinante. La Svezia ha sostenuto anch'essa la esclusione dell'applicazione della normativa OGM ma ha avvertito che tutto dipenderà dalla posizione che verrà assunta dalla Commissione europea. La Finlandia ha sottolineato come la posizione di esclusione, o meno, dipende dalle determinazioni in merito alla definizione di OGM. In Germania si è prodotto un contrasto fra la posizione del Ministero della protezione dei consumatori e della sicurezza degli alimenti (BVL) – favorevole a Cibus – e L'Agenzia Federale per la Conservazione della Natura al quale si sono rivolte alcune associazioni per contestare la prima decisione e fermare la coltivazione di quella colza in quanto resistente agli erbicidi (quindi una decisione sulla base del tratto – la resistenza agli erbicidi - anche se assunta sulla base di argomenti legati all'interpretazione della definizione *ex dir.* 2001/18). Questa vicenda fa emergere anche la questione – di primaria rilevanza - della competenza degli Stati membri, ovvero della possibilità per uno Stato membro di decidere autonomamente sulla valutazione di una tecnica come rientrante nella definizione della *dir.* 2001/18, quindi sulla definizione stessa.

⁽¹¹³⁾ Il gruppo di lavoro (*New techniques working group to assess whether a number of new breeding techniques could fall or not within the scope of the gmo legislation*), ha preso in considerazione (prima sette poi first) otto nuove tecniche di breeding: "oligonucleotide directed mutagenesis (ODM)", anche conosciuta come «Rapid Trait Development System (RTDS)»; «zinc finger nuclease (ZFN) technology (ZFN-1, ZFN-2 and ZFN-3); cisgenesis and intragenesis; grafting; agro-infiltration; RNA-dependent DNA methylation (RdDM); reverse breeding; and synthetic genomics». Nella lista non è ricompresa la più nuova e forse più promettente tecnica CRISPR-CAS conosciuta come *genome editing*.

techniques»⁽¹¹⁴⁾, la posizione europea e di alcuni Stati membri sono rappresentate dalle *Opinions* elaborate dall'EFSA sulla cisgenesi e intragenesi e sulla Zinc finger nuclease 3⁽¹¹⁵⁾; dai report di COGEM (Commission on genetic modification- Netherland)⁽¹¹⁶⁾, ACRE⁽¹¹⁷⁾ (Advisory Committee on Releases to the Environment) e di altre autorità scientifiche nazionali⁽¹¹⁸⁾, dalle analisi del JRC (Joint Research Centre)⁽¹¹⁹⁾ e dell'EASAC (Science Advisory Council)⁽¹²⁰⁾.

Sul piano della valutazione scientifica e della valutazione del rischio l'EFSA, esprimendosi sulle tecniche della cisgenesi, intragenesi e Zinc fin-

⁽¹¹⁴⁾ Anche se la Commissione ha ribadito che l'interpretazione legale della normativa europea è «sole prerogative of the European Court of Justice».

⁽¹¹⁵⁾ *Scientific opinion addressing the safety assessment of plants developed through cisgenesis and intragenesis* (EFSA Journal 2012;10(2):2561) and *Scientific opinion addressing the safety assessment of plants developed using Zinc Finger Nuclease 3 and other Site-Directed Nucleases with similar function* (EFSA Journal 2012;10(10):2943).

⁽¹¹⁶⁾ Numerosi *report* sono stati indirizzati, sul tema, al governo danese, e di particolare interesse per il tema trattato vi sono i seguenti: *Novel plant breeding techniques - Consequences of new genetic modification-based plant breeding techniques in comparison to conventional plant breeding* (2009-02); *New techniques in plant biotechnology* (CGM/061024-02); *CRISPR-Cas – Revolution from the lab* (CGM/141030-01); *Synthetic Biology – Update 2013 Anticipating developments in synthetic biology* (CGM/130117-01); *The status of oligonucleotides within the context of site-directed mutagenesis* (CGM/100701-03); *Should EU Legislation Be Updated? Scientific developments throw new light on the process and product approaches* (CGM/090626-03); *Zinc finger on the pulse Developments and implications of zinc finger technology* (CGM/090616-02).

⁽¹¹⁷⁾ ACRE (Advisory Committee on Releases to the Environment) advise: *New techniques used in plant breeding* (2013). Così nelle considerazioni conclusive: «ACRE is concerned by the extent to which the definition of a GMO is open to interpretation. We advise that a transparent, scientifically robust interpretation be adopted if the EU continues to employ the current definition» (www.gov.uk).

⁽¹¹⁸⁾ BAC, *Advice of the Belgian Biosafety Advisory Council on the use of “Targeted gene repair” as a strategy to develop novel organisms* (2007).

⁽¹¹⁹⁾ V. M. LUSSER, C. PARISI, D. PLAN, E. RODRIGUEZ CEREDO, *New plant breeding techniques. State-of-the-art and prospects for commercial development* (EUR 24760-2011); M. LUSSER, E. RODRIGUEZ CEREDO, *Comparative regulatory approaches for new plant breeding techniques* (EUR 25237-2012).

⁽¹²⁰⁾ EUROPEAN ACADEMIES' SCIENCE ADVISORY, *New breeding techniques*, July 2015.

ger nuclease 3⁽¹²¹⁾, ha evidenziato che i dubbi riguardano soprattutto due situazioni:

- 1) le tecniche che non prevedono l'impiego di geni estranei e che o erano nell'ambito dello stesso gruppo tassonomico, sicché non può parlarsi di varietà transgenica;
- 2) le tecniche per le quali la modificazione prodotta rende il prodotto identico ad altro in cui la stessa modificazione è stata ottenuta con altra tec-

⁽¹²¹⁾ Nella prima *Opinion*: «EFSA GMO Panel considers that the *Guidance for risk assessment of food and feed from genetically modified plants* and the *Guidance on the environmental risk assessment of genetically modified plants* are applicable for the evaluation of food and feed products derived from cisgenic and intragenic plants and for performing an environmental risk assessment and do not need to be developed further. It can be envisaged that on a case-by-case basis lesser amounts of event-specific data are needed for the risk assessment. The EFSA GMO Panel compared the hazards associated with plants produced by cisgenesis and intragenesis with those obtained either by conventional plant breeding techniques or by transgenesis. The Panel concludes that similar hazards can be associated with cisgenic and conventionally bred plants, while novel hazards can be associated with intragenic and transgenic plants. The Panel is of the opinion that all of these breeding methods can produce variable frequencies and severities of unintended effects. The frequency of unintended changes may differ between breeding techniques and their occurrence cannot be predicted and needs to be assessed case by case». Nella seconda *Opinion*: «The EFSA GMO Panel considers that its guidance documents are applicable for the evaluation of food and feed products derived from plants developed using the SDN-3 technique and for performing an environmental risk assessment. However, on a case-by-case basis lesser amounts of event specific data may be needed for the risk assessment of plants developed using the SDN-3 technique. The EFSA GMO Panel compared the hazards associated with plants produced by the SDN-3 technique with those obtained by conventional plant breeding techniques and by currently used transgenesis. With respect to the genes introduced, the SDN-3 technique does not differ from transgenesis or from the other genetic modification techniques currently used, and can be used to introduce transgenes, intragenes or cisgenes. The main difference between the SDN-3 technique and transgenesis is that the insertion of DNA is targeted to a predefined region of the genome. Therefore, the SDN-3 technique can minimise hazards associated with the disruption of genes and/or regulatory elements in the recipient genome. Whilst the SDN-3 technique can induce off-target changes in the genome of the recipient plant these would be fewer than those occurring with most mutagenesis techniques. Furthermore, where such changes occur they would be of the same types as those produced by conventional breeding techniques», in *Efsa Journal*, 2012, 10(10): 2943; EFSA, *Scientific opinion addressing the safety assessment of plants developed through cisgenesis and intragenesis*, in *EFSA Journal*, 2012, 10(2):2561; EFSA, *Genetically Modified Organisms UNIT*, al link registerofquestions.efsa.europa.eu/roqFrontend.

nica che non rientra giuridicamente nel novero di quelle atte a generare OGM⁽¹²²⁾.

Sul piano giuridico si tratta di procedere all'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2001/18/CE sotto i profili sia letterale, sia sistematico, sia funzionale⁽¹²³⁾. Le alternative che possono individuarsi ad esito di questa analisi sono: il riconoscimento che una determinata nuova tecnica dà luogo ad una modificazione genetica (Allegato I, Parte A della direttiva 2009/41/CE e Allegato IA, Parte 1 della direttiva 2001/18/CE); la conclusione che la nuova tecnica non produce una modificazione genetica (Allegato I, Parte B della direttiva 2009/41/CE e Allegato IA, Parte 2 della direttiva 2001/18/CE); la conclusione che l'organismo modificato è escluso dall'ambito di applicazione della disciplina europea anche se è ottenuto con tecniche che determinano una modificazione genetica (Allegato II, Parte A della dir. 2009/41/CE e Allegato IB della direttiva 2001/18/CE)⁽¹²⁴⁾.

Sotto il profilo letterale, l'elemento più significativo è apparso l'espressione "modificato in un modo diverso" dell'art. 2(2) della dir. 2001/18/CE e art. 2(b) della direttiva 2009/41/CE, che definiscono l'OGM e il mOGM rispettivamente come un «*organismo*» o «micro-organismo in cui il materiale genetico è stato modificato in un modo diverso da quanto avviene in natura con l'accoglimento e/o la ricombinazione genetica naturale». Alcuni dubbi sono stati sollevati circa la possibilità di riferire l'espressione "modificato in un modo" esclusivamente al processo, nella misura in cui la stessa espressione può anche essere intesa anche con riferimento al prodotto, sicché anche sotto quest'ul-

⁽¹²²⁾ Nel *Final Report del New Techniques Working Group* si sono prese in considerazione anche due altre situazioni: quella del "GMO offspring" e quella della "transient presence".

⁽¹²³⁾ V. BVL, *Opinion on the legal classification of New Plant Breeding Techniques, in particular ODM and CRISPR-Cas 9*, consultabile in www.bvl.bund.de; stessa impostazione si ritrova nelle analisi di Kramer e Spranger citate.

⁽¹²⁴⁾ «Parte 2: Tecniche di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), che non si ritiene producano modificazioni genetiche, a condizione che non comportino l'impiego di molecole di acido nucleico ricombinante o di organismi geneticamente modificati prodotti con tecniche o metodi diversi da quelli esclusi dall'allegato I B: 1) fecondazione in vitro; 2) processi naturali, quali la coniugazione, la trasduzione e la trasformazione; 3) induzione della poliploidia».

timo profilo un organismo potrebbe essere distinto oppure indistinguibile da un altro ottenuto con processi naturali, breeding convenzionale o con l'applicazione delle tecniche elencate negli Allegati IA⁽¹²⁵⁾, o IB della direttiva 2001/18/CE e Allegato I, Parte B o II, Parte A, della direttiva 2009/41/CE, e quindi non considerato come un OGM e fuori dall'ambito di applicazione della disciplina europea dettate nelle summenzionate direttive⁽¹²⁶⁾.

Soggetto a valutazione sul piano interpretativo-letterale è stato ritenuto anche il termine "modificato": che induce a chiedersi quale debba essere il grado di cambiamento da considerare come una alterazione ai sensi della direttiva, tenendo conto della plasticità dei genomi e delle variazioni genetiche che si determinano naturalmente e attraverso le tradizionali tecniche di breeding.

L'aspetto della modificazione del prodotto è ritenuto rilevante anche sotto il profilo dell'interpretazione sistematica poiché il quadro normativo europeo fa ripetuti richiami alla novità della combinazione genetica rispetto a quelle che potrebbero realizzarsi con le tecnologie convenzionali. In proposito si ricorda anche la lettera della direttiva 1946/2003/CE e la definizione di LMO (Living Modified Organism) del Protocollo di Cartagena⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁵⁾ «Allegato IA. Tecniche di cui all'articolo 2, paragrafo 2, parte 1: Le tecniche di modificazione genetica di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), comprendono tra l'altro: 1) tecniche di ricombinazione dell'acido nucleico che comportano la formazione di nuove combinazioni di materiale genetico mediante inserimento in un virus, un plasmide batterico o qualsiasi altro vettore, di molecole di acido nucleico prodotte con qualsiasi mezzo all'esterno di un organismo, nonché la loro incorporazione in un organismo ospite nel quale non compaiono per natura, ma nel quale possono replicarsi in maniera continua; 2) tecniche che comportano l'introduzione diretta in un organismo di materiale ereditabile preparato al suo esterno, tra cui la microiniezione, la macroiniezione e il microincapsulamento; 3) fusione cellulare (inclusa la fusione di protoplasti) o tecniche di ibridazione per la costruzione di cellule vive, che presentano nuove combinazioni di materiale genetico ereditabile, mediante la fusione di due o più cellule, utilizzando metodi non naturali».

⁽¹²⁶⁾ Cfr. BVL, *Opinion on the legal classification of New Plant Breeding Techniques, in particular ODM and CRISPR-Cas 9*, cit.

⁽¹²⁷⁾ V. BVL, *Opinion on the legal classification of New Plant Breeding Techniques, in particular ODM and CRISPR-Cas 9*, cit. Ai sensi dell'art. 3, lett. b) del Protocollo di Cartagena, «ogni organismo vivente dotato di una nuova combinazione di materiale genetico ottenuta ricorrendo alla biotecnologia moderna».

Quanto all'interpretazione teleologica, l'elemento principale da considerare è che la normativa europea ha per obiettivo la tutela della salute umana e dell'ambiente dagli effetti nocivi e questi derivano non dalla tecnica ma piuttosto dal prodotto e dalle modificazioni di cui è stato oggetto⁽¹²⁸⁾.

Le moderne tecnologie costituiscono oramai un "ambiente naturale" necessario, quasi indispensabile, nella vita dell'uomo. Ogni volta che le innovazioni lambiscono o intersecano diritti fondamentali dell'uomo – come nel caso del diritto alla salute –, emerge con una certa sistematica la difficoltà dell'ordinamento giuridico ad assimilare, per un verso, tempestivamente i vari cambiamenti imposti dalle trasformazioni della conoscenza tecnico-scientifica, e a ricomporre, per altro verso, un equilibrato temperamento dei differenti interessi economici e sociali⁽¹²⁹⁾ per la tutela riconosciuta dal sistema giuridico alle persone. Nel settore ricondotto alle scienze biotecnologiche si concentra in special modo lo spettro problematico dell'intero percorso di regolazione, a partire dalla tempestività con cui il legislatore nazionale e sovranazionale⁽¹³⁰⁾ riesce a comprendere le impellenze delle gradazioni tecnologiche, fino al delicato equilibrio di bilanciamento delle incidenze sull'ammissibilità o meno di determinati processi legati all'innovazione tecnologica⁽¹³¹⁾.

⁽¹²⁸⁾ Ratificato dall'Unione europea con decisione del Consiglio 2002/628/CE. V. BVL, *Opinion on the legal classification of New Plant Breeding Techniques, in particular ODM and CRISPR-Cas 9*, cit.

⁽¹²⁹⁾ Per un'analisi sulle complessità delle dinamiche di bilanciamento degli interessi coinvolti nei rapidi processi di ammodernamento tecnologico, si veda, da ultimo L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Torino, 2018.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. art. 26-ter, par. 3; v. inoltre G. RAGONE, *La disciplina degli OGM tra Unione Europea e Stati nazionali: a chi spetta il diritto all'ultima parola su questioni scientifiche controverse?*, in *BioLaw journal-Rivista di Biodiritto*, 2015, 1, pp. 115-130; si v. anche A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE, *Agricoltura e scienza. Biotecnologia, diritti proprietari ed ambiente: verso un nuovo ordinamento giuridico*, in A. GERMANÒ (a cura di), *La disciplina giuridica dell'agricoltura biotecnologica. Studi di diritto italiano e straniero*, Milano, 2002, p. 3 ss.

⁽¹³¹⁾ Infatti, «se si agisse troppo presto, in contesto di perdurante incertezza non solo scientifica, quando ancora non si può dire con certezza se un dato prodotto o processo implichi dei rischi e quali, vi sarebbe il pericolo di perdere preziose opportunità di sviluppo. Invece, quando lo sviluppo scientifico è tale da poter conoscere con certezza quali rischi

Recentemente, questa esigenza di realizzare una sorta di “parallelismo” tra progresso scientifico e adattamento giuridico si è acuita con la scoperta, nel settore agro-alimentare, delle c.dd. *New Breeding Techniques*. Il tema di fondo si è dunque focalizzato sulla ricerca di soluzioni normative che potessero disciplinare questi nuovi metodi, non pienamente definibili in merito alla loro natura. Infatti, le NBTs e i prodotti da esse realizzati sono contraddistinti da inedite peculiarità, in quanto sotto il profilo scientifico queste tecniche non possono essere ricondotte alla tradizionale contrapposizione tra la tecnologia del DNA ricombinante (o transgenesi), tipica degli OGM, e le *Conventional Breeding Techniques (CBTs)*, impiegate tradizionalmente in agricoltura. In estrema sintesi, tali singolari tecnologie di breeding si distinguono per la loro eterogeneità, poiché al fine di provocare una mutazione nel DNA dell’organismo, in alcuni casi utilizzano passaggi della transgenesi, mentre in altri sfruttano dei meccanismi naturali insiti nell’organismo stesso.

Peraltro, la particolarità non si limita alle procedure di produzione, in quanto appaiono singolari anche le caratteristiche e le proprietà del prodotto finale, atteso che quest’ultimo è il risultato dell’incrocio tra organismi della stessa specie o di specie affini e sessualmente compatibili; pertanto, il prodotto finale non contiene transgeni, ossia geni esogeni appartenenti a specie animali o vegetali totalmente diverse, come si riscontra invece nel caso degli OGM. Inoltre, mediante meccanismi di selezione vegetale la particolare mutazione indotta tramite NBTs diviene irrintracciabile, con la conseguenza di annullare ogni elemento distintivo tra organismi “convenzionali”, in cui la modificazione genetica avviene naturalmente, e organismi ottenuti tramite biotecnologie di precisione, in ragione del fatto che la struttura genomica di questi ultimi risulta coincidente, nonostante la manipolazione intervenuta.

Appare evidente come queste particolari caratteristiche implicino non

si porta dietro l’innovazione, non è più possibile esercitare alcun controllo significativo su di essa», in D. RUGGIU, *Modelli di governance tecnologica e diritti fondamentali in Europa. Per un right-based model of governance*, in *Riv. fil. dir.*, 2016, 2, p. 344. Per ulteriori approfondimenti circa il *too early/too late dilemma* si v. M. KEARNES, A. RIP, *The emerging governance landscape of nanotechnology*, in S. GAMMEL, A. LOSCH, A. NORDMANN (a cura di), *Jenseits von Regulierung zum politischen Umgang mit der Nanotechnologie*, Berlino, 2009, pp. 97-121.

poche difficoltà nell'attuare le verifiche previste lungo la filiera agro-alimentare di queste nuove tecniche. La natura "indefinita" delle NBTs ha evidentemente comportato, a livello globale, notevoli complessità nell'individuazione di una disciplina che potesse garantire un controllo effettivamente calibrato sulle specificità di tali tecnologie e dei prodotti da esse generati.

Al riguardo, occorre distinguere un primo fenomeno inclusivo contraddistinto dalla presenza di una legislazione in materia di OGM che, ai fini dell'applicazione, si incentra esclusivamente sul processo, e quindi sui passaggi che permettono di raggiungere una data modificazione genetica (c.dd. *process-based approach*). Tra gli ordinamenti che presentano una tale disciplina sulle modificazioni genetiche occupa una fondamentale posizione l'Unione Europea. La regolazione europea⁽¹³²⁾ risale agli albori dello sviluppo della tecnologia del DNA ricombinante, ove ancora non vi era una quantità di documentazione scientifica sufficiente da assicurare sulla *safety* degli organismi così ottenuti. Infatti, per questa ragione, il legislatore comunitario ha organizzato un sistema normativo permeato dal principio di precauzione⁽¹³³⁾, in modo da sopperire alle incertezze scientifiche del tempo⁽¹³⁴⁾. Nonostante i

⁽¹³²⁾ Il principio di armonizzazione, altrimenti detto principio di ravvicinamento delle disposizioni normative trova la sua disciplina all'articolo 114 TFUE (*ex art. 95 TCE*). In dottrina, si rimanda a R. ADAM, *Il diritto del mercato interno: l'articolo 100 A e l'armonizzazione delle legislazioni*, in *Riv. dir. eur.*, 1993, p. 681 ss.; R. CAFARI PANICO, *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, in *Riv. dir. eur.*, 1994, p. 53 ss.; M. MELI, *Armonizzazione del diritto europeo e quadro comune di riferimento*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 59 ss.; C. CASTRONOVO, *Armonizzazione senza codificazione: la penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 905.

⁽¹³³⁾ Così definito dal reg. n. 178/2002, art. 7: «Qualora, in circostanze specifiche, a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione di incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio». In argomento si veda L. MARINI, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 7 ss.

⁽¹³⁴⁾ Sul punto, L. COSTATO, *Principi e requisiti generali della legislazione alimentare*, in *Tratt. dir. agr.* diretto da L. Costato, A. Germanò, E. Rook Basile, 3, cit., p. 37.

cospicui progressi ottenuti nel campo dell'ingegneria genetica, ancora oggi rimane fondamentale, seppur risalente, la direttiva 2001/18/CE, il cui approccio fortemente cautelare è stato ripreso anche nei successivi Regolamenti e nelle Direttive più recenti.

Tale spinta precauzionale ha poi condotto il Giudice della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ad affermare come anche le *New Breeding Techniques* debbano essere considerate tecniche di ingegneria genetica suscettibili di rientrare nel campo di applicazione del regime sugli OGM. Tuttavia, tale presa di posizione è stata considerevolmente criticata poiché operava una rigida classificazione considerando in realtà solo uno degli aspetti singolari che caratterizzano queste nuove biotecnologie, ossia il processo. Nonostante, tale considerazione risulta paradossale se si pone l'attenzione al contenuto del regime normativo europeo: infatti, è vero che la condizione per l'applicazione della disciplina attiene alla tipologia di tecnica impiegata⁽¹³⁵⁾, ma ad essere sottoposto alla procedura di valutazione del rischio ambientale è il prodotto finale. Per questo la comunità scientifica e giuridica ha mostrato perplessità sulla decisione di sottoporre a procedure così rigide e costose i prodotti *NBT*, le cui caratteristiche genomiche, come abbiamo visto sopra, si distinguono solamente dai prodotti OGM mentre risultano indistinguibili dai prodotti convenzionali. Tra l'altro, in ragione dei numerosi studi che confermano l'assenza di rischi ulteriori per la salute umana⁽¹³⁶⁾ e per l'ambiente di tali prodotti rispetto a quelli convenzionali, appare ancora più manifesta

⁽¹³⁵⁾ Si veda, in particolare l'Allegato I A, direttiva 2001/18/CE.

⁽¹³⁶⁾ C.dd. rischi "congetturali" C, con questo termine si suole fare riferimento ai rischi incerti fondati su conoscenze scientifiche incomplete. Appare nei considerando alla raccomandazione 82/472/CEE del 30 giugno 1982 dalla quale emerge l'interesse per il contributo allo sviluppo economico dei lavori che implicano il DNA ricombinante associato alla preoccupazione per i relativi rischi che, pur rivestendo «carattere congetturale», devono essere sorvegliati richiedendo ad ogni Stato Membro l'imposizione di misure di protezione nel caso «molto improbabile in cui si rivelassero effettivi». In merito, E. SIRSI, *OGM e agricoltura: evoluzione del quadro normativo, strategie di comunicazione, prospettive dell'innovazione*, cit., p. 15. V. anche OECD, *Recombinant Dna Safety Considerations. Safety considerations for industrial, agricultural and environmental applications of organisms derived by recombinant DNA techniques*, 1986, disponibile *online*.

un'applicazione eccessiva e non necessaria del principio precauzionale. In tal modo, perciò, si realizzerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra due tipologie di prodotti emessi nell'ambiente o immessi sul mercato, che, seppur ottenuti mediante metodi differenti (*CBT* e *NBT*), risultano sostanzialmente identici e non evidenziano particolari rischi per la salute.

Occorre inoltre sottolineare come l'applicazione del principio precauzionale risente della peculiare cultura europea sull'alimentazione, notoriamente fondata sul concetto di salubrità del prodotto strettamente connesso all'integrità del patrimonio genetico dell'organismo vegetale. In altri termini, vi è una posizione fortemente restrittiva verso l'intervento umano nel consueto operare della natura, che si riflette inevitabilmente sulla legislazione. È evidente come questo comporti il rischio di ottenere una normativa caratterizzata da una dimensione eccessivamente prudentiale, che non considera il carattere oggettivo delle prove scientifiche, basandosi invece su concezioni ideologiche ancora dominanti⁽¹³⁷⁾.

Il superamento di queste problematiche non indifferenti potrebbe essere dato, da una diversa considerazione regolativa delle *NBTs*, che risponde maggiormente ad esigenze di certezza scientifica e giuridica, data la natura ibrida di tali tecnologie. Si tratta, in particolare, di un altro modello giuridico adottato da altri Stati, che si fonda su una valutazione delle proprietà e dei tratti specifici del singolo prodotto finale, al fine di garantire un intervento ponderato sui rischi effettivi che le modificazioni genetiche in esso contenute possono causare (cosiddetto *product-based approach*). Tale approccio legislativo, che risulta sicuramente più *scientifically-oriented*, risulta più adatto a valorizzare le potenzialità di impiego delle *NBTs*: numerose, infatti, sono le prospettive risolutive evidenziate dalla comunità scientifica al problema della *food security*, oltre ai benefici economici e sostenibili che il loro utilizzo comporterebbe, rispetto alle tecniche di transgenesi. Inoltre, una valutazione del rischio calibrata sul caso di specie, indipendentemente dal mezzo adottato per raggiungerlo, permetterebbe una tutela della salute umana e

⁽¹³⁷⁾ Si veda N. LUGARESÌ, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2015, pp. 218-221; si consulti in proposito anche il sito del Ministero dell'Ambiente, in *bcb.minambiente.it*.

dell'ambiente effettiva ed efficiente, senza al contempo reprimere ingiustificatamente la portata applicativa di tali metodi.

L'approccio europeo è stato quello di definire un organismo in ragione del modo con il quale è stato ottenuto e del tipo di modificazioni del materiale genetico. Tuttavia, una parte del mondo scientifico⁽¹³⁸⁾, come abbiamo visto, ha sottolineato preoccupazioni circa la chiarezza della definizione di OGM quando sia utilizzata per designare organismi ottenuti con determinate nuove tecnologie. Una quantità di dati generati in studi sulla genomica dal 1990, anno della prima definizione di OGM, sottolineano in generale la debolezza della definizione, specialmente perché basata sul metodo di ottenimento. Le piante che rientrano nell'ambito di applicazione della legislazione europea sugli OGM sono soggette ad una disciplina severa⁽¹³⁹⁾, rendendo di fatto quasi impossibile la coltivazione nei campi di molti paesi europei. Le piante che rimangono fuori dal campo di applicazione, anche se, per avventura, del tutto simili per tratti modificati a quelle OGM, possono essere coltivate senza restrizioni.

Di fronte alla complessità che la biotecnologia⁽¹⁴⁰⁾ ha raggiunto ed in con-

⁽¹³⁸⁾ Cfr. J. KUZMA, *Policy: Reboot the debate on genetic engineering*, in *Nature*, 2016, 531, pp. 165-167; EUROPEAN PLANT SCIENCE ORGANISATION, *Crop Genetic Improvement Technologies*, Brussels, 2015; BVL, *Opinion on the legal classification of NPBT*, in www.bvl.bund.de; ADVISORY COMMITTEE ON RELEASES TO THE ENVIRONMENT, *Why a modern understanding of genomes demonstrates the need for a new regulatory system for GMOs*, in www.gov.uk; SOCIETÀ ITALIANA DI GENETICA AGRARIA, *Considerazioni riguardo la tecnica del genome editing per il miglioramento genetico delle colture agrarie*, cit.

⁽¹³⁹⁾ C. MARTIN, W. HARWOOD, N. PATRON, *expert reaction to Court of Justice of the European Union ruling that GMO rules should cover plant genome editing techniques*, in sciencemediacenter.org; in seguito alla sentenza, persino due grosse multinazionali come Bayer e BASF hanno annunciato che svolgeranno la ricerca su piante editate geneticamente al di fuori dell'UE: v. www.reuters.com/article/idUSKBN1KH1PK/.

⁽¹⁴⁰⁾ Definizione di biotecnologia nella Convenzione firmata a Rio de Janeiro, nell'ambito della Convenzione sull'ambiente e lo sviluppo. Un'altra definizione di biotecnologia viene fornita dal *Washington State Department of Agriculture, Internal Policy Statement on Genetically Modified Organism*, il quale afferma che l'ingegneria genetica è formata da «*techniques that alter the molecular or cell biology of an organism by means that are not possible under natural conditions or processes. Genetic engineering includes recombinant DNA, cell fusion, micro- and macro-encapsulation, gene deletion, and doubling, introducing a foreign gene, and changing the position of genes. It does not include breeding, conjugation, fermentation, hybridation, in-vitro fertilization and tissue culture*». In

siderazione delle potenzialità delle tecnologie in agricoltura e nella produzione di alimenti⁽¹⁴¹⁾, la prospettiva offerta dall'alternativa 'dentro o fuori' (dalla definizione di OGM) appare insomma inadeguata⁽¹⁴²⁾. In vista di una riscrittura della definizione di OGM sembra appropriato riconsiderare l'approccio di procedimento che costringe la legge ad inseguire la tecnoscienza con il rischio di creare le condizioni per una ingiustificata disparità di trattamento⁽¹⁴³⁾.

ambito comunitario, invece, non è mai stata enunciata una definizione giuridica di biotecnologia, nonostante la Comunità Europea sia sempre stata conscia dell'importanza della stessa nell'ambito delle strategie commerciali. Ciò è dimostrato dalla Comunicazione della Commissione dal titolo «Le scienze della vita e la biotecnologia. Una strategia per l'Europa» (2002/C55/03), in cui si sottolinea la necessità di fornire un sostegno economico alle imprese che operano nel campo delle biotecnologie, al fine di rafforzare la loro competitività rispetto agli Stati Uniti ed al Giappone: v. B. NASCIBENE, *Biotecnologie, principi di diritto comunitario e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cit., p. 267.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. G. CARRADA, P. MORANDINI, M. MORGANTE, A. VITALE, *Prima i geni*, cit.; K. AMMANN, M. KUNTZ, *Decades-old GMO regulation unfit for 21st century*, cit.

⁽¹⁴²⁾ B. KLEINSTIVER, V. PATTANAYAK, M. PREW, S. TSAI, N. ZHENG, J. KEITH JOUNG, *High-fidelity CRISPR-Cas9 nucleases with no detectable genome wide off-target effects*, in *Nature*, 2016, 529, pp. 490-495.

⁽¹⁴³⁾ Cfr. G. CARRADA, P. MORANDINI, M. MORGANTE, A. VITALE, *Prima i geni*, cit.; F. LORETO, *Nuove tecnologie in agricoltura, con particolare riferimento all'uso delle biotecnologie sostenibili e di precisione*, consultabile in www.senato.it; SOCIETÀ ITALIANA DI GENETICA AGRARIA, *Considerazioni riguardo la tecnica del genome editing per il miglioramento genetico delle colture agrarie*, cit.

ALESSANDRA LANGELLA^(*)

ASPETTI ETICI DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

ABSTRACT: The essay considers the ethical aspects related to the use of artificial intelligence. European sources that invoke the ethics of AI are analyzed, as well as the legal Documents that seek to define an appropriate ethical and legal framework, based on the values of the Union, to calibrate the effects that the digital revolution deploys in the various and numerous contexts in which AI is used to ensure an anthropocentric approach to the technology that does not harm the fundamental interests protected by the legal system.

SOMMARIO: 1. Etica e IA. – 2. Le componenti dell'etica applicate all'IA. – 3. Autodeterminazione e protezione dei dati personali. – 4. Principio di proporzionalità. – 5. Un approccio basato sul rischio per l'IA. Prevenzione e precauzione. – 6. Trasparenza e decisione automatizzata. Responsabilità. – 7. Equità e correttezza dei sistemi di IA.

1. — *Etica e IA.*

L'uso dell'intelligenza artificiale (IA)⁽¹⁾ è sempre più diffuso in moltissimi settori della vita quotidiana (attività di lavoro, pratiche mediche, istruzione, giustizia, ricerca, politiche economiche e sociali).

L'IA costituisce uno strumento di grande opportunità ma il suo sviluppo ed utilizzo se non correttamente gestito può rappresentare anche numerose minacce per le libertà degli individui.

In questo senso, il funzionamento della nuova tecnologia solleva numerose questioni di natura etica e giuridica.

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ La Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione definisce (art. 3, (1)) quale sistema di intelligenza artificiale «un software (sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I) che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono».

Per assicurare che i sistemi di intelligenza artificiale risultino coerenti con i diritti e gli interessi fondamentali dei singoli, oltre che capaci di portare benefici validi per l'intera collettività è fondamentale sviluppare un quadro di regole specifiche.

La legislazione, sia a livello nazionale che a livello europeo, tenta di affrontare le questioni derivanti dall'uso dell'intelligenza artificiale attraverso la previsione di un quadro sorretto dai valori etici generali per un approccio antropocentrico e filantropico.

Del resto, il rispetto di requisiti etici è un presupposto indefettibile per lo sviluppo di un'IA sicura, giusta ed affidabile sia per chi la sviluppa e distribuisce, sia per chi ne fa uso.

In questo senso, un'IA etica sarebbe una «proposta vantaggiosa per tutti⁽²⁾».

Il richiamo all'etica dell'IA è compiuto in molti documenti europei relativi alla materia.

La Comunicazione della Commissione del 25 aprile 2018 su “L'intelligenza artificiale per l'Europa” (COM (2018) 237 final) indica come necessario in tema di IA «assicurare un quadro etico e giuridico adeguato basato sui valori dell'Unione e coerente con la Carta dei diritti fondamentali»; e nel Libro bianco sull'intelligenza artificiale del 19 febbraio 2020 (COM(2020) 65) la Commissione afferma nelle conclusioni che l'IA è una «tecnologia strategica che può offrire molti benefici ai cittadini, alle imprese e alla società nel suo insieme, a condizione che segua un approccio antropocentrico, etico, sostenibile e rispettoso dei valori e dei diritti fondamentali».

Allo stesso modo, la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale della robotica e delle tecnologie correlate (2020/2012(INL)) auspica (punto 9) l'integrazione di un solido approccio etico attraverso una Proposta di Regolamento sui principi etici per lo sviluppo, la diffusione e l'utilizzo dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate; ed è quanto avviene

⁽²⁾ Comunicazione della Commissione *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale incentrata sull'uomo* (COM (2019) 168 final).

nella Proposta di Regolamento del 2021 che stabilisce regole armonizzate sull'IA ((2021) 206 final).

2. — *Le componenti dell'etica applicate all'IA.*

Il fenomeno dell'applicazione dell'IA deve rispettare tutte le leggi e i regolamenti applicabili (componente della legalità) i quali, come accennato, prevedono la conformità dei sistemi di IA anche ai principi etici (componente dell'eticità)⁽³⁾.

Il concetto di etico è “orientato” nello spazio e nel tempo. Esso può assumere significati molto diversi e persino contrastanti, e a fronte di questo relativismo, si deve garantire che i principi dell'etica aderiscano e restino stabilmente ancorati ai diritti fondamentali.

Come indicato, ad esempio, nella Risoluzione del Parlamento Europeo del 2020 sopra citata, l'IA può dirsi etica quando rispetta la dignità umana, l'autonomia e l'autodeterminazione dell'individuo; se garantisce la parità di trattamento e l'assenza di discriminazioni per tutti, comprese le minoranze, impedendo i danni e promuovendo l'equità, l'inclusione e la trasparenza (punti 2 e 28).

Il primo presupposto di una IA etica è che rispetti il valore giuridico della dignità umana, al quale fa riferimento l'articolo 2 del Trattato dell'UE e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 1) e nel nostro ordinamento gli articoli 3 e 41 della nostra Costituzione.

La dignità è espressione dell'essenza e della natura dell'essere umano in quanto tale, le quali devono essere rispettate in qualunque contesto e attività con la conseguenza che, anche un gioco che «risvegli o rafforzi nel giocatore un'attitudine che neghi il diritto fondamentale di ogni persona ad essere riconosciuta e rispettata»⁽⁴⁾, può costituire una violazione della dignità umana.

⁽³⁾ Secondo il GRUPPO INDIPENDENTE DI ESPERTI DI ALTO LIVELLO SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE (istituito dalla Commissione Europea nel giugno 2018), *Orientamenti etici per una IA affidabile*, una IA affidabile si basa su tre componenti: legalità, eticità e robustezza.

⁽⁴⁾ Causa C-36/02, *Omega Spielballen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin*

Essa, in quanto base di tutti i diritti presenta «una connotazione oggettiva ed una dimensione estesa»⁽⁵⁾.

Nella formula oggettiva la dignità umana impone che il suo rispetto prescindano anche dalla valutazione (soggettiva) che di essa ne faccia la persona stessa che ne è titolare.

In questo senso, emblematico il caso relativo al divieto emesso da un'autorità francese rispetto alla pratica del «lancio del nano»⁽⁶⁾, attività alla quale si sottoponeva il ricorrente per guadagnarsi da vivere.

Sulla questione, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'atto concludeva nel senso che lo Stato parte del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici avrebbe dimostrato che «tutelare l'ordine pubblico, fa intervenire considerazioni sul piano della dignità umana»⁽⁷⁾.

Sulla base di considerazioni superiori derivanti dal rispetto dovuto alla dignità della persona umana, si ritiene che possa vietarsi una certa attività, nonostante l'adozione di misure di protezione per garantire la sicurezza della persona interessata, e malgrado quest'ultima vi si presti volontariamente, per ottenerne una ricompensa.

Deriva che non sarebbe ammissibile un'attività che possa determinare una mortificazione della persona umana, neppure con il consenso del soggetto coinvolto. Invero, se il principio di dignità esalta l'autodeterminazio-

der Bundesstadt Bonn. Nel caso, per garantire la tutela dei valori fondamentali riconosciuti dall'articolo 1 della Costituzione tedesca, le autorità di Bonn avevano precluso ad una società tedesca la gestione di un "laserdromo" destinato alla pratica del «laser-sport», per il quale ci si avvaleva di attrezzatura fornita da una società britannica. La Corte di giustizia dell'UE nella sentenza Omega ammette che vi sia lesione della dignità umana tramite il «gioco di morte» e, per questo, giustifica la deroga alla libertà della prestazione di servizi.

⁽⁵⁾ F.D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 161 ss.

⁽⁶⁾ CE, Ass., 27 Ottobre 1995, p. 372, *Case Commune de Morsang-sur-Orge*.

⁽⁷⁾ CCPR/C/75/D/854/1999, 26 luglio 2002, Comunicazione n. 854/1999, *documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/DER/G02/450/06/PDF/G0245006.pdf*.

ne, dall'altra parte la limita per escludere che ognuno possa trasformarsi in un potenziale tiranno di sé stesso⁽⁸⁾.

Pertanto, qualsiasi sistema di IA che determini una qualche forma di avvilimento e sottomissione della persona alla tecnologia non dovrebbe ammettersi dovendo, in questo senso, escludersi anche solamente il rischio di “deumanizzazione”, compresa quella resa attraverso processi decisionali interamente automatizzati⁽⁹⁾.

La dignità quale caratteristica ontologica dell'essere umano impone che il suo valore prevalga rispetto agli algoritmi e ai dati su cui sono costruiti i sistemi di IA, consumando proprio intorno al merito della dignità il passaggio dalla supremazia dell'algoritmo (algocrazia) ad una dimensione morale di quest'ultimo.

In questa direzione, la predominanza dell'individuo sulle macchine deve mantenersi anche quando si considerano gli effetti che la rivoluzione digitale dispiega nel contesto lavorativo⁽¹⁰⁾, dove la dignità, insieme all'autonomia del lavoratore, alla sua privacy e al suo diritto ad una giusta retribuzione, deve porsi come limite al potere tecnologico in favore di soluzioni il più inclusive possibili⁽¹¹⁾.

3. — *Autodeterminazione e protezione dei dati personali.*

Una delle componenti etico-giuridiche alle quali abbiamo sopra accennato è quella relativa al rispetto del valore dell'autonomia.

⁽⁸⁾ V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018.

⁽⁹⁾ G. NOTO LA DIEGA, *Against the de-humanisation of Decision-Making*, in *JIPITEC*, 2018, 9 (3).

⁽¹⁰⁾ Come affermato dall'European Group on ethics in Science and New technologies, *Future of work, Future of society*, 19 dicembre 2018, «together, technology, demographics and globalisation are amongst the most significant forces transforming the nature and role of work».

⁽¹¹⁾ G. COLAIACOMO, *Intelligenza artificiale e dignità del lavoratore*, in D. BUZZELLI, M. PALAZZO (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, 2022, pp. 205-222.

In termini generali, quando una persona deve essere coinvolta in una certa attività deve esserle richiesto, in applicazione al principio di autodeterminazione, un consenso libero e informato, quale proiezione del diritto alla libertà individuale.

L'istituto del consenso informato è previsto in molte fonti europee come l'art. 3, par. 2 della Carta dell'Unione Europea e in materia di protezione dei dati personali nell'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea oltre che nel reg. UE 2016/679 (GDPR). Inoltre, nella Convenzione di Oviedo per l'attività biomedica (articolo 5); mentre all'interno del sistema giuridico nazionale viene collegato agli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione.

Il principio del rispetto della volontà individuale è criterio giuridico che pervade tutte le ipotesi in cui una persona è chiamata ad esercitare una scelta, sia essa relativa al settore della salute o a una pratica commerciale, al trattamento dei dati personali o per la partecipazione all'attività di ricerca scientifica, e anche nel contesto di uso dei sistemi di IA.

In questo senso, nella Proposta di Regolamento europeo sull'IA è prescritto all'art. 52, par. 1, che «i fornitori garantiscono che i sistemi di IA destinati a interagire con le persone fisiche siano progettati e sviluppati in modo tale che le persone fisiche siano informate del fatto di stare interagendo con un sistema di IA, a meno che ciò non risulti evidente dalle circostanze e dal contesto di utilizzo»; fermo restando che, in alcuni casi, il consenso preventivo non sarà obbligatorio, come quando i sistemi di IA sono autorizzati dalla legge per accertare, prevenire, indagare e perseguire reati o, più in generale, quando sia necessario proteggere un interesse collettivo.

Lo stesso principio di autodeterminazione riguarda il tema del consenso alla raccolta e trattamento dei dati tramite tecnologie digitali.

Il rapporto tra IA e protezione dei dati personali è molto stretto essendo l'IA *data-driven*, cioè costruita intorno a dati e informazioni, sia inoltre perché sono numerose le applicazioni d'intelligenza artificiale rivolte ai trattamenti di dati personali.

Considerando che la protezione dei dati personali è uno dei diritti fondamentali, una analisi sulle riflessioni etiche dell'uso dell'IA non può prescindere dal considerare anche l'etica dei dati, vale a dire, come i dati vengono

creati, raccolti, curati, aggregati e mantenuti: il rispetto della legge e l'agire in modo appropriato e consono al proprio ruolo, adempiendo agli obblighi prescritti è una questione di etica dei dati⁽¹²⁾.

Per la conformità etica e giuridica è necessario che il flusso dei dati personali volti ad alimentare l'IA risulti in linea con la normativa europea del GDPR il quale, all'art. 6, par. 1, lett. a), stabilisce che il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorra la condizione che l'interessato abbia espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità.

Deriva che il principio di autodeterminazione che si esplica nel diritto del singolo a decidere se ed entro quali limiti rendere i propri dati personali, resta valido anche nelle applicazioni di IA; tuttavia, alcune osservazioni si impongono dal momento che le caratteristiche strutturali dell'IA possono intaccare il valore della volontà individuale.

La prima è che anche quando il trattamento dei dati è giustificato dal consenso, dinanzi all'operare di un sistema di intelligenza ad autoapprendimento (machine learning), l'elaborazione che la macchina in via autonoma sceglie di compiere può cambiare in assenza di una qualsiasi supervisione umana le finalità del trattamento rispetto a quelle originarie per le quali il soggetto aveva manifestato la volontà, di fatto incidendo sull'attualità della base giuridica consensuale ed escludendo, in conclusione, la liceità del trattamento.

Ma se le finalità del trattamento dei dati si definiscono nel corso dell'attività stessa dal momento che l'IA apprende via via nuove informazioni e si evolve in base a queste, allora si impone una seconda riflessione.

Le finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali nonché la base giuridica devono, come previsto dal GDPR, essere comunicati all'interessato, costituendo elementi dell'informativa (artt. 13 e 14)⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ P. SHAW, *The Law, Ethics and AI*, in M. HERVEY, M. LAVY, *The Law of Artificial Intelligence*, 2021, pp. 31-66.

⁽¹³⁾ Sulla valutazione della necessità dell'informativa agli utenti e di una idonea base giuridica per il trattamento dei dati, di recente il Garante Italiano per la protezione dei dati personali ha disposto (provvedimento del 30 marzo 2023, Registro dei provvedimenti n.

Invero, qualunque consenso presuppone, per essere volontario, un'attività di informazione. Il Regolamento in materia di protezione dei dati personali impone che le informazioni relative al trattamento siano fornite all'interessato in modo tale da essere facilmente accessibili e che sia utilizzato un linguaggio semplice e chiaro (art. 12) essendo lecito solo il trattamento che sia trasparente (art. 5, par. 1, lett. a)).

Deriva che la comprensione dovrebbe riguardare in generale il sistema di IA. Le parti interessate dovrebbero essere informate sulle loro interazioni con i sistemi di IA, e dovrebbe essere fatto in modo di consentire a coloro che sono interessati da un sistema di IA di comprenderne l'esito⁽¹⁴⁾.

Tuttavia, la trasparenza non sempre è facile o possibile quando si usano strumenti di intelligenza artificiale.

La complessità dei sistemi di IA e il segreto della logica del processo decisionale determina la difficoltà per il titolare del trattamento dati di informare in modo intelligibile e facilmente accessibile il soggetto interessato con la conseguenza che «il diritto all'autodeterminazione informativa (di quest'ultimo) non potrebbe mai esser realmente effettivo»⁽¹⁵⁾.

In conclusione, il potere di autodeterminazione si esprimerebbe nel diritto di ciascuno di scegliere sull'uso dei sistemi di IA e nella libertà di non avvalersi di essi, di poter permettere l'accesso alle proprie informazioni personali e di esercitare tutti i diritti di cui il proprietario dei dati deve rimanere padrone anche negli sviluppi della tecnologia dell'IA.

112) [doc. web n. 9870832 reperibile presso www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870832] la sospensione dell'uso di un sistema di IA. Nello specifico, il Garante ha adottato ai sensi dell'art. 58, par. 2, lett. f) del GDPR, nei confronti della società statunitense OpenAI L.L.C., quale titolare del trattamento dei dati personali effettuato attraverso il servizio ChatGPT di cui la prima è sviluppatrice e gestrice, la misura della limitazione provvisoria del trattamento dei dati personali degli interessati stabiliti nel territorio italiano, sul rilievo della carenza di informativa agli utenti e per l'assenza di idonea base giuridica in relazione alla raccolta dei dati personali e al loro trattamento per scopo di addestramento degli algoritmi sottesi al funzionamento di ChatGPT.

⁽¹⁴⁾ Raccomandazione sull'Intelligenza Artificiale adottata dal Consiglio dell'OCSE riunito a livello ministeriale il 22 maggio 2019

⁽¹⁵⁾ C. DE MENECH, *Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2022, 1, pp. 181-203.

Il fatto che sia utilizzata l'IA deve essere indicato, così come che ci si avvalga di quei sistemi in un'operazione di trattamento dei dati, anche in considerazione dei rischi potenziali.

4. — *Principio di proporzionalità.*

I rischi che l'attività tecno-scientifica, compresa quindi l'IA e le sue evoluzioni, può comportare devono essere *proporzionati* e ragionevoli per i soggetti coinvolti.

Pertanto, un ulteriore principio etico-giuridico che deve essere rispettato è quello della proporzionalità.

In termini generali, il principio di proporzionalità impone un equilibrio tra mezzi adoperati e raggiungimento di un determinato fine. Ciò significa che deve essere rispettato un valore di misura per cui i primi non risultino eccessivi rispetto allo scopo da raggiungere⁽¹⁶⁾.

Emblematico al riguardo l'articolo 16 della Convenzione di Oviedo che in materia di tutela delle persone che si prestano ad una ricerca stabilisce quale limite che i rischi che può correre la persona non siano *sproporzionati* in rapporto con i benefici potenziali della ricerca.

Allo stesso modo, gli strumenti di IA devono evitare rischi inutili e non possono ledere gli interessi fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico.

In questo senso, nella Proposta di Regolamento è prescritto che obblighi *proporzionati* possono essere imposti a tutti i partecipanti alla catena del valore per affrontare le varie fonti di rischio e assicurare un elevato livello di protezione dei diritti. Inoltre, nel momento in cui si diffonde e si utilizza una tecnologia di IA le restrizioni a certe libertà fondamentali devono essere proporzionate e limitate al minimo necessario, per prevenire e attenuare rischi gravi per la sicurezza e probabili violazioni dei diritti fondamentali.

⁽¹⁶⁾ A. LANGELLA, *Il Principio di Proporzionalità nella ricerca biomedica*, in questa *Rivista*, 2019, pp. 137-172.

Infine, nel Libro Bianco un richiamo al limite della proporzione è fissato prevedendo la possibilità di utilizzare sistemi di IA nella lotta alla criminalità nei limiti di un uso necessario e *proporzionato* (v. Conclusioni del Libro Bianco).

5. — *Un approccio basato sul rischio per l'IA. Prevenzione e precauzione.*

Nelle fonti dell'UE si chiarisce che l'uso dell'intelligenza artificiale può comportare rischi «che possono essere legati alle minacce informatiche, alla sicurezza personale (ad esempio in relazione ai nuovi usi dell'IA, come nel caso degli elettrodomestici), alla perdita di connettività, etc., e possono esistere al momento della commercializzazione dei prodotti o insorgere a seguito di aggiornamenti del software e dell'apprendimento automatico del prodotto quando questo è in uso» (cfr. Libro bianco sull'IA, par. 5).

I rischi che l'uso dell'intelligenza artificiale può provocare non sono considerati in modo esplicito dalla normativa.

Ciò dipende in primo luogo dal fatto che non è possibile determinare il pericolo con sufficiente certezza e quindi resta difficile prevederne una regolamentazione.

In termini generali, quando da un'attività possono derivare effetti potenzialmente insidiosi rispetto ai quali resta un grado di incertezza scientifica del verificarsi del danno, si deve tenere un comportamento precauzionale. E questo approccio è tanto più importante quanto più la pratica è in grado di mettere a repentaglio i diritti e le libertà fondamentali degli individui.

Quando invece si ha la certezza che possa verificarsi un danno, il principio di prevenzione, disciplinato per l'ambito del diritto dell'ambiente all'art. 192 TFUE, prevede la necessità di impedire l'evento dannoso.

A ciò, nei contesti di IA si provvede attraverso la predisposizione di ambienti sicuri e protetti, tecnicamente robusti per garantire che i sistemi, e gli ambienti in cui operano, non siano esposti ad usi malevoli, prestando particolare attenzione anche ai soggetti e ai gruppi vulnerabili (par. 51 degli Orientamenti etici per un IA affidabile, 2018).

Il principio di precauzione, che pure nasce nel contesto della materia della protezione dell'ambiente, e il cui primo riconoscimento a livello internazionale risale alla Carta mondiale della natura adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1982, presuppone quali suoi requisiti l'identificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno, da un prodotto o da un procedimento e la valutazione scientifica del rischio che, per l'insufficienza dei dati, il loro carattere non concludente o la loro imprecisione, non consenta di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione (Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione COM (2000) 1 DEF).

A fronte di una incertezza del rischio è necessario che «i legislatori tengano in debita considerazione il principio di precauzione nella regolamentazione dell'IA» (Risoluzione del Parlamento europeo del 3 maggio 2022 sull'intelligenza artificiale in un'era digitale (2020/2266(INI))).

Gli operatori devono adottare delle misure precauzionali le quali devono essere proporzionate rispetto al livello di protezione desiderato a fronte della gravità della minaccia.

In questa direzione, la Proposta di regolamento, che adopera un approccio basato sul rischio, stabilisce requisiti diversi a seconda della natura del pericolo legato all'uso dell'IA. Prendendo in considerazione i rischi potenziali che possono derivare dall'uso dell'IA prescrive il divieto delle pratiche che possono risultare particolarmente dannose in quanto in contrasto con i valori dell'Unione (elenco di cui al titolo II); per sistemi “non ad alto rischio” impone obblighi di trasparenza limitati mentre per quelli “ad alto rischio”, quelli cioè che pongono rischi significativi per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali (cfr. Considerando 32 della Proposta di regolamento), prescrizioni più pesanti: documentazione e tracciabilità, trasparenza, sorveglianza umana, precisione e robustezza ed elevata qualità dei dati utilizzati (cfr. Considerando 43).

Entro il rispetto di questi obblighi, conformemente al criterio di proporzionalità, possono essere utilizzati nell'Unione solo i sistemi di IA ad alto rischio che non presentino rischi *inaccettabili* per gli interessi pubblici importanti dell'Unione (Considerando 27). Fermo restando che, il livello di

rischio “accettabile” per la società non può mai portare a ledere la dignità e l’integrità delle persone.

Nello specifico, sono considerati ad alto rischio i sistemi di IA relativi all’identificazione biometrica remota “in tempo reale” e “a posteriori” (cfr. Cons. 33); quelli relativi alla gestione e al funzionamento delle infrastrutture critiche (Cons. 34); all’istruzione e alla formazione professionale (Cons. 35); all’occupazione, alla gestione dei lavoratori e all’accesso al lavoro autonomo (Cons. 36). Inoltre, i sistemi di IA utilizzati per valutare il merito di credito o l’affidabilità creditizia delle persone fisiche (Cons. 37) e quelli utilizzati nella gestione della migrazione, dell’asilo e del controllo delle frontiere (Cons. 39).

Si configurano come particolarmente rischiosi anche i sistemi di IA destinati all’amministrazione della giustizia e ai processi democratici, in considerazione del loro impatto sulla democrazia, sullo Stato di diritto, sulle libertà individuali e sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale (Cons. 40).

In questo ultimo senso, l’uso dell’IA in materia giudiziaria potrebbe comportare numerosi vantaggi, primo fra tutti quello di ridurre il carico pendente presso i tribunali con conseguente accelerazione della risposta di giustizia ai consociati, tematica alla quale il nostro paese è particolarmente sensibile. Inoltre, gli algoritmi possono essere di supporto ad un’operazione di stabilizzazione della giurisprudenza e per rendere più controllabili i meccanismi decisori seguiti dal giudice⁽¹⁷⁾, oltre che come mezzo attraverso il quale evitare errori e pregiudizi⁽¹⁸⁾.

Tuttavia, numerosi casi hanno dimostrato che l’applicazione dell’IA al processo decisionale nel settore della giustizia può portare al rischio di giudizi non equi e discriminatori.

⁽¹⁷⁾ Ad esempio, un algoritmo di machine-learning sviluppato dall’University College of London è stato in grado di prevedere l’esito dei casi della Corte Europea dei diritti dell’uomo basandosi esclusivamente sul contenuto testuale, con un’accuratezza del 79%; N. ALETRAS, D. TSARAPATSANIS, D. PREOTIUC-PIETRO, V. LAMPOS, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human rights: A natural language processing perspective*, in *PeerJ computer Science*, 2016, 1, 2.

⁽¹⁸⁾ C. CAVACEPPI, *L’intelligenza artificiale applicata al diritto penale: criticità attuali e prospettive future*, in *Intelligenza artificiale. Algoritmi giuridici. Ius condendum o “fantadiritto”?*, a cura di G. Taddei Elmi e A. Contaldo, 2020, pp. 97-136.

È quanto avvenuto, ad esempio, a fronte dell'applicazione di algoritmi predittivi negli Stati Uniti (COMPAS, Correctional offender management profiling for alternative sanctions) e nel Regno Unito (HART, Harm Assessment Risk Tool)⁽¹⁹⁾ per calcolare la probabilità di recidiva dei reati⁽²⁰⁾.

Utilizzando indici come la disoccupazione, l'abuso di sostanze e la mancanza di un alloggio per calcolare l'inclinazione a compiere reati, l'uso dell'algoritmo ha attestato un maggior grado di rischio di recidiva in certi gruppi di popolazione incorrendo in un pregiudizio (COMPAS commette discriminazione razziale calcolando una maggiore probabilità di recidiva per la popolazione afroamericana).

Un altro caso è quello relativo al sistema "Syri"⁽²¹⁾ utilizzato – malgrado pareri negativi fossero già stati rilasciati dall'Autorità olandese per la protezione dei dati personali e il Consiglio di Stato – dal governo dei Paesi Bassi dal 2014 fino al 2020 per stabilire il rischio di frode fiscale o altri abusi da parte dei beneficiari di sussidi sociali. Come rilevato, l'algoritmo discriminava ingiustificatamente i cittadini meno facoltosi in quanto basato sulla premessa che fossero più a rischio i beneficiari di sussidi che vivevano in quartieri ad alta densità di residenti, a basso reddito, migranti e minoranze.

I casi in commento dimostrano che l'uso della tecnologia nel settore della giustizia solleva una serie di problemi etici legati all'inaccessibilità al sistema

⁽¹⁹⁾ Sviluppato nell'ambito di una collaborazione tra il Durham Constabulary e l'Università di Cambridge, rappresenta uno dei primi impieghi operativi di metodi algoritmici delle forze dell'ordine del Regno Unito. Creato come parte di un programma noto come Checkpoint che prevede un regime alternativo all'azione penale per un sottogruppo specifico di autori di reati. M. OSWALD, J. GRACE, S. URWIN, G. C. BARNES, *Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and 'Experimental' proportionality*, in *Information & Communications Technology Law*, 2018, 27, 2, pp. 223-250.

⁽²⁰⁾ Supreme Court of Wisconsin, *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, Case no. 2015AP157-CR, 5 April-13 July 2016.

⁽²¹⁾ C-09-550982-HA ZA 18-388, Corte distrettuale dell'Aia, *NCJM e al. e FNV contro lo Stato dei Paesi Bassi*, 6 Marzo 2020.

Per una ricostruzione si veda A. RACHOVITSA, N. JOHANN, *The Human Rights implications of the use of AI in the digital welfare state: lessons learned from the Dutch SyRI case*, in *Human Rights Law Review*, 2022, 22, pp. 1-15. M. VAN BEKKUM, F. Z. BORGESIU, *Digital welfare fraud detection and the Dutch SyRI judgment in European Journal of Social Security*, 2021, 23(4), pp. 323-340.

e al pericolo di risultati arbitrari che portano alla discriminazione a danno della persona giudicata⁽²²⁾.

Questi aspetti sono considerati nella *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi* adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ) nel 2018 e fissati al suo interno come principi etici.

6. — *Trasparenza e decisione automatizzata. Responsabilità.*

Le persone hanno diritto a conoscere le ragioni alla base delle decisioni che li riguardano e anche quando viene utilizzata una procedura informatica non può essere superato questo principio di trasparenza (v. punto 8.2, Cons. Stato, 8 aprile 2019, n. 2270).

Tuttavia, la decisione amministrativa gestita mediante algoritmo potrebbe non essere trasparente.

Ciò è accaduto, ad esempio, in Italia, in relazione alla gestione delle procedure di mobilità degli insegnanti effettuata attraverso l'uso di un software che avrebbe disposto i trasferimenti senza tener conto delle preferenze espresse e pur in presenza di posti disponibili nelle province indicate dagli insegnanti.

Queste decisioni sono state oggetto di una serie di sentenze del Consiglio di Stato (cfr. sentenze nn. 2270/2019, 8472/2019, 881/2020 e 1206/2021).

Le conclusioni alle quali arriva il Consiglio di Stato coincidono nell'indicare che l'utilizzo di un algoritmo che conduca ad una decisione finale deve essere conoscibile in ossequio ad una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico.

Per questa ragione, diventa fondamentale conoscere la logica sottesa all'algoritmo e le sue regole di operatività.

⁽²²⁾ Sebbene si possa rintracciare un numero molto più elevato di argomenti contro il processo decisionale algoritmico, come sottolinea G. NOTO LA DIEGA, *Against the dehumanisation of Decision-Making*, loc. cit.

In questo senso, il Conseil Constitutionnel francese (Decisione n. 2018-765 DC del 12 giugno 2018⁽²³⁾), ha stabilito che quando i principi di funzionamento di un algoritmo non possono essere comunicati senza violarne il segreto, nessuna decisione individuale dovrebbe essere presa sulla base esclusiva dell'algoritmo (cfr., in particolare, i punti 70, 71, 72 della decisione). La sentenza francese impone due osservazioni: la prima è che “trasparenza” non significa pubblicare il codice sorgente né renderlo soggetto a una licenza aperta, quanto piuttosto garantire che la logica impiegata dai tecnologi e la logica adottata dalla tecnologia siano chiare⁽²⁴⁾. La seconda riguarda il *principio di non esclusività* della decisione automatizzata.

Ciò si ricava dall'art. 22 GDPR che riconosce il diritto dell'interessato di “non essere sottoposto a una decisione basata *unicamente* sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione⁽²⁵⁾, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”. Del resto, “vagliare, catalogare, valutare per punteggio, aggregare, condizionare o manipolare” le persone entra in collisione anche con il concetto di dignità umana (Orientamenti etici per un'IA affidabile, par. 41).

Nel GDPR, richiami al principio di trasparenza si rintracciano oltre che nel già citato art. 12 (v. sopra), al Considerando 39, il quale raccomanda di rendere trasparenti le “modalità con cui i dati sono raccolti, utilizzati, consultati o altrimenti trattati”.

In materia di IA il riferimento va al Piano coordinato sull'intelligenza artificiale (par. 2.6 del Piano coordinato sull'intelligenza artificiale, Comunicazione della Commissione COM (2018) 795 final) che afferma «fondamentale che gli umani comprendano in che modo l'IA prende le decisioni» (par. 2.6,

⁽²³⁾ Reperibile in www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2018/2018765DC.htm.

⁽²⁴⁾ P. SHAW, *The Law, Ethics and AI*, cit., p. 57.

⁽²⁵⁾ L'art. 4 (4) GDPR definisce «profilazione» qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica.

COM (2018) 795 final); essendo « importante registrare e documentare sia le decisioni prese dai sistemi sia l'intero processo (compresa una descrizione della raccolta e dell'etichettatura dei dati e una descrizione dell'algoritmo utilizzato) che ha portato alle decisioni» (Comunicazione del 2019 "Creare fiducia nell'intelligenza artificiale incentrata sull'uomo" (cfr. par. 2.2.IV)).

Di fatto, la trasparenza impone di adottare delle misure per rendere comprensibile il processo decisionale algoritmico. Così facendo, assume una dimensione etica quale presupposto per consentire all'uomo di "governare" l'IA, tutelare la dignità umana ed essere funzionale all'autodeterminazione.

D'altra parte, l'inintelligibilità del procedimento/risultato dell'IA renderebbe impossibile per l'operatore umano scegliere tra accettare la soluzione proposta dalla macchina o percorrere una diversa conclusione; dovendo anche considerarsi che questa seconda alternativa potrebbe essere "ostacolata" dalla fiducia pressoché illimitata che l'uomo nutrirebbe verso la macchina, sulla base di una presunta infallibilità di quella⁽²⁶⁾.

Nel settore sanitario, questa incomprendibilità può avere come effetto un inaridimento, un declino delle abilità pratiche del medico ed altri rischi inerenti alla relazione con il paziente: il medico non sarebbe in grado di fornirgli la spiegazione relativa la scelta terapeutica suggerita o la valutazione diagnostica effettuata dalla macchina⁽²⁷⁾. In pratica, entrambi i soggetti reste-

⁽²⁶⁾ J.M. LOGG, J.A. MINSON, A. MOORE, *Algorithm appreciation: people prefer algorithmic to human judgment*, in *Organizational behavior and human decision processes*, 2019, 151, pp. 90-103.

⁽²⁷⁾ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOSICUREZZA, LE BIOTECNOLOGIE E LE SCIENZE DELLA VITA, *Intelligenza Artificiale e medicina: aspetti etici*, 29 maggio 2020. Come avverte la dottrina, sono molti i rischi che l'etica medica ha iniziato a evidenziare: preoccupazioni riguardanti pregiudizi algoritmici, trasparenza, disumanizzazione delle relazioni medico-paziente. K. ASTROMSKÉ, E. PEIČIUS, P. ASTROMSKIS, *Ethical and legal challenges of informed consent applying artificial intelligence in medical diagnostic consultations*, in *AI & Soc*, 2021, 36, pp. 509-520; A. FROOMKIN, I. KERR, J. PINEAU, *When AIs outperform doctors: confronting the challenges of tort-induced over-reliance on machine learning*, in *Arizona Law Rev.*, 2019, 61(1), pp. 33-100; DS CHAR, N.H. SHAH, D. MAGNUS, *Implementing machine learning in health care-addressing ethical challenges*, in *N Engl J Med*, 2018, 378(11), pp. 981-983. Si veda inoltre il Rapporto del Comitato direttivo sui diritti umani nel campo della biomedicina e della salute (CDBIO) del Consiglio d'Europa sull'impatto dell'IA sulla relazione medico-paziente, reperibile in inglese presso rm.coe.int/inf-2022-5-report-impact-of-ai-on-doctor-patient-relations-e/1680a68859. Il rapporto esamina il

rebbero sopraffatti dalla tecnica. Tuttavia, non sarebbero escluse eventuali responsabilità per il medico perché, coerentemente con *il principio di non esclusività*, le decisioni basate sui dati tecnico-scientifici devono essere attribuibili alle persone, le quali restano responsabili in caso di mancato rispetto delle norme e dei principi.

Del resto, nell'innovazione del lavoro mediante l'IA, la collaborazione antro-po-meccanica non esclude il rispetto del principio *primum non nocere*, la violazione del quale evoca responsabilità. E alla responsabilità fa riferimento la Comunicazione “Costruire la fiducia nell'intelligenza artificiale incentrata sull'uomo” (cfr. par. 2.2.VII) secondo la quale “devono essere messi in atto meccanismi per garantire la responsabilità e l'affidabilità dei sistemi di IA e dei loro risultati, sia prima che dopo l'implementazione. La possibilità di effettuare audit dei sistemi di IA è essenziale, poiché la valutazione dei sistemi di IA da parte di revisori interni ed esterni e la disponibilità di rapporti di valutazione contribuiscono notevolmente all'affidabilità della tecnologia. La possibilità di audit esterni dovrebbe essere garantita soprattutto per le applicazioni che incidono sui diritti fondamentali, ad esempio quelle critiche per la sicurezza”.

In materia di robotica, come detto, poter decifrare il modo di operare o di compiere azioni da parte di un robot, tanto da poterne anticipare i comportamenti, potrebbe significare non esporsi mai a eventuali situazioni dannose⁽²⁸⁾ (v. quanto detto sopra in materia di principi di prevenzione e precauzione).

In questo senso, il discorso torna sulla trasparenza, che è l'argomento dal quale siamo partiti, e rispetto al quale la risoluzione del Parlamento europeo del 2017 sulla robotica (2018/C 252/25) pone l'accento affermando che

potenziale impatto dell'IA sui diritti umani secondo sei temi: (i) disuguaglianza nell'accesso a cure sanitarie di alta qualità, (ii) trasparenza per gli operatori sanitari e i pazienti, (iii) rischio di pregiudizio sociale nei sistemi di IA, (iv) indebolimento della considerazione del benessere del paziente, (5) rischio di condizionamento dell'automazione, dequalificazione e spostamento della responsabilità e (v) impatto sul diritto alla privacy.

⁽²⁸⁾ R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale. Etica – Privacy – Responsabilità – Decisione*, Pisa, 2020, p. 108.

«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 [...]; essere sempre possibile ridurre i calcoli del sistema di intelligenza artificiale a una forma comprensibile per gli esseri umani; e [...] i robot avanzati dovrebbero essere dotati di una 'scatola nera' che registri i dati di tutte le operazioni eseguite dalla macchina, compresi, se del caso, i passaggi logici che hanno portato alla formulazione delle sue decisioni» (par. 12).

In conclusione, nella misura in cui si esige la trasparenza quale presupposto attraverso il quale l'uomo può effettuare un controllo sull'IA (cfr. Cons. 48 della Proposta di regolamento secondo cui "i sistemi di IA ad alto rischio dovrebbero essere progettati e sviluppati in modo da consentire alle persone fisiche di *sorvegliarne il funzionamento*") si ammette che la «tecnologia [deve essere] funzionale e servente all'uomo⁽²⁹⁾» la cui essenza resta insostituibile e il cui contributo nei processi decisionali dovrebbero rimanere sempre protetto.

In fondo, come detto, nella dignità dell'uomo, che è il suo valore più alto, rientra anche la "dignità della decisione" che è il valore più alto dell'intelletto⁽³⁰⁾.

In questo senso, i casi presi in discussione circa l'uso dell'IA per le decisioni giudiziarie e nel contesto della pratica medica, dimostrerebbero che i sistemi della tecnologia potrebbero rivelarsi inefficienti per la mancanza di certe prerogative che sono sole dell'uomo e non della macchina: invero, pur essendo l'IA in campo medico un mezzo promettente per tagliare i costi, ridurre i tempi di attesa o riempire l'esistente lacuna nella copertura in cui l'accesso agli operatori sanitari e alle istituzioni è limitato, l'IA potrebbe fornire cure di qualità inferiore, ad esempio per quanto concerne le interazioni faccia a faccia (Rapporto cit., p. 33).

Allo stesso modo, nelle decisioni giudiziarie unicamente automatizzate potrebbe mancare quel «concetto umano di giustizia [il quale] non può es-

⁽²⁹⁾ R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale. Etica – Privacy – Responsabilità - Decisione*, cit., p. 27.

⁽³⁰⁾ R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale. Etica-privacy-responsabilità-decisione*, loc. cit.

sere separato dalle convinzioni personali, dalle esperienze e dalle emozioni dell'essere umano concreto»⁽³¹⁾.

7. — *Equità e correttezza dei sistemi di LA*

L'art. 14 del d.lgs. 196/2003 (oggi abrogato) stabiliva che «nessun atto o provvedimento giudiziario o amministrativo che implichi una valutazione del comportamento umano può essere fondato unicamente su un trattamento automatizzato di dati personali volto a definire il profilo o la personalità dell'interessato».

Nel GDPR i processi decisionali automatizzati sono presi in considerazione nell'art. 22 che riconosce, come detto, il diritto dell'interessato di «non essere sottoposto a una decisione basata *unicamente* sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione⁽³²⁾, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

La profilazione è tecnica utilizzata in diversi settori (nelle pratiche di marketing, in ambito pubblico, della giustizia (v. i casi sopra)).

Anche nel fenomeno della *filter bubble*⁽³³⁾ che è effetto di un uso automatizzato dei dati attraverso algoritmi⁽³⁴⁾ solleva, in generale, problemi di

⁽³¹⁾ T. ČAPETA, *Of Judges and Robots*, in M. ILEŠIČ, *Challenges of Law in Life Reality*, 2017, pp. 129, 138.

⁽³²⁾ L'art. 4 (4) GDPR definisce «profilazione» qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica.

⁽³³⁾ E. PAISER, *The filter bubble. What internet is hiding from you*, Penguin Press, New York, 2011.

⁽³⁴⁾ Utili per capire di cosa si tratta le definizioni riportate da M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *Media Laws*, 2019, 2, p. 39 ss. Per l'Oxford Dictionary, è «una situazione in cui un utente di Internet incontra solo informazioni e opinioni che si

natura etica, *in primis*, strappi all'autonomia e violazioni al valore di identità personale⁽³⁵⁾, che è il diritto fondamentale che vengano rappresentati con i propri reali caratteri e senza travisamenti, le idee, lo stile di vita, il proprio patrimonio intellettuale, ideologico, etico, professionale⁽³⁶⁾.

Il principio di autodeterminazione viene calpestato nella misura in cui le procedure automatizzate di dati prescindono dal consenso e, inoltre, in quanto limitano di fatto la libertà di scelta proponendo un numero inferiore di offerte commerciali, dati, notizie cui l'utente potrebbe accedere senza il filtro della profilazione.

Consegue che tramite la profilazione si perpetua un'alterazione dell'identità personale dell'individuo: ogni volta che, a causa della profilazione, solo alcune informazioni vengono fornite dal sistema, il meccanismo perpetua una manipolazione dell'identità dell'utilizzatore.

Inoltre, occorrendo «valutare gli effetti dello sviluppo, della distribuzione e dell'utilizzo di un sistema di IA sugli individui e anche l'impatto sociale, tenendo conto degli effetti del sistema sulle istituzioni, sulla democrazia e sulla società in generale» (Orientamenti etici, par. 43 e 86), si dovrebbe censurare la profilazione per la deriva antidemocratica che rappresenta dal momento che incide negativamente sulla formazione della coscienza politica e collettiva⁽³⁷⁾.

Nell'ambito della profilazione e delle decisioni automatizzate assume centralità anche il rispetto del principio di non discriminazione.

Un'IA etica è un'IA equa, vale a dire una IA che non discrimina (art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e art. 3 Cost.).

Difatti occorre «garantire che gli individui e i gruppi siano liberi da di-

conformano e rafforzano le proprie convinzioni, causata da algoritmi che personalizzano l'esperienza online di un individuo».

Per Techopedia: «La *filter bubble* è l'isolamento intellettuale che può verificarsi quando i siti web utilizzano algoritmi per ipotizzare in modo selettivo le informazioni che un utente vorrebbe vedere, e poi forniscono informazioni all'utente in base a questa supposizione».

⁽³⁵⁾ M. BIANCA, *La filter bubble*, loc. cit.

⁽³⁶⁾ A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 24^{ma} ed., Milano, 2019, p. 148.

⁽³⁷⁾ M. BIANCA, *La filter bubble*, cit., p.45.

storsioni inique, discriminazioni e stigmatizzazioni» come sottolineato a livello europeo negli “Orientamenti etici per un’IA affidabile” (cfr. par. 52).

Ogni qualvolta il sistema sia fonte di tali alterazioni la dimensione procedurale dell’equità (cfr. ancora Orientamenti) «implica la capacità di impugnare le decisioni elaborate dall’IA».

Mentre, in termini sostanziali, l’interrogativo diventa se e come l’equità possa essere automatizzata, e quale definizione di equità debba essere applicata e trasferita nell’algoritmo.

La creazione di un’equità algoritmica risulterebbe impresa difficile dal momento che lo stesso concetto giuridico di ciò che è “equo” ovvero “discriminatorio” è a livello europeo flessibile e sempre “contestualizzato” nella giurisprudenza, con la conseguenza che sviluppatori di sistemi, controllori, regolatori e utenti non dispongono di requisiti legali chiari, stabili e coerenti che siano traducibili in meccanismi di progettazione e di governance del sistema per individuare, rimediare e prevenire la discriminazione automatica⁽³⁸⁾.

Tuttavia, il più grande limite sarebbe rappresentato dal fatto che rispetto al processo decisionale umano gli algoritmi non sono altrettanto *intuitivi* per automatizzare una equità rispettosa dello standard flessibile europeo⁽³⁹⁾.

Allora se, come scrisse Albert Einstein, la mente *intuitiva* è un dono sacro e la mente *razionale* è un fedele servo, alcuni timori che si paventano a fronte della diffusione massiva dei sistemi di IA potrebbero essere – almeno in parte – sopiti.

⁽³⁸⁾ S. WACHTER, B. MITTELSTADT, C. RUSSELL, *Why fairness cannot be automated: bringing the gap between EU non-discrimination law and AI*, in *Computer Law & Security Review*, 2021, 41, *passim*.

⁽³⁹⁾ S. WACHTER, B. MITTELSTADT, C. RUSSELL, *Why fairness cannot be automated: bringing the gap between EU non-discrimination law and AI*, cit., *passim*. Secondo gli autori la flessibilità dell’equità in termini giuridici ha lasciato aperta la questione di quali test debbano essere utilizzati per valutare la discriminazione nella pratica. Di fronte al tentativo degli informatici di trovare metriche di equità adeguate, che siano conformi alla legge e al contempo abbastanza statici da poter essere codificati, le comunità legali e tecnica potrebbero trarre beneficio da un dialogo più stretto su come progettare considerazioni europee di uguaglianza ed equità nell’IA.

DANIELE CHIAPPINI^(*)

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E QUALIFICAZIONE GIURIDICA

ABSTRACT: This article lays the basis for addressing the legal classification of Artificial Intelligence. The matter is particularly interesting from both theoretically and practically point of view, due to the significant applications of this new technology and the regulatory frameworks under discussion in numerous jurisdictions worldwide. For this reason, a preliminary qualification is examined considering the perspective of the United States, China, the United Kingdom, and the European Union, in order to ascertain if there exists a common purpose or at least a shared approach.

SOMMARIO: 1. Il problema della definizione di Intelligenza Artificiale. – 2. L'evoluzione della definizione di I.A. nel quadro giuridico europeo. – 3. La posizione del Regno Unito. – 4. Gli stati Uniti d'America. – 5. La peculiarità cinese. – 6. Il concetto di Intelligenza Artificiale affidabile. – 7. Il percorso verso una definizione comune

1. — *Il problema della definizione di Intelligenza Artificiale.*

Conseguentemente all'espansione dell'utilizzo dei sistemi di Intelligenza Artificiale avvenuta negli ultimi decenni, diversi legislatori hanno iniziato a considerare l'impatto che questa tecnologia ha avuto e sta avendo anche dal punto di vista giuridico, valutandone le conseguenze che ne derivano.

Sebbene la problematica sia dunque emersa più volte nel corso dell'altalenante storia relativa allo sviluppo dell'Intelligenza Artificiale, solo a partire dalla metà degli anni 2010 questo interesse ha portato alla produzione di un

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

elevato numero di strumenti di *soft*⁽¹⁾ e *hard law*⁽²⁾ che affrontano molte questioni diverse. Tra queste, una è rappresentata dal problema della definizione legale di Intelligenza Artificiale. L'importanza di tale aspetto appare immediatamente chiara dal momento che, senza una definizione specifica ed utilizzabile, è impossibile applicare correttamente le regole a questa destinate.

Il dibattito è tuttora aperto in ambito accademico e, ad esempio, alcuni autori hanno osservato che i decisori politici non dovrebbero utilizzare il termine Intelligenza Artificiale a fini normativi in quanto troppo generico. I sostenitori di tale tesi suggeriscono, invece, di legiferare utilizzando un approccio basato sul rischio, evitando generalizzazioni⁽³⁾. Qualcuno ha poi sottolineato che non è necessario adottare una definizione legale specifica ed esaustiva di IA da essere utilizzata in ambito giuridico e/o giudiziario poiché il rapido progresso tecnologico che riguarda tali tecnologie rischia di rendere tale lavoro definitorio obsoleto e, di conseguenza, inutile. Tale rapida obsolescenza risulterebbe inoltre direttamente proporzionale al livello di dettaglio della norma posta in essere⁽⁴⁾.

In realtà stato osservato⁽⁵⁾ che la questione della definizione non è sola-

⁽¹⁾ Gli strumenti di *soft law* rappresentano un sistema di regole connotato essenzialmente dal fatto di non essere dotato di forza vincolante o precettiva. Tali regole possono essere frutto di diversi tipi di iniziative, private, pubbliche, individuali o collettive, e possono essere rivolte tanto a soggetti indeterminati quanto a categorie ben specifiche di possibili fruitori, nonché al legislatore stesso. In ogni caso, tali regole non costituiscono l'esito di una formale procedura di produzione normativa dell'ordinamento giuridico.

⁽²⁾ Al contrario degli strumenti di *soft law*, quelli di *hard law* vengono emanati secondo procedure specifiche e formali da soggetti che ne hanno l'autorità (parlamenti, governi e altri organismi secondo le regole poste dai diversi ordinamenti giuridici), e producono norme dotate di efficacia vincolante nei confronti dei destinatari.

⁽³⁾ J. SCHUETT, *Defining the Scope of AI Regulations*, in *Forthcoming in Law, Innovation and Technology, Legal Priorities Project Working Paper Series*, 2022, No. 9.

⁽⁴⁾ P.M. NOWOTOKO, *AI in judicial application of law and the right to a court*, in *Procedia Computer Science* (192) (2021), pp. 2220-2228.

⁽⁵⁾ F. PAOLUCCI, *Algoritmi e Intelligenza Artificiale alla ricerca di una definizione. L'esegesi del Consiglio di Stato alla luce dell'AI Act. 2021*, in www.giustizjainsieme.it/en/news/127-main/diritto-e-innovazione/2236-algoritmi-e-intelligenza-artificiale-alla-ricerca-di-una-definizione-l-esegesi-del-consiglio-di-stato-alla-luce-dell-ai-act.

mente teorico in quanto, ad esempio, il problema è già presente nella pratica, come dimostra un'interpretazione del Consiglio di Stato italiano (Cons. Stato, 25 novembre 2021, n. 7891).

Al netto, dunque, delle posizioni contrarie, occorre distinguere, non solo teoricamente, ma anche concretamente, cosa si intende per Intelligenza Artificiale dal punto di vista giuridico, valutando i procedimenti messi in moto dai decisori politici e il parallelo sviluppo scientifico di tale tecnologia.

Il nocciolo del problema è rappresentato dal fatto che non esiste una definizione esaustiva e generalmente accettata di IA neanche dal punto di vista tecnico-scientifico, ma, come vedremo, negli ultimi anni sono stati compiuti alcuni progressi per tentare di stabilire almeno una definizione giuridica in materia. Per comprendere adeguatamente la situazione esistente, inizieremo con il considerare una serie di documenti adottati da diversi organi istituzionali di alcuni paesi nel corso dell'ultimo decennio, affrontando la questione dal punto di vista delle diverse posizioni assunte. Questa discussione è fondamentale per capire come e a quale tipo di sistemi di Intelligenza Artificiale può essere applicata la normativa relativa, in quanto, nel linguaggio comune, numerosi algoritmi e software sono considerati intelligenze artificiali, ma non tutti lo sono effettivamente, e anche quelle che appartengono a tali categorie, possono essere ulteriormente suddivise in sottocategorie, destinatarie quindi di norme differenti.

Come precedentemente accennato, la discussione circa la definizione di Intelligenza Artificiale risale agli albori della stessa tecnologia, ma solo a partire dagli anni 2010, la questione è stata affrontata anche da organismi istituzionali nazionali e internazionali con conseguenze dal punto di vista giuridico. In particolare, valuteremo le posizioni del Regno Unito, degli Stati Uniti d'America, della Cina e dell'Unione Europea. Inoltre considereremo anche la posizione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE). I tre paesi e l'UE sono stati scelti in quanto hanno prodotto alcune delle normative più sviluppate in materia e i loro legislatori stanno discutendo di questioni etiche e legali relative allo sviluppo dell'IA. Inoltre, oltre ad appartenere a tre diversi continenti, la popolazione e il reddito medio pro capite di tali paesi permette di poterli considerare, dal punto

di vista scientifico, come validi esempi⁽⁶⁾ anche in virtù del loro livello di implementazione di servizi di IA ai cittadini⁽⁷⁾.

2. — *L'evoluzione della definizione di IA nel quadro giuridico europeo.*

Iniziamo dunque a scendere più nel dettaglio prendendo in considerazione la costituenda normativa che l'Unione Europea sta implementando. A livello europeo, i primi passi in materia sono stati compiuti con la risoluzione del Parlamento Europeo recante norme di diritto civile sulla robotica⁽⁸⁾ in cui al termine “robot” è stato assegnato un significato più ampio, inclusivo di quello di Intelligenza Artificiale. Nella risoluzione il Parlamento sottolineava che è necessario creare una definizione generalmente accettata di robot e di IA che sia flessibile e che non ostacoli l'innovazione. Nella risoluzione veniva chiesto alla Commissione Europea di proporre definizioni comuni per l'Unione valide per i sistemi cyber-fisici, i sistemi autonomi, i robot autonomi intelligenti e le relative sottocategorie, prendendo in considerazione le seguenti caratteristiche di un robot intelligente⁽⁹⁾:

- L'ottenimento di autonomia grazie a sensori e/o mediante lo scambio di dati con il suo ambiente (interconnettività) e lo scambio e l'analisi di tali dati;

⁽⁶⁾ Secondo i dati della Banca Mondiale, la popolazione dei tre paesi in oggetto e dell'UE ammonta complessivamente a 2.258.527.020 persone, pari al 28,82% della popolazione mondiale. Inoltre, presi nel loro complesso, hanno un prodotto interno lordo uguale a \$ 61.005.643.130.000, pari al 63,48% del PIL mondiale nell'anno 2021.

⁽⁷⁾ Secondo il *Government AI Readiness Index* del 2022, un indice che dal 2017 misura il livello di preparazione dei governi a implementare l'IA nella fornitura di servizi pubblici ai propri cittadini, gli Stati Uniti d'America hanno un indice di 85,22 su 100, il Regno Unito, un indice pari a 78,54 i paesi dell'Unione Europea hanno tra il 48,59 (Croazia) e il 77, 59 (Finlandia), con l'Italia a 68,41, mentre la Cina ha un indice pari a 70,84.

⁽⁸⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica.

⁽⁹⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, Principi generali riguardanti lo sviluppo della robotica e dell'intelligenza artificiale per uso civile, n. 1.

- L’autoapprendimento dall’esperienza e attraverso l’interazione (questo è stato inserito come criterio facoltativo);
- almeno un supporto fisico minore;
- l’adattamento del proprio comportamento e delle proprie azioni all’ambiente;
- l’assenza di vita in termini biologici.

Interrogata sul tema, la Commissione Europea, nel documento *Intelligenza Artificiale per l’Europa*⁽¹⁰⁾ e nel Piano Coordinato sull’Intelligenza Artificiale⁽¹¹⁾, ha preso posizione considerando come Intelligenza Artificiale tutti i sistemi in grado di mostrare un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi. In tal modo sistemi basati sull’IA sono stati valutati come consistenti in software in grado di agire nel mondo virtuale (come avviene ad esempio con gli assistenti vocali, i software per l’analisi delle immagini, i motori di ricerca, i sistemi di riconoscimento vocale e facciale), oppure in dispositivi hardware incorporanti diversi sistemi di IA (per esempio i robot avanzati, le auto a guida autonoma, i droni o le applicazioni dell’Internet delle cose)⁽¹²⁾.

Negli anni successivi, le istituzioni europee hanno adottato vari documenti ed espresso una posizione sul tema, per giungere ad una possibile definizione “definitiva” inserita nella Proposta di regolamento volta a stabilire regole armonizzate sull’intelligenza artificiale, comunemente chiamata *Artificial Intelligence Act*⁽¹³⁾ o legge sull’Intelligenza Artificiale. La proposta

⁽¹⁰⁾ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 25 aprile 2018, *L’intelligenza artificiale per l’Europa*.

⁽¹¹⁾ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 7 dicembre 2018, *Piano coordinato sull’intelligenza artificiale*.

⁽¹²⁾ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 25 aprile 2018, *L’intelligenza artificiale per l’Europa, Introduzione: accettare il cambiamento*.

⁽¹³⁾ Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2021 che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione.

mira a creare un contesto normativo chiaro per gli sviluppatori e per gli utenti dell'IA ed a proteggere questi ultimi dai potenziali effetti dannosi della sua diffusione. La proposta della Commissione è stata preceduta da due risoluzioni del Parlamento Europeo di cui la prima, strettamente correlata a tale proposta, è incentrata sugli aspetti etici dell'IA, della robotica e delle tecnologie correlate⁽¹⁴⁾, mentre la seconda è orientata alla definizione di un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale⁽¹⁵⁾.

Queste due risoluzioni adottano la stessa definizione⁽¹⁶⁾ di sistema di intelligenza artificiale, ovvero quella di un sistema basato su software o integrato in dispositivi hardware che mostra un comportamento che simula l'intelligenza, tra l'altro raccogliendo e trattando dati, analizzando e interpretando il proprio ambiente e intraprendendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere obiettivi specifici. Per autonomo, e autonomia, le risoluzioni in oggetto intendono un sistema che opera interpretando determinati dati forniti e utilizzando una serie di istruzioni predeterminate, senza essere limitato a tali istruzioni, nonostante il comportamento del sistema sia legato e volto al conseguimento dell'obiettivo impartito e ad altre scelte operate dallo sviluppatore in sede di progettazione.

Nel redigere la proposta di regolamento, la Commissione Europea ha tenuto in considerazione la definizione contenuta nelle suddette risoluzioni, modificandola leggermente. Quindi nell'*Artificial Intelligence Act*, un sistema di Intelligenza Artificiale è definito come un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti

⁽¹⁴⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate.

⁽¹⁵⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale.

⁽¹⁶⁾ La definizione in questione è contenuta nell'art. 4 lett. *a)* e *b)* della risoluzione sugli aspetti etici dell'IA e nell'art. 3, lett. *a)* e *b)* della risoluzione sul regime di responsabilità civile dell'IA.

con cui interagiscono⁽¹⁷⁾, mentre non è presente una definizione di autonomia o autonomo. Tale definizione mira a garantire la certezza del diritto e intende essere sia il più possibile neutrale dal punto di vista tecnologico che superare i problemi posti dall'evoluzione della tecnologia, riuscendo dunque ad adattarsi ai suoi sviluppi futuri.

La definizione della Commissione differisce da quella del Parlamento in quanto la prima definisce l'intelligenza artificiale come un software, mentre il Parlamento UE considera anche l'integrazione della parte software con i sistemi hardware⁽¹⁸⁾. Dal punto di vista della determinazione del concetto di IA, quest'ultimo fa riferimento ad un generico "mostrare comportamenti che simulano l'intelligenza" e indica alcuni dei mezzi attraverso i quali ciò avviene, lasciando quindi ampia discrezionalità all'interprete, mentre il primo correla l'esistenza del sistema di IA al fatto che sia stato sviluppato mediante una delle tecniche di cui all'allegato I della proposta di regolamento. Dal punto di vista degli obiettivi, la proposta del Parlamento europeo considera "il raggiungimento di obiettivi specifici", mentre quella della Commissione indica direttamente i risultati attesi, come contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono.

Sulla base di questo confronto, si può ritenere la proposta della Commissione più completa e suscettibile di adattamenti più semplici e rapidi anche grazie alla previsione che consente alla Commissione di adottare gli atti necessari a garantire un'uniforme applicazione del regolamento e ad aggiornare o integrare gli elenchi allegati. L'assenza nella norma di uno specifico riferimento all'integrazione dell'IA con i sistemi hardware, contenuta invece nelle risoluzioni del Parlamento europeo, può essere considerata non essenziale poiché l'utilizzo di sistemi di IA sviluppati secondo quanto previsto

⁽¹⁷⁾ Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2021 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, art. 3, n. 1.

⁽¹⁸⁾ L'hardware è la componente fisica e tangibile del sistema, che può essere composto da dispositivi elettrici, elettronici e/o meccanici. Il software è invece la parte logica, costituito dall'insieme dei programmi e dati che permettono lo svolgimento delle operazioni che il sistema deve eseguire.

dal regolamento consente l'applicazione delle relative regole anche a sistemi integrati hardware-software.

La proposta di modifica alla definizione adottata dalla Commissione nell'*Artificial Intelligence Act* da parte del Consiglio europeo chiede di limitare la definizione in oggetto ai soli sistemi sviluppati mediante approcci di apprendimento automatico e approcci basati sulla logica e sulla conoscenza⁽¹⁹⁾, di cui viene data una definizione nei considerando⁽²⁰⁾.

La questione della definizione non è limitata solo al significato di IA ma è importante anche in relazione alla categorizzazione dei sistemi di Intelligenza Artificiale. L'*AI Act*, infatti, non si limita solo a definire cosa questi siano, ma fornisce una classificazione dei sistemi di Intelligenza Artificiale utilizzando il cosiddetto approccio basato sulla gestione del rischio⁽²¹⁾ per creare un sistema di regole differenziate al fine di garantire che l'intervento normativo sia proporzionato. I sistemi di IA incapaci di provocare danni non hanno bisogno di regole specifiche, mentre dal lato opposto dello spettro si collocano quei sistemi in grado di danneggiare i diritti fondamentali sui quali si fonda l'unione, le cui pratiche saranno quindi vietate. Nella proposta di regolamento, è presente quindi una categorizzazione basata sul rischio dei sistemi di IA, che vengono suddivisi in quattro diversi livelli di rischio. Ciascun livello prevede quindi un insieme di regole, obblighi, restrizioni e sanzioni specifici per i sistemi che vi appartengono. I quattro livelli così proposti sono:

⁽¹⁹⁾ La proposta del Consiglio prevede la seguente definizione di sistema di Intelligenza Artificiale: un sistema progettato per funzionare con elementi di autonomia e che, sulla base di dati e input forniti da macchine e/o dall'uomo, deduce come raggiungere una determinata serie di obiettivi avvalendosi di approcci di apprendimento automatico e/o basati sulla logica e sulla conoscenza, e produce output generati dal sistema quali contenuti (sistemi di IA generativi), previsioni, raccomandazioni o decisioni, che influenzano gli ambienti con cui il sistema di IA interagisce.

⁽²⁰⁾ Tali definizioni vengono introdotte nella proposta di compromesso del Consiglio Europeo del 25 novembre 2022 nei considerando 6-*bis* e 6-*ter*.

⁽²¹⁾ Tale approccio, esplicitato dalla Commissione europea sin dal Libro bianco sull'intelligenza artificiale nel 2019, prevede una gradualità in base alla quale più elevato è il pericolo che un uso specifico dell'IA può generare, più stringente ne sarà la regolamentazione.

- Rischio inaccettabile;
- Rischio alto;
- Rischio limitato;
- Rischio minimo o nullo.

Nel corso del procedimento che dovrebbe portare all'approvazione dell'atto, è poi stato proposto l'inserimento di un ulteriore livello, quello di sistemi di IA per finalità generali.

Le pratiche di Intelligenza Artificiale esplicitamente vietate⁽²²⁾ sono incluse nel Titolo II dell'*Artificial Intelligence Act*, in quanto particolarmente dannose e in grado di pregiudicare il rispetto della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza, della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali dell'Unione⁽²³⁾.

Secondo quanto previsto, è vietata l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di Intelligenza Artificiale in grado di utilizzare tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole al fine di distorcerne materialmente il comportamento in un modo che provochi o possa provocare un danno fisico o psicologico a tale persona o a una persona diversa. È poi vietata l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'utilizzo di sistemi di IA capaci di sfruttare le vulnerabilità di gruppi specifici di persone, a causa ad esempio della loro età, della disabilità fisica o mentale, aventi il fine di distorcere materialmente il comportamento in modo da provocare o poter provocare agli stessi soggetti o a terzi, danni fisici o psicologici.

Viene poi vietata l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di IA volte a valutare o classificare l'affidabilità delle persone fisiche sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità attraverso un punteggio sociale che comporti un trattamento pregiudizievole o sfavorevole.

⁽²²⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021, art. 5.

⁽²³⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021, considerando 15.

In relazione a tale divieto, la proposta iniziale prevedeva che fosse applicabile solo da parte delle autorità pubbliche, ma la mancanza di una previsione analoga applicabile anche in ambito privato avrebbe creato un *vulnus* capace di incidere negativamente sui diritti dei cittadini dell'Unione, e per tale motivo è stato proposto di estendere tale divieto anche agli attori privati⁽²⁴⁾, rendendolo generalizzato.

Un maggiore approfondimento meritano i sistemi di identificazione biometrica remota. Ai sensi dello stesso regolamento⁽²⁵⁾, tali sistemi sono finalizzati all'identificazione a distanza di persone fisiche mediante il confronto dei dati biometrici di una persona con i dati biometrici contenuti in una banca dati di riferimento, senza che l'utente del sistema di IA sappia in anticipo se potrà essere identificato. Per sistema di identificazione biometrica in "tempo reale" invece si intende un sistema di identificazione biometrica remota in cui il rilevamento dei dati biometrici, il confronto e l'identificazione avvengono istantaneamente o con brevi ritardi limitati. A tali sistemi si contrappongono quelli la cui identificazione biometrica remota avviene a posteriori, che vengono definiti in via residuale rispetto alla categoria precedente.

In relazione, dunque, ai sistemi di identificazione biometrica "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico, per i quali si intende un qualsiasi luogo fisico accessibile al pubblico, indipendentemente dall'applicabilità di specifiche condizioni di accesso, è previsto un divieto specifico di utilizzo⁽²⁶⁾. Tale divieto però viene meno qualora l'utilizzo risulti strettamente necessario per la ricerca mirata di potenziali vittime di crimini, ivi inclusi i bambini scomparsi, prevenire una minaccia specifica sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità delle persone o un attacco terroristico. È inoltre prevista la

⁽²⁴⁾ Proposta di compromesso del Consiglio Europeo del 25 novembre 2022, art. 5, par. 1, lett. *c*).

⁽²⁵⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021, art. 3, nn. 35 ss.

⁽²⁶⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021, art. 5, par. 1, lett. *d*).

possibilità di utilizzare tali sistemi al fine di prevenire una sostanziale e imminente minaccia alla vita o un attacco terroristico, oppure per permettere l'individuazione, la localizzazione, l'identificazione o il perseguimento di un autore o sospettato di uno dei reati previsti all'art. 2, par. 2, della decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI⁽²⁷⁾ punibile con una pena detentiva avente un massimo edittale di almeno tre anni secondo la legislazione di tale Stato.

L'utilizzo di questi sistemi nei casi precedentemente descritti è soggetto al rispetto di alcuni requisiti⁽²⁸⁾, tra i quali spicca la concessione di un'autorizzazione preventiva rilasciata da un'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato in cui deve avvenire l'utilizzo, a seguito di una richiesta motivata. Tale autorizzazione può essere accordata solo in presenza di prove oggettive o indicazioni chiare dalle quali emerga che l'utilizzo del sistema è proporzionato rispetto al conseguimento degli obiettivi per i quali è prevista la deroga. Tuttavia, in presenza di una situazione di urgenza adeguatamente giustificata, è prevista la possibilità di richiedere l'autorizzazione all'utilizzo del sistema durante o dopo l'uso dello stesso. È importante notare come queste previsioni prevedono un livello di tutela simile a quello previsto per

⁽²⁷⁾ La lista dei reati include partecipazione a un'organizzazione criminale, terrorismo, tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile, traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi, corruzione, frode, riciclaggio di proventi di reato, falsificazione di monete, criminalità informatica, criminalità ambientale, compreso il traffico illecito di specie animali protette e il traffico illecito di specie e di essenze vegetali protette, favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali, omicidio volontario, lesioni personali gravi, traffico illecito di organi e tessuti umani, rapimento, sequestro e presa di ostaggi, razzismo e xenofobia, furti organizzati o con l'uso di armi, traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte, truffa, racket ed estorsioni, contraffazione e pirateria in materia di prodotti, falsificazione di atti amministrativi e traffico di documenti falsi, falsificazione di mezzi di pagamento, traffico illecito di sostanze ormonali ed altri fattori di crescita, traffico illecito di materie nucleari e radioattive, traffico di veicoli rubati, stupro, incendio volontario, reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale, dirottamento di aereo/nave, sabotaggio.

⁽²⁸⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021, art. 5, par. 3.

alcune garanzie costituzionali dei paesi membri, come ad esempio quelle volte alla regolamentazione dell'utilizzo di mezzi in grado di limitare la libertà personale⁽²⁹⁾.

Come ulteriore deroga, è prevista la possibilità per uno Stato membro di autorizzare in tutto o in parte l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto al crimine, entro i limiti precedentemente descritti. In tal caso dovranno essere emanate dallo stato in questione le regole necessarie alla presentazione della richiesta, nonché quelle relative al rilascio delle autorizzazioni e alle relative attività di controllo. Al riguardo, il testo di compromesso del Consiglio chiarisce quali sono le situazioni nelle quali tale uso è considerato strettamente necessario a fini di contrasto e quali sono quelle in cui l'autorizzazione all'utilizzo di tali sistemi dovrebbe essere considerata una misura eccezionale.

Il quadro normativo che emerge da tale proposta però non collima con la posizione più volte adottata dal Parlamento Europeo⁽³⁰⁾, che, sottolineando come gli errori di identificazione e di classificazione commessi dagli algoritmi attualmente in uso incidono negativamente sui diritti di specifici gruppi⁽³¹⁾, ha chiesto un divieto permanente dell'utilizzo dei sistemi di analisi e/o riconoscimento automatici negli spazi pubblici⁽³²⁾. L'Europarlamento ha anche chiesto una moratoria sulla diffusione dei sistemi di riconoscimento facciale per le attività di contrasto con funzione di identificazione, a meno che queste non vengano utilizzate ai fini dell'identificazione delle vittime di

⁽²⁹⁾ Come, ad esempio, quelli garantiti dalla Costituzione italiana all'art. 13.

⁽³⁰⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021 sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale, art. 9.

⁽³¹⁾ In particolare, l'uso di tali sistemi viene ritenuto in grado di danneggiare i soggetti appartenenti a determinati gruppi razziali o etnici, le persone LGBT, i bambini, gli anziani e le donne. Viene anche ricordato il diritto degli individui non solo ad essere identificati correttamente ma anche a non essere identificati affatto.

⁽³²⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021 sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale, art. 26.

reati, ritenendo necessario mantenere tale moratoria finché il livello tecnico dei sistemi utilizzati non possa essere considerato rispettoso dei diritti fondamentali e i risultati ottenuti siano privi di distorsioni e non discriminatori⁽³³⁾. Tale posizione però non ha attualmente avuto alcun riflesso nella proposta di regolamento.

La seconda categoria prevista dall'*Artificial Intelligence Act* è quella dei sistemi ad alto rischio. Possono essere inclusi in tale categoria quei sistemi di IA che operano in modo autonomo, presentando un'elevata possibilità di causare danni o pregiudizi a una o più persone. Sono quindi previsti due casi per i quali un sistema di Intelligenza Artificiale può essere qualificato ad alto rischio, ed essere conseguentemente incluso nell'elenco allegato al Regolamento, inclusione che ne decreta formalmente l'appartenenza alla categoria.

Il primo sussiste nel momento in cui vengono soddisfatte contemporaneamente due condizioni⁽³⁴⁾, ovvero che il sistema sia destinato a essere utilizzato come componente di sicurezza di un prodotto, o sia esso stesso un prodotto, disciplinato dalla normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato II dell'atto e che tale sistema soggiaccia all'obbligo di essere sottoposto a una valutazione di conformità da parte di terzi ai fini dell'immissione sul mercato o della messa in servizio.

Oltre a questo primo caso, sono poi considerati ad alto rischio anche i sistemi di IA inclusi nell'Allegato III della risoluzione. Qui sono enumerati i sistemi appartenenti a numerosi campi che saranno quindi considerati ad alto rischio, quali, ad esempio, quelli destinati a essere utilizzati per l'identificazione biometrica remota "in tempo reale" e "a posteriori" delle persone fisiche⁽³⁵⁾, quelli applicati alla gestione e funzionamento delle infrastrutture

⁽³³⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021 sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale, art. 27.

⁽³⁴⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021, art. 6.

⁽³⁵⁾ Allegato III alla proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, n. 1.

critiche come la gestione del traffico stradale o la fornitura di acqua, gas, riscaldamento ed elettricità⁽³⁶⁾. Sono poi inclusi quei sistemi volti a definire l'accesso a istituti di istruzione e formazione professionale o alla valutazione degli studenti e dei partecipanti alle prove di ammissione a tali istituti⁽³⁷⁾, nonché i sistemi utilizzati per la gestione di aspetti quali l'assunzione, la selezione o la promozione di persone fisiche nei posti di lavoro o per la valutazione e filtrazione delle candidature⁽³⁸⁾. Un altro settore compreso nella categoria riguarda i sistemi destinati a determinare l'accesso e la fruizione di servizi privati essenziali e di benefici pubblici⁽³⁹⁾. Nell'ambito dell'attività di contrasto alla criminalità rientrano nella categoria ad alto rischio i sistemi destinati a compiere valutazioni individuali relative al rischio di recidiva delle persone fisiche o di essere potenziale vittima di reati, quelli utilizzati per valutare il grado di affidabilità degli elementi probatori o per prevedere il verificarsi o il ripetersi di reati sulla base della profilazione di persone fisiche⁽⁴⁰⁾. Rientrano nella stessa categoria anche i sistemi utilizzati per la gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo transfrontaliero⁽⁴¹⁾, nonché, nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, quelli destinati ad assistere

⁽³⁶⁾ Allegato III alla proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, cit., n. 2.

⁽³⁷⁾ Allegato III alla proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, cit., n. 3.

⁽³⁸⁾ Allegato III alla proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, cit., n. 4.

⁽³⁹⁾ Allegato III alla proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, cit., n. 5.

⁽⁴⁰⁾ Allegato III alla proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, cit., n. 6.

⁽⁴¹⁾ Allegato III alla proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, cit., n. 7.

l'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge⁽⁴²⁾.

Spetterà alla Commissione l'adozione dei necessari atti delegati al fine di modificare l'allegato secondo le necessità che potranno emergere nel tempo, includendo quindi nuovi tipi di sistemi di IA ad alto rischio nonché i settori in cui vengono utilizzati, eliminando quei sistemi di IA non più considerati ad alto rischio e modificando i settori ad alto rischio esistenti⁽⁴³⁾. Tale previsione, nell'ottica dei legislatori europei, permetterà di avere un elenco elastico e corrispondente al livello tecnologico e alle modifiche che i sistemi di IA potranno subire nel corso del tempo.

Nella proposta di compromesso del Consiglio, al fine di garantire che non siano inclusi nella categoria ad alto rischio i sistemi di IA che non presentano il rischio di causare gravi violazioni dei diritti fondamentali o altri rischi significativi, vengono previste nuove disposizioni⁽⁴⁴⁾ in base alle quali i sistemi di IA, nonostante la loro inclusione nell'Allegato III, non saranno considerati ad alto rischio qualora l'output del sistema sia puramente accessorio in relazione all'azione o decisione da adottare, non comportando conseguentemente un rischio significativo per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali. Elemento fondamentale per la rilevanza dell'output, secondo il Consiglio Europeo, è dunque la valutazione dell'accessorietà. Questo significa che un sistema di Intelligenza Artificiale incluso nell'Allegato III ed utilizzato da un soggetto non sarà ritenuto ad alto rischio, e quindi non vi si applicheranno le regole relative, laddove l'utilizzo di tale sistema fornirà un contributo minimo, appunto accessorio, alla definizione o alla decisione che

⁽⁴²⁾ Allegato III alla proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, cit., n. 8.

⁽⁴³⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021, art. 7.

⁽⁴⁴⁾ Proposta di compromesso del Consiglio Europeo alla Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2022, art. 6, par. 3.

sarà presa. In tal modo non si caricheranno di oneri più gravosi coloro che utilizzeranno tali sistemi, se non nei casi in cui ciò sia necessario.

Sempre nella proposta del Consiglio che va ad emendare quella della Commissione, sono poi state aggiunte regole specifiche per i sistemi di Intelligenza Artificiale c.d. “per finalità generali” al fine di considerare quelle situazioni in cui dei sistemi di IA potrebbero essere utilizzati per molteplici scopi e conseguentemente diventare ad alto rischio. Per sistema di IA per finalità generali si intende un sistema di IA che, indipendentemente dalla modalità con cui è immesso sul mercato o messo in servizio, anche come software open source, è destinato a svolgere funzioni generali quali il riconoscimento di immagini o vocale, la creazione di audio o video, la rilevazione di modelli, la risposta a domande, la traduzione o altro. Un sistema di IA per finalità generali può quindi essere utilizzato in una varietà di contesti e può essere integrato in altri sistemi di IA⁽⁴⁵⁾. In tal caso, i requisiti previsti per i sistemi di Intelligenza Artificiale ad alto rischio si dovranno applicare anche ai sistemi di IA per finalità generali laddove vengano utilizzati come sistemi ad alto rischio o come componenti di questi attraverso l’emanazione di un atto di esecuzione da parte della Commissione volto a determinare le modalità di tale applicazione. In tal modo si intende regolamentare la situazione opposta, in cui un sistema non appartenente alla categoria ad alto rischio, per le sue specificità può essere usato come sistema o come parte di sistema appartenente a tale categoria. In tal caso gli saranno quindi applicate le regole di tale livello.

Per quello che riguarda gli altri sistemi di IA, ovvero quelli che non vengono qualificati come sistemi ad alto rischio, questi ricomprendono sia quelli a rischio limitato che quelli a rischio minimo⁽⁴⁶⁾. I primi sono quei sistemi che presentano un chiaro rischio di manipolazione in relazione al quale gli

⁽⁴⁵⁾ Proposta di compromesso del Consiglio Europeo alla Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’Intelligenza Artificiale (legge sull’Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione, 2022, art. 3, par. 1-ter.

⁽⁴⁶⁾ *New rules for Artificial Intelligence. Questions and Answers*, in ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/QANDA_21_1683.

utenti devono essere resi consapevoli del fatto che non stanno interagendo con un essere umano (come nel caso dei *chatbot*). A tali sistemi vengono quindi imposti requisiti di trasparenza specifici, che permettano agli utenti di sapere che l'interazione sta avvenendo con un IA. Per sistemi a rischio minimo si intendono invece tutti gli altri sistemi che non sono ricompresi nelle precedenti categorie e che quindi possono essere sviluppati e utilizzati in base alla legislazione esistente, senza che siano previsti ed imposti ulteriori obblighi legali.

In questo modo l'Unione Europea, in modo pionieristico, prende posizione sulla questione della definizione dell'Intelligenza Artificiale e sulla sua categorizzazione. Tale posizione, che attualmente rappresenta quella più avanzata, è destinata ad incidere anche sulle scelte che stanno portando avanti gli altri paesi che si stanno occupando della questione, in quanto le regole poste dalla proposta di regolamento saranno applicabili ai soggetti che immettono sul mercato dei sistemi di IA indipendentemente dal luogo in cui hanno sede. In tal modo, gli utenti di tali sistemi saranno protetti da queste norme sia nel caso in cui si trovino nel territorio dell'UE al momento del loro utilizzo, sia laddove, pur non trovandosi nel territorio dell'Unione, l'output prodotto dai sistemi verrà utilizzato nell'Unione Europea. Questo è importante in quanto l'applicazione di queste regole anche al di fuori dei confini dell'UE può favorire la diffusione di regole simili anche in altri paesi, come è avvenuto per il GDPR.

3. — *La posizione del Regno Unito.*

Nel 2017, il Comitato per la scienza e la tecnologia della Camera dei Comuni del Regno Unito ha pubblicato il rapporto *Robotics and Artificial Intelligence*⁽⁴⁷⁾, volto a identificare il potenziale valore e le capacità dell'Intelligenza Artificiale, nonché all'esame dei possibili problemi e delle eventuali

⁽⁴⁷⁾ UNITED KINGDOM HOUSE OF COMMONS. SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, *Robotics and Artificial Intelligence*, 2016.

conseguenze negative che potrebbero emergere e richiedere interventi in materia di prevenzione, mitigazione e governance⁽⁴⁸⁾. L'analisi era destinata al governo del Regno Unito ed è stata preceduta dalla consultazione di esperti, ricercatori e industriali afferenti ai campi della robotica e dell'intelligenza artificiale.

Il rapporto, che presenta nelle conclusioni otto raccomandazioni, non contiene alcuna definizione di IA, ma prevede che nello sviluppo e nell'utilizzo di questa tecnologia dovranno essere presi in considerazione vari obblighi legali esistenti o che sarebbero stati approvati in futuro. Tra questi possono essere presi come esempio quelli presenti nel *Data Protection Act* del 2018, che contiene diverse disposizioni relative all'IA, come ad esempio l'obbligo di spiegare la logica alla base delle decisioni automatizzate che coinvolgono gli individui ai soggetti su cui si riverberano o nell'*Equality Act* che vieta la discriminazione basata su "caratteristiche protette", come ad esempio età, disabilità, razza o religione e che deve essere tenuto in considerazione per evitare discriminazioni e pregiudizi nei sistemi di IA. L'impostazione alla base di questo documento era fondata sull'assunto che normalmente l'IA non avrebbe necessitato di regole *ad hoc*.

Una prima definizione di Intelligenza Artificiale è stata invece inclusa nella strategia sull'IA del Regno Unito⁽⁴⁹⁾, che spiega che la regolamentazione intersettoriale vigente (protezione dei dati, legislazione sui servizi finanziari e altro) considera vari aspetti inerenti allo sviluppo e all'uso dell'IA e questo creare problemi e antinomie. Per rimuovere i quali è stata quindi modificata l'impostazione precedente, basata sull'applicazione delle norme esistenti, proponendo diverse misure e un Libro bianco sulla regolamentazione dell'IA.

Viene quindi affermato che Intelligenza Artificiale può assumere molti significati e che nessuna definizione può essere omnicomprensiva e adatta a ogni scenario. Ai fini del documento viene comunque fissata la seguente

⁽⁴⁸⁾ UNITED KINGDOM HOUSE OF COMMONS. SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, *Robotics and Artificial Intelligence*, 2016, p. 7, point 10.

⁽⁴⁹⁾ *United Kingdom National AI strategy*, 2021.

definizione: «Machines that perform tasks normally performed by human intelligence, especially when the machines learn from data how to do those tasks»⁽⁵⁰⁾.

Chiaramente, questa definizione è troppo ampia e non particolarmente utile dal punto di vista legale. Per questo motivo il governo del Regno Unito ha anche stabilito una definizione legale di IA nel *National Security and Investment Act*. La definizione è stata valutata nella consultazione sul diritto derivato⁽⁵¹⁾ e a conseguentemente è stata proposta la seguente definizione: l'Intelligenza Artificiale è una tecnologia che consente la programmazione o l'addestramento di un dispositivo o di un software al fine di raggiungere un obiettivo specifico per

- Percepire gli ambienti attraverso l'uso dei dati;
- Interpretare i dati mediante elaborazioni automatizzate finalizzate all'approssimazione delle capacità cognitive;
- Fare raccomandazioni, previsioni o decisioni.

Per “capacità cognitive” si intendono il ragionamento, la percezione, la comunicazione, l'apprendimento, la pianificazione, la risoluzione di problemi, il pensiero astratto, il processo decisionale o l'organizzazione⁽⁵²⁾.

Infine, nel documento Stabilire un approccio pro-innovazione alla regolamentazione dell'IA⁽⁵³⁾, il Dipartimento per il digitale, la cultura, i media e lo sport del governo del Regno Unito ha affermato che il futuro quadro per la

⁽⁵⁰⁾ «Macchine che svolgono compiti normalmente svolti dall'intelligenza umana, in particolare apprendendo dai dati come svolgere tali compiti»: *United Kingdom National AI strategy*, 2021, p. 16.

⁽⁵¹⁾ UNITED KINGDOM DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY AND INDUSTRIAL STRATEGY, NATIONAL SECURITY AND INVESTMENT, *Sectors in Scope of the Mandatory Regime, Consultation on secondary legislation to define the sectors subject to mandatory notification in the National Security and Investment Bill 2020*, 2021.

⁽⁵²⁾ *United Kingdom Statutory Instruments*, 2021, No. 1264, *The National Security and Investment Act 2021 (Notifiable Acquisition) (Specification of Qualifying Entities) Regulations 2021*, Schedule 3 – Artificial Intelligence.

⁽⁵³⁾ UNITED KINGDOM GOVERNMENT, DEPARTMENT FOR DIGITAL, CULTURE, MEDIA AND SPORT, *Establishing a pro-innovation approach to regulating AI. An overview of the UK's emerging approach*, 18 July 2022.

regolamentazione in materia sarà sostenuto da alcuni principi calibrati su misura per questa tecnologia. Uno di questi è l'approccio basato sul rischio, che si fonda quindi sullo stesso tipo di metodo adottato dall'UE. Nel documento si chiede alle autorità di regolamentazione di concentrarsi sugli aspetti connotati dalla presenza di un alto rischio piuttosto che su rischi ipotetici o bassi associati all'intelligenza artificiale, il che comporterà dunque la necessità di emanare definizioni specifiche anche per queste categorie. Di conseguenza, è possibile affermare che il Regno Unito ha iniziato a modificare il proprio approccio, pur mantenendo le proprie peculiarità, avvicinandosi a quello europeo.

4. — *Gli stati Uniti d'America.*

Per ciò che concerne gli Stati Uniti d'America, il Consiglio Nazionale della Scienza e della Tecnologia dell'Ufficio Esecutivo del Presidente degli Stati Uniti, nel 2016 ha esteso il rapporto *Preparing for the future of Artificial Intelligence*⁽⁵⁴⁾, risultato di cinque workshop pubblici e di una richiesta ufficiale di informazioni⁽⁵⁵⁾ sull'Intelligenza Artificiale. Il processo ha portato all'adozione del rapporto e delle ventitré raccomandazioni contenute. Il documento considera l'IA come una tecnologia in grado di aiutare e aumentare le capacità umane senza sostituirsi all'uomo, se utilizzata correttamente⁽⁵⁶⁾. La visione che emerge dal rapporto è ossequiosa ai principi del libero mercato, ritenendo che il governo, affrontando la questione della regolamentazione dell'IA e il suo sviluppo, non debba ostacolare la né ricerca né il libero mercato. Pertanto, qualsiasi legislazione adottata dovrebbe essere leggera e la base di partenza dovrebbe essere rappresentata dalla legislazione esistente,

⁽⁵⁴⁾ UNITED STATES EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, NATIONAL SCIENCE AND TECHNOLOGY COUNCIL COMMITTEE ON TECHNOLOGY, *Preparing for the future of Artificial Intelligence*, 2016.

⁽⁵⁵⁾ *Request for Information on Artificial Intelligence. Science and technology policy office*, 2016.

⁽⁵⁶⁾ UNITED STATES EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, NATIONAL SCIENCE AND TECHNOLOGY COUNCIL COMMITTEE ON TECHNOLOGY, *Preparing for the future of Artificial Intelligence*, 2016, p. 4.

ritenuta già applicabile a casi concreti, prendendo come esempio i settori automobilistico e aeronautico. Il documento statunitense dedica un intero paragrafo alla domanda “che cos’è l’intelligenza artificiale”⁽⁵⁷⁾, proponendo diverse classificazioni di IA relative a modelli esistenti basati su tassonomie di esperti e concludendo che, non esistendo una definizione universalmente accettata, è difficile effettuare una chiara distinzione tra quei programmi che possono essere considerati IA e quelli che non possono esserlo.

Il *National Artificial Intelligence Initiative Act* del 2020, diventato legge il 1° gennaio 2021, ha compiuto alcuni passi avanti rispetto al documento precedentemente citato. Questo documento definisce⁽⁵⁸⁾ l’Intelligenza Artificiale come un sistema basato su macchine che può, per un dato insieme di obiettivi definiti dall’uomo, fare previsioni, raccomandazioni o prendere decisioni che influenzano ambienti reali o virtuali. I sistemi di intelligenza artificiale utilizzano input macchina e umani per

- percepire ambienti reali e virtuali;
- astrarre tali percezioni in modelli attraverso l’analisi in modo automatizzato;
- utilizzare un modello inferenziale per formulare opzioni per informazioni o azioni.

Anche in questo caso è possibile notare un avanzamento rispetto alla precedente posizione statunitense in materia, iniziando a considerare una definizione per l’IA. Inoltre, sono state approvate delle leggi per regolamentare una varietà di applicazioni e attività di IA a livello interno⁽⁵⁹⁾, che denotano

⁽⁵⁷⁾ UNITED STATES EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, NATIONAL SCIENCE AND TECHNOLOGY COUNCIL COMMITTEE ON TECHNOLOGY, *Preparing for the future of Artificial Intelligence*, 2016, p. 6.

⁽⁵⁸⁾ Text - H.R.6216 - 116TH UNITED STATES CONGRESS (2019-2020), *National Artificial Intelligence Initiative Act of 2020*, Sec. 3.

⁽⁵⁹⁾ Ad esempio, gli stati dell’Alabama e del Colorado e le città di Baltimora (Maryland) e Bellingham (Washington) hanno emanato regole volte a restringere l’utilizzo dei programmi di riconoscimento facciale. Gli stati del Vermont e dell’Illinois e la città di New York hanno limitato la possibilità di usare l’IA per assumere le persone tramite procedimenti automatizzati. Gli stati dell’Alabama e dell’Illinois hanno stabilito la necessità di una supervisione governativa per le tecnologie relative all’Intelligenza Artificiale.

l'adozione di posizioni simili a quelle emerse nell'Unione Europea per alcuni specifici aspetti, a dimostrazione del fatto che la questione viene studiata a molteplici livelli.

È poi interessante far notare come la definizione appena indicata sia simile a quella posta dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE). Questa organizzazione ha infatti proposto una propria definizione per i sistemi di intelligenza artificiale, ovvero sistemi basati su macchine, progettati per operare con diversi livelli di autonomia, in grado di influenzare l'ambiente producendo un output (previsioni, raccomandazioni o decisioni) per un determinato insieme di obiettivi. L'IA utilizza dati e input macchina e/o umani per raggiungere i seguenti obiettivi:

- percepire ambienti reali e/o virtuali;
- astrarre queste percezioni in modelli attraverso l'analisi in modo automatizzato (ad esempio, con l'apprendimento automatico) o manualmente;
- utilizzare modelli inferenziali per formulare opzioni per i risultati⁽⁶⁰⁾.

5. — *La peculiarità cinese.*

La posizione cinese è particolare. Nel corso degli ultimi decenni il governo del paese ha più volte sottolineato l'importanza dell'IA da un punto di vista geopolitico e la necessità per la Cina di essere leader del settore. Conseguentemente sono stati fissati⁽⁶¹⁾ gli obiettivi da raggiungere per step entro il 2020, 2025 e il 2030. Pur senza fornire una definizione di IA, viene affermato che le tecnologie a questa correlate sono in grado di individuare, prevedere e fornire output tempestivi e accurati in relazione a problematiche infrastrutturali e a operazioni relative alla sicurezza sociale. Viene poi specificato che l'IA è inoltre in grado di cogliere comportamenti dei gruppi e i cambiamenti psicologici di questi in modo tempestivo nonché prendere

⁽⁶⁰⁾ Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), Principi sull'IA, *oecd.ai/en/ai-principles*.

⁽⁶¹⁾ CONSIGLIO DI STATO CINESE, *Piano sullo sviluppo dell'IA di nuova generazione*, 2017.

l'iniziativa all'interno di alcuni processi decisionali e reagire tempestivamente in contesti adeguati, fornendo quindi una visione ancorata ad alcune tipologie di Intelligenza Artificiale e specificatamente orientata al suo utilizzo in ambito del controllo della popolazione.

Negli anni successivi, il governo cinese ha quindi adottato una serie di documenti volti a costruire la governance cinese per l'IA. In particolare, nel 2018 l'Istituto cinese di standardizzazione in campo elettronico ha preparato un libro bianco sulla standardizzazione dell'Intelligenza Artificiale⁽⁶²⁾ a cui sono seguite, nel 2020, le Linee guida per l'istituzione del sistema di standard per la nuova generazione di Intelligenza Artificiale⁽⁶³⁾ e la pubblicazione di quattro standard di intelligenza artificiale che sono in fase di sviluppo.

In tutti questi documenti, e in quelli adottati successivamente fino al 2022, non è quindi presente una definizione di Intelligenza Artificiale, ma da un lato si fa riferimento ai possibili utilizzi dell'IA e dall'altro si lavora sulla standardizzazione ISO, utilizzandone le definizioni tecniche. Questa posizione non aiuta dunque ad individuare il significato giuridico di Intelligenza Artificiale, ed infatti lo stesso libro bianco sollecita la necessità di procedere ad una sua definizione⁽⁶⁴⁾. In attesa dello sviluppo dei quattro standard AI sopra citati, è comunque possibile sottolineare che è stato pubblicato un libro bianco sull'Intelligenza Artificiale affidabile⁽⁶⁵⁾ che sancisce alcuni parametri di affidabilità. Tali parametri sono ampiamente conformi alle definizioni internazionali, includendo cinque gruppi di caratteristiche:

⁽⁶²⁾ ISTITUTO CINESE DI STANDARDIZZAZIONE IN CAMPO ELETTRONICO, *Libro bianco sulla standardizzazione dell'Intelligenza Artificiale*, 2018.

⁽⁶³⁾ AMMINISTRAZIONE CINESE PER LA STANDARDIZZAZIONE, L'AMMINISTRAZIONE CINESE PER IL CYBERSPAZIO, LA COMMISSIONE NAZIONALE PER LO SVILUPPO E LE RIFORME, IL MINISTERO DELLA SCIENZA E DELLA TECNOLOGIA E IL MINISTERO DELL'INDUSTRIA E DELLA TECNOLOGIA DELL'INFORMAZIONE, *Linee guida sull'istituzione del sistema di standard per la nuova generazione di Intelligenza Artificiale*, 2020.

⁽⁶⁴⁾ ISTITUTO CINESE DI STANDARDIZZAZIONE IN CAMPO ELETTRONICO, *Libro bianco sulla standardizzazione dell'Intelligenza Artificiale*, 2018, par. 5.3.

⁽⁶⁵⁾ ACCADEMIA CINESE DI TECNOLOGIE DI INFORMAZIONE E COMUNICAZIONE, *Libro bianco sull'Intelligenza artificiale affidabile*, 2021.

affidabilità e controllabilità, trasparenza e spiegabilità, protezione dei dati, responsabilità, diversità e inclusività.

In tal modo, la Cina non ha ancora prodotto una normativa che possa aiutare a definire cosa sia un Intelligenza Artificiale, e nel frattempo si affida ai meccanismi di standardizzazione e alle sue definizioni, ma ha proceduto a valutare da un punto di vista etico-giuridico quali sono gli elementi necessari per ritenere un'IA affidabile, un percorso simile a quello effettuato nell'Unione Europea. Merita però di essere sottolineato il fatto che, a differenza che negli altri paesi considerati, la Cina sta facendo un ampio utilizzo di sistemi di IA per il controllo della popolazione, applicando di fatto la tecnologia a settori che sia negli Stati Uniti che in Unione Europea vengono invece considerati “problematici” come quello del riconoscimento biometrico.

6. — *Il concetto di Intelligenza Artificiale affidabile.*

Un altro aspetto interessante legato al problema della definizione è il concetto di “AI affidabile”, che è opportuno trattare sommariamente per fornire un'idea della questione.

La problematica in questione è emersa come conseguenza dello sviluppo dell'IA e delle preoccupazioni ad essa correlate. Non solo a causa dei numerosi prodotti di fantascienza che la descrivono come potenzialmente dannosa per l'uomo, ma anche in virtù delle osservazioni di scienziati⁽⁶⁶⁾ e degli utilizzi fatti delle prime applicazioni volti, ad esempio, al controllo della popolazione o alla diffusione di fake news⁽⁶⁷⁾. Per tale motivo in numerosi ambiti, istituzionali ma anche privati, si è iniziato a valutare i criteri necessari per rendere un sistema di IA affidabile e rispettoso dei diritti umani.

⁽⁶⁶⁾ A gennaio 2015 Stephen Hawking, Elon Musk ed altri esperti di intelligenza artificiale hanno firmato una lettera aperta sull'intelligenza artificiale chiedendo che venga effettuata una ricerca sugli impatti sociali dell'IA, affermando che assieme al potenziale per sradicare malattie e povertà vi è il rischio di creare qualcosa che non può essere controllato.

⁽⁶⁷⁾ D. CHIAPPINI, *Legal and ethical state of the art of Artificial Intelligence in medicine*, in questa *Rivista*, 2020, pp. 97-142.

Nel 2019 il gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull'IA dell'Unione Europea⁽⁶⁸⁾ ha presentato gli orientamenti etici per un'intelligenza artificiale affidabile⁽⁶⁹⁾. Secondo tali linee guida, per essere affidabile un sistema di Intelligenza artificiale deve basarsi su tre componenti, che devono sussistere durante l'intero ciclo di vita del sistema:

- Legalità: l'IA deve ottemperare a tutte le leggi e ai regolamenti applicabili;
- Eticità: l'IA deve assicurare l'adesione a principi e valori etici;
- Robustezza: considerata sia dal punto di vista tecnico e sociale in quanto anche i sistemi di IA progettati nel modo migliore possono causare danni non intenzionali.

Ciascuna di queste componenti è quindi necessaria ma non sufficiente, presa singolarmente, per realizzare un'IA affidabile e quindi tutte e le tre componenti devono operare armonicamente affinché questa si concretizzi. Le linee guida inoltre forniscono indicazioni su come raggiungere il giusto livello di affidabilità elencando dei requisiti chiave che i sistemi di IA dovrebbero soddisfare per essere considerati affidabili:

- Intervento e sorveglianza umani;
- Robustezza tecnica e sicurezza;
- Riservatezza e governance dei dati;
- Trasparenza;
- Diversità, non discriminazione ed equità;
- Benessere sociale e ambientale;
- Accountability.

Lo scopo di queste linee guida è affrontare alcune delle incognite derivanti dallo sviluppo dell'Intelligenza Artificiale e mitigarne i potenziali pericoli, considerano questioni etiche e legali e promuovendo dei principi di governance volti allo sviluppo di un'IA definita "umano-centrica".

⁽⁶⁸⁾ Si tratta di un gruppo di soggetti esperti in ambito di Intelligenza Artificiale nominati nel 2018 dalla Commissione Europea per fornire consulenza sulla sua strategia in questa materia. Per maggiori informazioni: digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/expert-group-ai.

⁽⁶⁹⁾ GRUPPO INDIPENDENTE DI ESPERTI AD ALTO LIVELLO SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE (istituito dalla Commissione Europea nel giugno 2018), *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, 8 aprile 2019.

Tali principi non sono rimasti solo un esercizio accademico, in quanto nel 2020 la Commissione europea li ha utilizzati per preparare il Libro bianco sull'intelligenza artificiale⁽⁷⁰⁾ e conseguentemente l'*Artificial Intelligence Act*.

Come l'Unione Europea, anche altri paesi hanno posto la creazione di un ecosistema di fiducia come punto chiave per la strategia AI o hanno sviluppato un proprio concetto di IA affidabile. Il Regno Unito nella sua strategia nazionale per l'IA⁽⁷¹⁾ ha sottolineato che tra le strategie a lungo termine si debba prevedere il supporto allo sviluppo di capacità relative all'affidabilità, all'adattabilità e alla trasparenza delle tecnologie dell'IA. Inoltre, tra i cinque obiettivi del programma nazionale di ricerca e innovazione sull'IA, un punto è dedicato alla scoperta e allo sviluppo di nuove tecnologie di intelligenza artificiale mirando a sviluppare un'IA responsabile e affidabile e sostenendo lo sviluppo di capacità tecniche e tecnico-sociali per superare gli attuali limiti dell'IA.

L'ufficio dell'iniziativa nazionale per l'intelligenza artificiale degli Stati Uniti ha posto tra i suoi scopi principali quello di garantire che gli Stati Uniti diventino il leader mondiale nello sviluppo e nell'uso di sistemi di intelligenza artificiale affidabili nei settori pubblico e privato. È possibile leggere sul sito web dell'ufficio⁽⁷²⁾ che per poter essere considerate affidabili, le tecnologie di intelligenza artificiale devono possedere alcune caratteristiche quali:

- Precisione;
- Spiegabilità e interpretabilità;
- Riservatezza;
- Affidabilità;
- Robustezza;
- Sicurezza e protezione o resilienza agli attacchi;
- Attenuazione dei pregiudizi;

⁽⁷⁰⁾ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, 19 febbraio 2019.

⁽⁷¹⁾ UNITED KINGDOM GOVERNMENT, *National AI strategy*, 2021, *Summary key actions*, p. 8.

⁽⁷²⁾ US National Artificial Intelligence initiative office website: www.ai.gov/strategic-pillars/advancing-trustworthy-ai/.

Inoltre, altri principi, come quello di equità e di trasparenza, dovrebbero essere presi in considerazione dai produttori di questi sistemi in modo da agevolarne l'utilizzo da parte degli utenti.

Stati Uniti d'America ed Unione Europa, inoltre, hanno concordato una serie di principi comuni che riguardano, tra i vari campi, anche l'AI. In una dichiarazione congiunta⁽⁷³⁾, affermano la loro volontà e intenzione di sviluppare e implementare sistemi di IA che siano innovativi e affidabili e che rispettino i diritti umani universali e i valori democratici condivisi.

Differentemente rispetto all'aspetto definitorio, è interessante sottolineare che anche la strategia cinese supporta questo metodo, ed è quindi in linea con quelli degli altri paesi considerati. Il libro bianco sull'intelligenza artificiale affidabile, che rappresenta la posizione del governo cinese in materia, chiarisce che il concetto di IA non può essere limitato meramente alla tecnologia, ai prodotti e ai servizi di intelligenza artificiale, ma deve essere piuttosto gradualmente esteso a un insieme di metodologie sistematiche, conducendo alla costruzione di un sistema "affidabile"⁽⁷⁴⁾. Il quadro complessivo indica le seguenti caratteristiche di affidabilità (intesa come *trustworthiness*):

- Affidabilità (intesa come *reliability*)⁽⁷⁵⁾ e controllabilità;
- Trasparenza e spiegabilità;
- Protezione dei dati;
- Responsabilità definite;
- Diversità e tolleranza.

⁽⁷³⁾ U.S.-E.U. *Trade and Technology Council Inaugural Joint Statement*, September 2021: www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/09/29/u-s-eu-trade-and-technology-council-inaugural-joint-statement/.

⁽⁷⁴⁾ ACCADEMIA CINESE DI TECNOLOGIE DI INFORMAZIONE E COMUNICAZIONE, *Libro bianco sull'Intelligenza artificiale affidabile*, 2021.

⁽⁷⁵⁾ In italiano i concetti di *reliability* e *trustworthiness*, comunque tradotti dal cinese, vengono entrambi generalmente tradotti come affidabilità. Ovviamente nel momento in cui si parla dei requisiti per i quali un sistema di IA possa essere considerato affidabile, non è possibile inserire come risposta che lo sia, in quanto tautologico e non esplicativo. Per tale motivo è necessario considerare il concetto di "reliability" come consistenza e ripetibilità dei risultati, mentre "trustworthiness" può essere considerato affidabile, di cui la "reliability" è fattore costituente.

Questi principi sono quindi in linea con quelli emanati in altri paesi, ma la loro teorizzazione non appare coerente con la l'applicazione pratica che viene fatta dei sistemi di IA nel paese.

Al fine di fornire un punto di vista più ampio possibile, è utile considerare anche la posizione al riguardo dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, la quale ha pubblicato un documento sugli strumenti volti all'ottenimento di un'IA affidabile⁽⁷⁶⁾ in cui vengono descritti come sistemi di IA affidabili quelli che incarnano i principi dell'OCSE: rispetto dei diritti umani e della privacy, equità, trasparenza spiegabilità, solidità, sicurezza (intesa sia come *safety* che *security*⁽⁷⁷⁾) e responsabilità.

Vengono quindi forniti i cinque gruppi di principi di un'IA affidabile:

- Crescita inclusiva, sviluppo sostenibile e benessere;
- Valori incentrati sulla persona e correttezza;
- Trasparenza e spiegabilità;
- Robustezza e sicurezza;
- Responsabilità.

Come è possibile vedere, questi principi sono molto simili agli altri inclusi nei documenti presentati.

Come dimostra l'ultimo documento considerato, moltissime entità statali, private e sovranazionali hanno prodotto dei documenti volti ad orientare le scelte dei decisori pubblici in materia, o a guidare le scelte delle componenti interne o dei lavoratori degli stessi enti, poiché lo sviluppo dell'IA rappresenta allo stesso tempo un elemento positivo di progresso ma anche un possibile pericolo. Senza approfondire in modo eccessivo la questione, è sufficiente citare le posizioni comuni in materia emerse da uno studio⁽⁷⁸⁾

⁽⁷⁶⁾ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Tools for trustworthy AI – a framework to compare implementation tools for trustworthy ai systems*, OECD digital economy papers, 2021, n. 312.

⁽⁷⁷⁾ Per *safety* si intende la capacità di un sistema di IA di operare in modo affidabile e prevedibile, senza causare danni fisici o economici a persone, proprietà o all'ambiente circostante. Con *security* invece ci si riferisce alla protezione dei sistemi di IA dalle minacce esterne, come gli attacchi informatici, garantendo che i dati di input e output del sistema siano protetti e che l'accesso al sistema stesso sia limitato solo alle persone autorizzate.

⁽⁷⁸⁾ A. JOBIN et al., *The global landscape of AI ethics guidelines*, in *Nature Machine Intelligence*,

condotto su 84 documenti e linee guida⁽⁷⁹⁾. Da tale documento emerge che, seppur nessun singolo principio etico sembra essere ritenuto unanimemente indispensabile, vi è una convergenza attorno a cinque principi, ed in particolare:

- Trasparenza;
- Giustizia ed equità;
- Non maleficenza;
- Responsabilità;
- Privacy.

Vi sono poi altri principi considerati in meno della metà dei documenti esaminati, ed in particolare quello di Beneficenza, di Libertà e autonomia, di Fiducia, di Sostenibilità, di Dignità e di Solidarietà.

Ciò significa che, nonostante le differenze culturali, al mondo esiste un nucleo di principi condivisi tra i paesi considerati nello studio, che possono essere presi in considerazione quando si studia il concetto di Intelligenza Artificiale affidabile utili anche quando si studia la definizione legale di IA. Ovviamente ciascun documento considera particolari aspetti e fornisce definizioni che non sempre collimano completamente tra di loro, motivo per il quale non è opportuno spingersi ulteriormente in profondità sulla questione, ma è importante sottolineare il ruolo che l'affidabilità dell'IA sta svolgendo per giungere a una definizione condivisa di cosa sia e debba essere l'Intelligenza Artificiale.

7. — *Il percorso verso una definizione comune.*

Sulla base di quanto esposto finora è possibile affermare che tutti gli ordinamenti giuridici considerati adottano un criterio che si può collocare tra

2019, 1, pp. 389-399.

⁽⁷⁹⁾ I documenti considerati sono stati redatti nei seguenti paesi: Stati Uniti (21 linee guida), Unione Europea (19 linee guida), Regno Unito (13 linee guida), Giappone (4 linee guida), mentre Canada, Islanda, Norvegia, Emirati Arabi Uniti, India, Singapore, Corea del Sud e Australia hanno prodotto 1 linea guida ciascuno.

due estremi, da un lato quello che tende a regolamentare il più possibile, e dall'altro quello che vuole evitare strumenti di *hard law*.

Inizialmente la strategia dell'Unione Europea mirava all'aggiornamento della normativa vigente, ritenuta insufficiente, e alla predisposizione di atti legislativi. Questa posizione è stata confermata da numerosi documenti negli ultimi anni e consente all'UE di affrontare le sfide poste dagli sviluppi futuri con un approccio eminentemente normativo. Anche se questo implica una maggiore certezza del diritto, d'altro canto, il sistema così costruito risulta essere più rigido e, richiedendo un atto formale per regolamentare ulteriori sviluppi dell'IA, potrebbe non essere in grado di adattarsi tempestivamente all'avanzamento della tecnologia. Ciò detto, considerando i diversi ordinamenti giuridici che compongono l'Unione Europea è difficile pensare ad un sistema diverso per affrontare adeguatamente la questione evitando che vi sia un'applicazione del diritto non uniforme nel territorio dell'Unione.

Un approccio simile può essere visto nell'atteggiamento cinese che ha proceduto, nel tempo, ad adottare numerosi atti, mentre altri sono attesi nel prossimo futuro. È necessario però, anche in questo caso, soffermarsi sull'applicabilità di tali atti. In alcuni casi si tratta di regole cogenti, mentre in altri di linee guida. Va però specificato che in un sistema quale quello cinese la demarcazione tra l'obbligatorietà e la facoltà di applicazione di tali regole tende a sfumare.

Questo approccio *hard law* inizialmente non era condiviso da Stati Uniti e Regno Unito, i cui metodi tuttavia presentavano le loro differenze. I primi, infatti, sembravano voler porre in essere una mera attività di controllo, credendo nella possibilità dell'autoregolamentazione del sistema, demandata perlopiù al mercato, anche se le diverse amministrazioni che si sono succedute hanno mostrato posizioni diverse sull'ampiezza di tale autoregolamentazione⁽⁸⁰⁾. In una posizione intermedia si trova invece la Gran Bretagna, che ha inizialmente scelto di incentrare il sistema di controllo dello svilup-

⁽⁸⁰⁾ Con l'amministrazione Obama sono stati prodotti documenti volti ad orientare le scelte degli sviluppatori e a supervisionare lo sviluppo dei sistemi di IA, mentre successivamente con l'amministrazione Trump si è abbandonata tale scelta, il che ha condotto alla produzione di numerose linee guida interne da parte degli sviluppatori stessi.

po dell'IA sulla creazione di una Commissione permanente sull'intelligenza artificiale, il cui obiettivo è affrontare, insieme agli stakeholder pubblici e privati, le questioni che gradualmente emergono relative a tale tecnologia. Entrambi gli ordinamenti giuridici intendevano fare affidamento sulla capacità delle Corti di intervenire quando necessario per risolvere problemi ed eccessi che l'autoregolamentazione non è stata in grado di fare.

Nonostante queste posizioni di partenza, negli ultimi anni, tutte le istituzioni considerate hanno cambiato approccio, implementando strumenti sia di *hard law* che di *soft law*, avvicinandosi alla posizione iniziale dell'Unione Europea. È possibile vedere questa convergenza sia negli step che hanno portato a ipotizzare una definizione di Intelligenza Artificiale sia per quelli relativi al significato di IA affidabile. Infatti, quanto spiegato nei paragrafi precedenti dimostra che tutti i documenti valutati descrivono i termini sopra menzionati in modo simile e possono quindi essere considerati come i primi passi per iniziare a considerare la definizione di AI come una sfida globale. Questo può rappresentare un punto di partenza per un'ulteriore convergenza sulla materia, dal momento che una regolamentazione mondiale legata ai temi della governance e agli aspetti legali ed etici dell'IA potrebbe affrontare il tema in modo più adatto e cercare una soluzione globale alle problematiche che ne derivano, come peraltro già accade per altre tecnologie.

Sulla base di quanto esposto finora, è possibile quindi porre alcuni punti fermi. Il primo è dato dal fatto che non è riscontrabile una sola e generalmente accettata definizione di Intelligenza Artificiale tra quelle prese in considerazione, ma, allo stesso tempo, tutte condividono alcuni elementi in comune. Similarmente, non esiste una sola concezione di Intelligenza Artificiale affidabile, ma vi è un nucleo di principi riconosciuti da un numero variabile di paesi e portatori di interesse come necessari alla costruzione di questo tipo di IA.

In entrambi i casi è dunque possibile tracciare una convergenza e stabilire quali sono gli elementi in comune presi in considerazione dai soggetti che si stanno occupando di definire legalmente il concetto di IA.

In particolare, tutte le definizioni considerate comprendono tre tipi di elementi: il tipo di tecnologia, gli obiettivi e gli output del sistema. Riguardo

al primo, l'UE considera i sistemi di IA come un software, anche se il Parlamento UE in due diverse risoluzioni⁽⁸¹⁾ ha incluso anche l'hardware, mentre tutti gli altri soggetti definiscono l'IA come una tecnologia, un sistema basato su macchina o un'unità funzionale, senza considerare la dimensione hardware o software.

Per quanto riguarda obiettivi e risultati, tutte le definizioni considerate prendono in considerazione approssimativamente gli stessi significati di ciascuna di esse. Si parla infatti di obiettivi "definiti dall'uomo", "specifici" o "dati" implicando che vi è stata alla base una definizione a livello software di tali obiettivi. Qualora la proposta del Consiglio Europeo venga approvata dal Parlamento, la definizione UE limiterà gli obiettivi a quelli ottenibili avvalendosi di approcci di apprendimento automatico e/o basati sulla logica e sulla conoscenza.

Per quanto riguarda gli output, UE, Regno Unito, USA e OCSE considerano gli stessi: previsioni, raccomandazioni e decisioni, mentre il riferimento ISO della regola cinese si riferisce solo alle funzioni associate all'intelligenza umana, per entrambi gli elementi precedenti, ma considera l'utilizzo che è possibile fare dei sistemi, di fatto rendendone l'impostazione simile a quella degli altri soggetti. La proposta europea aggiunge anche il "contenuto" all'elenco degli output.

Oltre a questi elementi unanimemente condivisi, altri quattro elementi sono presenti solo in alcuni degli strumenti presentati: sviluppo, input, modello e interazione con l'ambiente. Il primo è contenuto solo nella proposta europea, cosa che renderà lo strumento più rigido, necessitando di un aggiornamento periodico⁽⁸²⁾. L'elemento "input" è presente solo nel disegno di

⁽⁸¹⁾ Nella Risoluzione del Parlamento Europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate, art. 4, par. 1, lett. *a*), e nella Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, art. 3, par. 1, lett. *a*).

⁽⁸²⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021, Titolo XI.

legge statunitense e nella definizione dell'OCSE, i quali specificano che gli input possono essere umani o basati su macchine. In realtà, tale inclusione appare ridondante in quanto non esiste un terzo modo per fornire input.

I modelli per elaborare gli input necessari a dare gli output sono presenti nei documenti del Regno Unito, degli Stati Uniti e dell'OCSE. In questo caso, le posizioni non sono concordanti, poiché il documento britannico afferma che l'IA deve interpretare i dati utilizzando elaborazioni automatizzate progettate per approssimare le capacità cognitive, mentre secondo quanto previsto nel documento degli Stati Uniti l'IA astrae le percezioni dai dati in modelli attraverso l'analisi in modo automatizzato e utilizza modelli inferenziali per formulare opzioni per informazioni o azioni. La definizione OCSE differisce da quella statunitense in quanto specifica che l'analisi può essere eseguita in modo automatizzato (ad esempio, con l'apprendimento automatico) o manualmente. L'assenza di tale elemento nella proposta europea viene colmato dalla proposta del Consiglio Europeo, che considera gli approcci di apprendimento automatico e/o basati sulla logica e sulla conoscenza.

Infine, l'interazione con l'ambiente è considerata da tutte le definizioni tranne quella cinese. La mancata inclusione di questo elemento nella definizione cinese è dovuta al rinvio allo standard ISO, che non la prevede, e sarà interessante vedere come questo argomento verrà affrontato dal comitato cinese in sede di definizione legale. Appare infatti possibile che, in futuro, questo elemento sarà considerato da tutti gli attori nella definizione di IA. In ogni caso, tale elemento non ha esattamente lo stesso significato in tutti i documenti. Quello dell'UE non include la percezione dell'ambiente mentre altri lo fanno, e i documenti USA e OCSE specificano che l'ambiente può essere reale o virtuale, il che consente l'inclusione di tutti i possibili sistemi di intelligenza artificiale, inclusi quelli che operano esclusivamente in ambiente virtuale.

Abbiamo poi visto come l'approccio dell'Unione Europea sia fortemente basato su una categorizzazione delle tipologie di sistemi di IA, cosa che sta emergendo anche nel Regno Unito, mentre ciò non è ancora avvenuto negli Stati Uniti d'America e in Cina. Appare plausibile che però, vista la pervasività del costituendo regime europeo, tale impostazione possa essere applicata anche negli altri paesi, in futuro.

In conclusione, è possibile ipotizzare che si possa giungere ad una definizione legale generale di Intelligenza Artificiale, a partire dagli elementi messi a confronto. Questa potrebbe quindi essere definita come una tecnologia basata su macchine (*machine-based*) volta al raggiungimento di obiettivi specifici quali la creazione di contenuti, fornire previsioni, raccomandazioni o decisioni tramite l'utilizzo di software o hardware in grado di percepire e influenzare ambienti reali o virtuali. Tutti questi sistemi di Intelligenza Artificiale devono poi essere affidabili, considerando come elementi centrali di questa affidabilità robustezza e sicurezza, governance dei dati rispettosa della privacy, trasparenza ed equità. Partendo da tale definizione sarà quindi possibile determinare le regole applicabili a questi sistemi, anche sulla base di una categorizzazione degli stessi.

NICOLÒ BASIGLI^(*)

RESPONSABILITÀ CIVILE E INTELLIGENZA ARTIFICIALE

ABSTRACT: The essay aims to carry out a study and analysis of the institution of civil liability when related to *artificial intelligence*. This relationship is observed starting from an analysis, without exhaustive claims, of the main articles of the Italian civil code relating to civil liability. The objective of the work is to attempt to identify the person responsible for compensation for damage when this is caused by artificial intelligence. From this overlap we can deduce the inadequacy of the current structure of the institute which is designed on the basis of human actions and not of a non-human type. The invitation that is therefore made is to rethink the institute on the basis of the observations made, also in light of the recent reform at European level.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il quadro giuridico europeo. – 3. Gli istituti di responsabilità del codice civile italiano e la loro compatibilità con i sistemi di I.A. – 4. Conclusioni.

1. — *Considerazioni introduttive.*

È palese come il progresso tecnologico stia condizionando in maniera importante l'applicazione delle norme giuridiche, questionando con insistenza se codeste siano ancora in grado di rispondere alla *ratio* per la quale erano state progettate e create. Lo scollamento temporale, tra diritto e tecnologia, è evidente se si osserva il rapporto tra i due elementi: il che si concretizza nell'obsolescenza delle norme che si riferiscono proprio alle tecnologie. Questo scollamento temporale negli ultimi vent'anni è diventato sempre più incisivo, evidenziando come la scienza giuridica si evolva in maniera più lenta rispetto alle materie STEM⁽¹⁾, tanto che tale elemento

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ STEM è l'acronimo inglese di *science, technology, engineering and mathematics*.

sia diventato identificativo del rapporto tra scienza tecnica e scienza giuridica⁽²⁾. L'avvento di Internet non ha fatto altro che incrementare questo divario tra scienza tecnica e scienza giuridica, tanto è vero che, in questo preciso periodo storico, le nuove tecnologie legate all'IA fanno proseguire questa "maratona" tra le due scienze. Il compito del giurista, pertanto, è connotato da un attento studio a riguardo dell'adeguatezza delle norme esistenti in riferimento all'IA, così da ponderare l'opportunità per il legislatore⁽³⁾, di fondare delle nuove norme *ad hoc*, oppure se proseguire nel percorso interpretativo, da parte della giurisprudenza, sulle norme già esistenti. Tuttavia la scelta di quale strada percorrere non è scevra da pericoli: se da un lato, alle volte, non è difficile applicare ed interpretare le norme esistenti adattandole alle caratteristiche proprie dell'IA, dall'altro lato, sempre più spesso, accade che le norme esistenti non riescano a dare risposte esaustive in tema di certezza del diritto e, soprattutto, tutela dei diritti fondamentali, i quali dovrebbero essere messi alla base di qualsiasi costruito giuridico.

In relazione all'argomento del presente capitolo è necessario osservare come l'obsolescenza delle norme, rispetto all'evoluzione celere delle tecnologie di IA, sia assai significativa in riferimento alla grande diffusione dell'IA (basti pensare alla pervasività dell'*Internet of Things*): in particolare, molti problemi, sorgono dal tema della responsabilità civile per eventuali danni provocati dall'utilizzo dell'IA.

Prima di cominciare la disamina, senza pretese esaustive, delle relazioni intercorrenti tra normativa europea, alcuni articoli del codice civile e l'IA è necessario fare alcune premesse. Per analizzare i profili di responsabilità è opportuno capire le caratteristiche che contraddistinguono l'IA. Ci si riferi-

⁽²⁾ P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in AA.VV., *Costituzionalismo e globalizzazione*, in *Atti del XXVII Convegno annuale (Salerno, 22-24 ottobre 2012)*, Napoli, 2014.

⁽³⁾ In riferimento a tali ponderazioni a riguardo dell'IA per quanto attiene lo scenario statunitense ed europeo si rimanda a: C. CATH, S. WATCHER, B. MITTELSTADT, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Artificial Intelligence and the "Good Society": the US, EU, and UK approach*, in *Science and Engineering Ethics*, 2017, p. 1 ss.

sce, con molta enfasi, alla peculiarità dell'autoapprendimento: ossia la capacità della macchina di modificare, in maniera del tutto autonoma, l'algoritmo (o gli algoritmi) di cui è composta, a seguito della modifica di situazioni ambientali (virtuali o reali) o comportamenti esterni, percepite a mezzo di appositi sensori, che le permettono di continuare a perseguire in maniera ottimale lo scopo precipuo per cui viene utilizzata. Tale abilità è resa possibile dalla grande capacità computazione e dalla rapidità nella raccolta ed elaborazione dei dati, vero "carburante" dell'IA.

Si può percepire che la caratteristica dell'autonomia dell'IA nel prendere delle decisioni può provocare eventuali danni a cose e/o persone⁽⁴⁾ ed è questo il contesto nel quale si incardina il problema del ragionamento giuridico, sul se e sul come, imputare la responsabilità civile, istituto coniato ed applicato da e per gli esseri umani, ad un *robot* con un certo grado di autonomia.

L'imperativo del *neminem laedere*, stella polare dell'istituto della responsabilità civile, deve trovare una traduzione anche quando coinvolta, nell'evento che ha provocato un eventuale danno non prevedibile, sia un'IA⁽⁵⁾.

La considerazione primaria da cui partire riguarda la considerazione giuridica che si ha dell'IA: se essa sia una *res* oppure un *agens*. Secondo l'approccio regolamentare maggiormente condiviso dagli ordinamenti giuridici, e che si utilizzerà, con le dovute specifiche, anche per il presente contributo, l'IA è considerata una *res*, ossia un bene di consumo al pari di qualsiasi altro *computer*, seppur con un alto grado di capacità computazionale. Secondo questo orientamento non si ravvede, pertanto, la necessità di prevedere un

⁽⁴⁾ Tra i commentatori, sono stati profusi diversi sforzi per individuare i criteri idonei a descrivere la presenza di un robot. Alcune ricostruzioni dottrinali hanno accreditato in particolare cinque caratteri distintivi, e segnatamente: la natura (ossia la veste materiale in cui il robot si manifesta), l'autonomia (ossia il grado di indipendenza rispetto al controllo esterno da parte di agenti umani), la funzione, l'ambiente operativo e l'interazione con gli esseri umani. Cfr. in particolare R. LEENES, E. PALMERINI, B.J. KOOPS, A. BERTOLINI, P. SALVINI, F. LUCIVERO, *Regulatory challenges of robotics: some guidelines for addressing legal and ethical issues*, in *Law, Innovation and Technology*, 2017, 9 (1), pp. 1-44.

⁽⁵⁾ M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLICINO, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in F. PIZZETTI, *Intelligenza Artificiale, Protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, p. 340.

regime *ad hoc* per l'IA, in quanto in riferimento alle *res*, esiste già un impianto giuridico che risponde a tale esigenza.

Purtuttavia, è difficile, osservando il grado di evoluzione delle moderne IA, rimanere ancorati all'idea di una IA *res* visto che questi sistemi vengono dotati di gradi di autonomia sempre maggiori, tanto da aprire il dibattito sul fatto di considerare l'IA come un *agens* da un punto di vista giuridico. È inedita, infatti, nello scenario giuridico, una *res* che sia in grado di prendere decisioni, agire, reagire e cambiare comportamento in totale autonomia. È per questi motivi che creò scalpore la c.d. relazione Delavaux, che apriva il dibattito sull'attribuzione di una “personalità elettronica” ai *robot*, con particolare riferimento all'IA⁽⁶⁾.

Posto quindi che ci si riferisce all'IA come ad una *res*, con le precisazioni di cui *ut supra*, è opportuno inserire nel discorso una ulteriore differenza che presentano i sistemi di IA: quella afferente al grado di automazione. Infatti, secondo il criterio classificatorio del grado di autonomia dell'IA, quanto più questa è capace di apprendere da sola e svolgere operazioni più complesse rispetto alla programmazione originale, tanto più sarà classificabile come una IA forte, quanto meno questa caratteristica è marcata, più debole sarà l'IA⁽⁷⁾. È importante soffermarsi su questo punto perché, agli occhi del giu-

⁽⁶⁾ Mady Delavaux è una ex parlamentare europea del Lussemburgo, firmataria della relazione che chiedeva nuove norme europee in relazione all'IA, la quale, tra le altre cose, paventava l'attribuzione di una “personalità elettronica” in capo all'IA proprio perché osservava che, nel lungo termine, determinare la responsabilità in caso di incidente sarebbe diventato probabilmente sempre più complesso in quanto i *robot*, sempre più sofisticati, autonomi e capaci di autoapprendere, verranno messi nella condizione di prendere decisioni per le quali non si riesce a risalire ad un agente umano. Per tali motivi la risoluzione poneva all'attenzione della Commissione di valutare l'impatto di un eventuale schema di assicurazione obbligatoria, la quale includesse l'idea di fondare un nuovo *status* giuridico apposito per i *robot* al fine di agevolare il risarcimento per i danneggiati nel caso in cui una responsabilità umana non potesse essere attribuita completamente. Per approfondire la posizione di Mady Delavaux: Ufficio Stampa del Parlamento Europeo, *Robot e Intelligenza Artificiale: i deputati chiedono norme europee*, comunicato stampa del 16 febbraio 2017, disponibile in www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20170210IPR61808/robot-e-intelligenza-artificiale-i-deputati-chiedono-norme-europee.

⁽⁷⁾ Il discorso afferente la differenza tra IA forte e IA debole riguarda la capacità della

rista, appare sin da subito chiaro che l'imputabilità di un evento dannoso può essere condizionato da questo elemento. Se il *robot* è dotato di una IA debole, non in grado quindi di compiere azioni fuori dalla prevedibilità, allora l'evento dannoso potrà essere imputato ad un essere umano. Ad oggi, seppur gli sviluppi tecnologici procedano con incedere assai rapido, non si è ancora in presenza di una IA forte *strictu sensu*, ma il grado di automazione si sta elevando al punto tale da far scaturire un acceso dibattito in dottrina anche sulla ripartizione della colpevolezza, tra macchina e essere umano, nel momento in cui la macchina abbia, seppur limitatamente, contribuito a causare l'evento dannoso proprio in virtù della capacità di prendere decisioni in autonomia.

È per tali ragioni che ci si interroga se le regole applicabili alle macchine in quanto oggetti, secondo l'orientamento maggioritario, siano sufficienti ed adeguate a questa evoluzione tecnologica. Oppure se sia necessario un mutamento del paradigma di riferimento che traslochi dalla concezione dell'IA come una *res*, ad una in cui l'IA venga concepita come un *agens*⁽⁸⁾, sollevando quindi un ragionamento sull'opportunità di modificare le norme che regolamentano la responsabilità civile per i danni causati dall'uso dei nuovi sistemi intelligenti. Si anticipa già che, soprattutto a livello europeo, la regolamentazione utilizzata è quella che fa riferimento ai beni di consumo difettosi, in cui vi è una attribuzione di responsabilità in capo al produttore a fronte di alcune circostanze che debbono essere presenti. Per quanto attiene il fronte regolamentare italiano, l'istituto che più si presta a regolamentare

macchina di essere assimilabile al cervello umano. Se la macchina agisce 'come se' fosse un essere umano, in alcune funzioni, pur complesse, ma limitate e senza capacità di autonomo pensiero, si è di fronte ad una IA debole per la quale si richiede sempre l'intervento umano. Se, al contrario, la macchina opera con una capacità cognitiva non più distinguibile da quella umana allora si sarebbe di fronte ad una IA forte. Il Test di Turing si basa proprio su questo ultimo aspetto nella sua applicazione: il test sarà superato se l'utente dall'altro lato del *computer* non sarà in grado di dire se si trovi ad interloquire con una macchina o con un essere umano.

⁽⁸⁾ Cfr. S. ORITI, *Brevi note sulla risoluzione del Parlamento Europeo del 16 febbraio 2017*, disponibile in www.ratioiuris.it/brevi-note-sulla-risoluzione-del-parlamento-europeo-del-16-febbraio-2017-concernente-le-norme-diritto-civile-sulla-robotica/.

una IA *res* con grado di automazione debole è quello della responsabilità per i vizi della cosa: ossia quel complesso di regole che si riferiscono alla *product liability* che ripartiscono la responsabilità tra il produttore del bene e chi ne fa un uso improprio. A questa impostazione tuttavia se ne aggiungono altre che a diverso titolo possono essere prese in considerazione come la responsabilità derivante dalla custodia di un bene oppure quella derivante dalla supervisione di minori o animali.

2. — *Il quadro giuridico europeo.*

Merita una attenta disamina il plesso normativo europeo, che, senza ombra di dubbio, ha contribuito allo sviluppo normativo sul tema. Come si è già detto a riguardo della responsabilità in tema di IA, la regolamentazione è assente in quanto si sono sempre applicate le regole e le norme che disciplinavano i beni di consumo e la necessità di prevedere delle specifiche forme di responsabilità (e conseguente modalità di risarcimento dei danni) non si era, fino a tempi recenti, presentata.

La vigente normativa europea può essere fondamentalmente riassunta in poche direttive.

La prima è la direttiva “Macchine” (direttiva 2006/42/CE) che incarna perfettamente il ragionamento condotto fino a questo punto, considerando i *robot* (e solo di riflesso l’IA) alla stregua di un qualunque bene di consumo e richiamando, pertanto, la disciplina di settore che si occupa della produzione robotica sul tema della sicurezza e messa in commercio dei prodotti. Il merito di questa direttiva è di aver definito cosa sia una macchina e, di conseguenza, permettere l’applicazione della disciplina contenuta nella direttiva stessa anche per quanto attiene i profili di responsabilità.

Riguardo, invece, la sicurezza dei prodotti all’interno del mercato europeo si richiamano: la direttiva 01/95/CE, la decisione 768/2008/CE e il regolamento n. 765/2008/CE. Tali normative persistono nella considerazione dei *robot* come dei prodotti, prevedendo che questi rispettino le regole riguardanti la sicurezza, la salute pubblica e la tutela dei consumatori,

in quanto, essendo dei prodotti, possono creare pericolo per la pubblica sicurezza⁽⁹⁾.

È utile annoverare anche la direttiva 99/44/CE, la quale regolamenta i diritti e le garanzie che vengono riconosciuti ai consumatori in tema di prodotti destinati alla vendita. Nella visione dei *robot*, intesi come beni di consumo, è logico applicare le norme che disciplinano i prodotti destinati alla vendita, ma, specificamente, la direttiva in esame si preoccupa dei vizi che tali prodotti (*robot* inclusi) possono presentare. Le previsioni normative di riferimento parlano, infatti, di difetto di conformità e garantiscono al consumatore una tutela volta alla conservazione del contratto e al raggiungimento della prestazione che era stata promessa.

Altra direttiva, risalente nel tempo, ma che interessa l'ambito della responsabilità per danno da prodotto difettoso è la 85/374/CEE, la quale presenta, in relazione all'IA, numerosi ed evidenti limiti. Innanzitutto, la definizione di prodotto è obsoleta, non includendo i *software*, dati ed algoritmi, con la considerazione poi che, oggigiorno, sempre più spesso tali prodotti non sono inclusi in supporti fisici. Per la direttiva inoltre non sono considerati prodotti tutti i servizi, il che può causare molta incertezza se si considera che il confine tra prodotto e servizio, al giorno d'oggi, è assai sfumato⁽¹⁰⁾. Altro limite della direttiva è quello della definizione di produttore. Effettivamente, la direttiva viene applicata al fabbricante e al distributore di prodotti, ma non viene allargata al fornitore di servizi, anche se connessi alla vendita del prodotto. Tale situazione risulta essere, però, anacronistica in una realtà odierna in cui non esiste più una differenza vera e propria tra prodotto e servizio⁽¹¹⁾. Altra grande limitazione della direttiva è l'onere, da parte del consumatore,

⁽⁹⁾ Per la direttiva si considera sicuro quel prodotto che, nel suo uso convenzionale non manifesta nessun rischio o rischi minimali, ritenuti compatibili con l'uso del prodotto e ritenuti accettabili se si rispetta un elevato grado di tutela della salute e della sicurezza delle persone.

⁽¹⁰⁾ Si pensi ad i danni provocati da degli aggiornamenti automatici che presentano dei difetti che vengano installati su un prodotto acquistato, i quali, se fossero considerati dei servizi, verrebbero esclusi dall'ambito applicativo della normativa.

⁽¹¹⁾ Vengono subito in mente le App per *smartphone* e lo sviluppo dei servizi che sono collegati a prodotti *IOT*, negli ambiti più diversi, come ad esempio la domotica e la telemedicina.

di provare che vi sia un collegamento tra il danno subito ed il difetto e tale incombenza risulta essere assai difficoltosa in quanto si è in presenza di un prodotto tecnologico molto sofisticato davanti al quale il consumatore non ha le conoscenze adeguate per effettuare tale tipo di valutazione, trovandosi quindi in una situazione di asimmetria.

La breve disamina appena effettuata mostra come le varie direttive non trattino in maniera particolareggiata la questione relativa alla responsabilità per danni causati dall'uso dell'IA (o almeno ci si aspettava di più, soprattutto dalla direttiva Macchine)⁽¹²⁾. Tuttavia, la Commissione Europea sembra, negli ultimi anni, avere molto a cuore la questione della regolamentazione dell'IA ed ha intenzione di sostituire la direttiva 85/374/CEE. La stessa Commissione è ben consapevole del rischio che può provocare l'assenza della contemplazione di una responsabilità progettata su misura per le nuove tecnologie di IA, tanto che ad aprile 2021 ha presentato una proposta di regolamentazione sul tema. L'*Artificial Intelligence Act*⁽¹³⁾ (2021/0106 COD) si pone in quest'ottica. Al di là dell'importante classificazione delle IA sulla base del fattore di rischio (inaccettabile, alto, limitato e minimo) che può limitarne, in tutto o in parte, l'utilizzo; nella proposta si prevede che la responsabilità dell'immissione nel mercato o della messa in servizio di una IA ad alto rischio sia imputata ad una determinata persona, fisica o giuridica, definita come fornitore, a prescindere dal fatto che questa persona sia la stessa che ha progettato o sviluppato il sistema. È palese che il ruolo di questo soggetto è fondamentale per quanto attiene il tema della responsabilità. Gli utenti vengono, anch'essi, responsabilizzati se utilizzano sistemi di IA ad alto rischio, prevedendo che si servano dei sistemi di IA in maniera conforme all'uso per cui sono stati progettati, con l'obbligo, per i fornitori, di controllare il funzionamento dei suddetti sistemi.

In questo orizzonte di *robot* sempre più evoluti, autonomi ed in grado di

⁽¹²⁾ L'ordinamento italiano non è di certo più avanzato rispetto alla disciplina europea, difatti i *robot* sono considerati beni di consumo e, pertanto, trovano allocazione nella disciplina già esistente. Ma se si cerca una disciplina specifica riferita all'IA, anche nel tessuto normativo italiano, questa è assente.

⁽¹³⁾ Per la lettura estesa del documento si può consultare al sito eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN.

autoapprendere, tra le proposte che sono state prospettate dalla Commissione vi è anche quella di istituire un regime assicurativo obbligatorio. Se questa ipotesi prendesse piede, sempre nella proposta, si legge che il regime assicurativo potrebbe anche essere affiancato da un fondo per permettere il risarcimento del danno in caso di assenza di copertura assicurativa; l'invito che proviene dalla Commissione diretto alle compagnie assicurative è proprio quello di studiare e progettare nuovi prodotti assicurativi che stiano al passo con i cambiamenti radicali che stanno avvenendo.

Per i medesimi motivi, il Parlamento europeo ha invitato ad una riflessione a riguardo dell'immatricolazione, attraverso un numero seriale registrato in un apposito registro europeo, dei *robot* dotati di IA. In tal maniera sarebbe possibile, attraverso il numero, risalire al contratto assicurativo o al fondo assegnato al *robot* stesso. Così, chiunque entrasse in contatto con il *robot* potrebbe essere informato sui dati assicurativi dello stesso e avendo, quindi, cognizione, ad esempio, dei limiti della responsabilità in caso di danni alle cose o persone.

Sempre il Parlamento ragiona a riguardo della possibilità che, più avanti nel tempo, si possa istituire un nuovo *status* giuridico per i *robot* dotati di IA (la relazione Delavaux, in maniera assai profetica, già lo paventava). Ciò vorrebbe dire che in tal caso i *robot* potrebbero assumere la qualificazione di persone elettroniche, dotate di una loro capacità giuridica che permetterebbe l'imputazione della responsabilità per qualsivoglia danno⁽¹⁴⁾.

Ovviamente, l'idea dell'attribuzione della personalità giuridica ai *robot* dotati di IA, solleverebbe non poche problematiche: quali diritti e doveri avrebbe un *robot* di tal specie? La capacità giuridica in che termini sarebbe a questi intestabile?⁽¹⁵⁾ Per questi motivi⁽¹⁶⁾, come già accennato in precedenza,

⁽¹⁴⁾ Se si avverasse tale scenario, al binomio persona fisica/giuridica si aggiungerebbe una terza persona, quella elettronica. G. SATOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contr. e impr.*, 2002, pp. 465-499.

⁽¹⁵⁾ Per un approfondimento sul tema dei diritti spettanti ai *robot* dotati di IA si consiglia la lettura del testo: H. PUTNAM, *I robot: macchine o vita creata artificialmente*, in *Mente, linguaggio e realtà*, Milano, 1987.

⁽¹⁶⁾ A. BERTOLINI, *Robots as a product: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications*

le critiche sono state numerose. Se da una parte tale orizzonte sarebbe utile da un punto di vista funzionale, in quanto, dotando i *robot* di personalità giuridica si potrebbe procedere alla loro registrazione ed identificare i limiti della loro capacità giuridica (ad esempio: assunzione di obbligazioni, rappresentare una persona –legalmente e fisicamente – conclusione di contratti). Dall'altra parte, al contrario, si afferma che dotare i *robot* di personalità giuridica farebbe sorgere dei dubbi sotto il profilo economico in tema di responsabilità. Le macchine infatti, seppur intelligenti, se riconosciute responsabili del danno non sarebbero in grado di risarcirlo e questo perché non sono in possesso di un patrimonio. Ci si dovrebbe rimettere a terze persone e, di conseguenza, la dotazione della personalità giuridica non comporterebbe alcun giovamento da tale punto di vista⁽¹⁷⁾.

La proposta pertanto, non prevede un sistema di responsabilità *ad hoc* per l'IA, non perché non sia necessario, ma perché allo stato tecnologico attuale è sufficiente porre solo dei correttivi all'impianto già esistente. Bensì, si vuole evitare che i cittadini europei siano tutelati in maniera minore quando utilizzino o interagiscano con l'IA rispetto a qualsiasi altro bene di consumo. Il grado di complessità, l'interconnessione, la non chiarezza,

and Liability Rules, in *Law Innovation and Technology*, 5, 2, Taylor & Francis, Londra, 2014, p. 242: «with respect to liability issues, the recognition of personhood would mainly serve as a liability capping method; yet it would neither necessarily change the person bearing the costs of its functioning nor the cases when compensation is awarded. In fact, unless the robot was capable of earning a revenue from its operation, its capital would have to be provided by a human, or a corporation, standing behind it, thus not necessarily shifting the burden from the party that would bear it pursuant to existing product liability rules».

⁽¹⁷⁾ S. ORITI, *Brevi note sulla risoluzione del Parlamento Europeo del 16 febbraio 2017*, cit., pp. 12-13: «una responsabilità così imputata al robot, soggetto di diritto, ma di fatto ripartita tra i soggetti che operano nel funzionamento economico del robot medesimo, non costituisce un deterrente al progresso [...] e, al tempo stesso, risulta adeguatamente soddisfacente dell'interesse risarcitorio del danneggiato. Il riconoscimento di soggettività giuridica [...] può giustificarsi in modo strumentale: una finzione giuridica per meglio organizzare la gestione dei rischi e l'allocazione della responsabilità. Qualora un meccanismo giuridico di questo tipo venisse applicato a tali agenti alternativi potrebbe parlarsi di una loro personalità giuridica e, conseguentemente, vi sarebbe la limitazione della responsabilità dell'utilizzatore ad un patrimonio conferito all'agente».

vulnus di vario tipo, la possibile modifica attraverso aggiornamenti postumi, l'autoapprendimento e l'autonomia dell'IA, non possono giustificare una minor tutela dei cittadini. L'inconsapevolezza di star interagendo con una IA o la difficoltà di provare il pregiudizio subito, sono elementi che vanno presi in considerazione per ottimizzare gli attuali regimi di responsabilità civile. Al momento tuttavia, la proposta della Commissione è ancora in fase di elaborazione.

Nonostante ciò, è grazie ad una prolifica dottrina⁽¹⁸⁾ che si sono ipotizzate alcune eventuali situazioni conflittuali in cui i *robot* siano coinvolti, ponendo attenzione alla caratteristica ambivalente dei *robot* dotati di IA, di poter essere considerati sia come *res* che *agens*⁽¹⁹⁾. L'attenzione che la dottrina riserva al tema viene posta sul modo in cui una IA possa realmente incidere sull'azione e nella successiva identificazione del soggetto colpevole della condotta e, di conseguenza, provocatore del danno.

La prima situazione che viene ipotizzata è quella del danno derivante da inadempimento contrattuale: il *robot* in questo caso, non ha tutte le caratteristiche previste dal contratto o esposte quando è stato venduto. In tal caso il *robot* viene trattato alla stregua di un bene di consumo e, perciò, sottostà alla disciplina della direttiva 99/44/CE. Il compratore, quindi, è tutelato dalle disposizioni in tema di garanzia commerciale e può esperire gli opportuni rimedi in caso vi fosse un difetto di conformità. Anche il codice civile italiano all'art. 1490, prevede che la garanzia per vizi, in caso di vendita, costituisce una delle obbligazioni tipiche del venditore. I vizi altro non sono che tutte quelle imperfezioni o modificazioni di un bene causate: o dalla produzione o dalla sua conservazione, che possono far diventare il bene non idoneo all'uso per cui era stato progettato oppure possono farlo svalutare in maniera considerevole. Stando così le cose, considerando quindi il *robot* come una qualsiasi altra *res*, trovano applicazione le norme convenzionali sul tema della responsabilità da inadempimento contrattuale.

⁽¹⁸⁾ A. SANTOSUOSSO, C. BOSCARATO, F. CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 494-516.

⁽¹⁹⁾ L'esempio che si cita è quello di un cane robotico affetto da vizi: cfr. A. SANTOSUOSSO, C. BOSCARATO, F. CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, loc. cit.

Altra situazione che è stata ipotizzata afferisce ai danni causati da un difetto di produzione. La disciplina comunitaria regola la responsabilità derivante da un prodotto difettoso sposando il principio della responsabilità oggettiva del produttore in caso si generi un danno. Per potersi stimare la pericolosità di un *robot* è necessario osservare quale è lo stadio di evoluzione tecnologica al momento della loro immissione nel mercato. Difatti un *robot* non può considerarsi difettoso per il semplice fatto che, in un momento successivo, sia stato costruito un *robot* più evoluto. Se un soggetto riceve un danno da un *robot* che presenta un difetto, il responsabile è chi ha prodotto il *robot*. Se il produttore non può essere individuato, al contrario, si considera responsabile il fornitore (c.d. responsabilità per fatto altrui). In tale ottica, l'onere della prova sta in capo al danneggiato che dovrà dimostrare che il prodotto era difettoso, che è stato arrecato un danno ed il nesso di causalità tra il difetto ed il danno subito. In questo caso l'onere della prova risulta facilitato rispetto a quello previsto per la responsabilità extracontrattuale, questo perché non vi è bisogno che il danneggiato provi il dolo o la colpa: si è davanti ad un caso di responsabilità oggettiva⁽²⁰⁾.

In conclusione va tenuto conto anche del caso in cui i danni causati da azioni e reazioni del *robot* scaturiscano dall'interazione con l'uomo. Nel caso di specie la questione verte relativamente alla direttiva sulla responsabilità del produttore e si pone per il fatto che i sistemi di IA che si stanno sviluppando e che vedranno presto la luce, saranno dotati (in parte già ora) di capacità cognitive e di adattamento all'ambiente esterno. Tali caratteristiche, tuttavia, precludono ad una imprevedibilità nel comportamento del *robot*. Infatti, le azioni del *robot*, sebbene siano riconducibili alla programmazione originale installata dal produttore o da chi lo ha programmato, potrebbero non esser state progettate nel loro contenuto e a seguito di ciò, per questi motivi, si aprono due strade:

1) se il comportamento del *robot* era stato previsto nei contenuti originari e,

⁽²⁰⁾ In tal caso l'esempio posto in A. SANTOSUOSSO, C. BOSCARATO, F. CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, loc. cit., fa riferimento ad un difetto nel sistema di movimento del cane robotico. Ipotizzano che il *robot* si scontri con una sedia o tavolino in casa del proprietario e faccia a seguito di ciò, cadere un vaso di un valore notevole.

quindi, impostato dal produttore: si è ancora nel perimetro della responsabilità del produttore.

- 2) se, al contrario, il *robot* è dotato di una IA capace di apprendere e di modificare il proprio algoritmo in autonomia mediante l'esperienza, la questione assume dei contorni sicuramente differenti⁽²¹⁾.

La soluzione che la dottrina richiamata propone, infine è quella di regolare la responsabilità in funzione delle varie abilità del *robot* preso in esame, andando a bilanciarla con i diversi soggetti che sono coinvolti. Nel caso di *robot* dotati di IA in grado di autoapprendere la soluzione potrebbe essere quella, tra i vari esempi, di suddividere la responsabilità tra produttore, programmatore ed utente finale. In sede giurisdizionale, in aggiunta, dovrebbe essere verificata la causa del comportamento nocente del *robot* e, pertanto, il soggetto cui è imputabile la responsabilità⁽²²⁾. Si tratta, chiaramente, di una visione, senza dubbio più complessa di quelle già esposte, che, tuttavia, invita ad una profonda riflessione da parte delle istituzioni sull'inadeguatezza dell'attuale plesso legislativo europeo.

⁽²¹⁾ Qui si ipotizza che il cane robotico sia fornito di sensori che gli permettano di interagire con l'ambiente esterno ed elaborare i dati raccolti. Se all'inizio il *robot* segue delle regole standard settate dal produttore, in seguito all'autoapprendimento potrebbe sviare da quelle regole, non ritenute più ottimali per eseguire l'ordine impartito. La questione si pone nel momento in cui, a seguito di tale modifica, dovesse causare un danno al proprietario, ad esempio condurre il proprietario, magari cieco, per una strada sterrata facendolo infortunare. Chi sarebbe responsabile nel caso di specie? Il Comune *ex art.* 2043 c.c. o *ex art.* 2051 c.c. in qualità di custode della strada? Il produttore del cane robotico che ha installato l'algoritmo di autoapprendimento? Il programmatore che ha progettato l'algoritmo senza prevedere delle limitazioni di sicurezza?

⁽²²⁾ È fondamentale sottolineare che le abilità che vengono acquisite tramite l'educazione debbono essere tenute ben distinte da quelle dipendenti *strictu sensu* dall'algoritmo di cui l'IA si serve, in quanto, queste, sono da imputarsi al produttore; oltre a ciò, stando al principio di proporzionalità diretta, più grande è la capacità di apprendimento dell'IA più piccola sarà la "quota" di responsabilità in capo al produttore. Difatti, quest'ultimo, non ha capacità divinatorie su dove porterà l'apprendimento delle nuove abilità da parte dell'IA e su come questa potrebbe essere influenzata. Di contro, meno l'IA sarà automatizzata, rispondendo agli schemi prefissati dai *software* ed algoritmi installati in origine, maggiore sarà la "quota" di responsabilità che si intesterà al produttore (*culpa in educando*).

3. — *Gli istituti di responsabilità del codice civile italiano e la loro compatibilità con i sistemi di IA.*

Dalle osservazioni condotte fino ad ora, ed osservando il quadro europeo, si evince che un soggetto viene imputato di responsabilità extracontrattuale quando un comportamento, di natura dolosa o colposa, da egli tenuto faccia scaturire un danno ingiusto a detrimento di terzi soggetti.

Gli elementi che integrano il paradigma della responsabilità sono: l'elemento soggettivo (quindi dolo o colpa), l'elemento oggettivo (il danno che scaturisce dalla condotta) ed il nesso causale tra la condotta ed il danno. Tale paradigma è quello classico della responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c. italiano. È tuttavia vero che la responsabilità civile, in alcuni casi, può rinvenirsi anche in assenza di dolo o colpa: è il caso degli artt. 2047-2054 c.c. che disegnano delle fattispecie astratte in cui l'elemento soggettivo non è presente per l'attribuzione della responsabilità: in tali casi la responsabilità di chi compie l'azione o l'omissione viene imputata in via presuntiva, fatta salva la prova liberatoria.

Si rammenta che in tema di responsabilità civile e tecnologia, le norme che disciplinano in capo a chi vada il costo del risarcimento devono soddisfare due esigenze: da un lato incentivare lo sviluppo tecnologico e la sicurezza delle tecnologie, di modo tale che l'utenza che si servirà di tali tecnologie acquisti fiducia in esse e nei produttori, dall'altro lato, invece, tutelare coloro i quali subiscano degli eventuali danni con la previsione di appositi strumenti risarcitori, al fine di non lasciare zone grigie o non regolamentate difendendosi con l'argomento che il comportamento dell'IA sia imprevedibile⁽²³⁾.

Tuttavia, se l'orizzonte dentro cui ci si muove si allarga oltre alla considerazione del danno causato dall'IA per via di un difetto di progettazione o programmazione, si può intravedere l'ipotesi in cui tale danno sia occasionato dal malfunzionamento o dall'imprevedibilità del comportamento dell'IA:

⁽²³⁾ Tale visione è approfondita nello studio *RoboLaw* che consta di una nutrita parte di relatori italiani: D6.2 *Guidelines in Regulating Robotics*, 22 settembre 2014, in www.robotlaw.eu, pp. 62-63.

caso in cui la categoria della *res* sembra essere assai traballante e quella dell'*agens* sempre meno fumosa.

È proprio in virtù della eventuale applicazione rigorosa della disciplina consumeristica a tale ultima ipotesi che in dottrina si è cominciato ad osservare quanto potesse essere non soddisfacente l'impianto normativo previsto⁽²⁴⁾. I profili di *strict liability* che discendono da tale disciplina, infatti, appaiono inadatti a regolare una responsabilità afflitta dalle complessità che derivano da una tecnologia in perenne sviluppo e con le caratteristiche già osservate. Le variabili che l'IA mette in gioco, nel paradigma della responsabilità, a causa del suo comportamento potenzialmente imprevedibile, rendono il profilo di *strict liability* eccessivo; il che potrebbe portare ad un disincentivo nella diffusione dell'IA fintanto che non si raggiungesse un certo grado, vicinissimo alla certezza, sulla messa in sicurezza dai rischi che potrebbe causare, al fine di evitare che il produttore incorra in responsabilità.

Tale inadeguatezza delle norme esistenti, che disciplinano l'imputazione della responsabilità civile, è stata sollevata da parte della dottrina⁽²⁵⁾: si è segnalata l'esistenza di un *gap* sulla responsabilità⁽²⁶⁾ come limite per l'applicazione delle norme relative alla *product liability*. Difatti, il presupposto che non può mancare per imputare la responsabilità per danni generati dall'IA corrisponde al controllo che i vari soggetti coinvolti sono in grado di esercitare sul *software*, controllo che mancherebbe a fronte di tecnologie di IA più evolute.

⁽²⁴⁾ La dottrina che osserva ciò è quella di R. LEENES, E. PALMERINI, B.J. KOOPS, A. BERTOLINI, P. SALVINI, F. LUCIVERO, *Regulatory challenges of robotics: some guidelines for addressing legal and ethical issues*, cit., p. 17.

⁽²⁵⁾ Su tutti vedi P. ASARO, *The Liability Problem for Autonomus Artificial Agents*, in *AAAI Symposium on Ethical and Moral Considerations in Non-Human Agents*, Stanford, 2016, p. 190 ss.

⁽²⁶⁾ Lo definisce in tal maniera A. BERTOLINI, *Robots as a product: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules*, cit., p. 233, che si rifà all'opera di A. MATTHIAS, *The Responsibility Gap: Ascribing Responsibility for the Actions of Learning Automata*, in *Ethics and Information Technology*, 2004, 6, p. 175 ss: «According to Matthias, the circumstance that the information stored in an artificial neural network cannot be accessed and controlled at any given moment in time, and the absolute absence of influence in the output obtained through genetic programming methods, cause a fundamental loss of control on the part of the programmer, which makes the attribution of liability unjustified. Said circumstances would therefore highlight the existence of a so-called "responsability gap"».

L'argomento della non prevedibilità delle condotte dei sistemi di IA non permette di valutare *ex ante* il comportamento delle macchine e, di conseguenza, il loro funzionamento deviato rispetto allo standard. Sulla scorta di tale ragionamento, infatti, si afferma che è proprio grazie alla capacità di autoapprendimento che le condotte messe in pratica (o omesse) dall'IA non permettono di fare previsioni. È la presenza della caratteristica dell'autoapprendimento che, da un lato consente il funzionamento peculiare dell'IA, permettendo un aumento della propria autonomia rispetto a quella programmata *ab origine* nel *software*, dall'altro lato, tale caratteristica pone i limiti dell'impianto normativo esistente in tema di responsabilità⁽²⁷⁾.

Di contro, la medesima dottrina⁽²⁸⁾, nota che non è insolito che gli ordinamenti prevedano degli obblighi risarcitori allocati presso soggetti che sono nella pratica incapaci di svolgere un controllo effettivo sulle condotte dei loro sottoposti: ad esempio si evidenzia, nel campo della responsabilità del datore di lavoro per il danno causato dalla condotta di un dipendente: la *culpa in eligendo*⁽²⁹⁾. Anche il concetto di controllo potrebbe venir interpretato in maniera diversa, rifacendosi ad una accezione *latu sensu*, che consenta di ricomprendere anche forme di sorveglianza indirette che permettano di evitare conseguenze dannose maggiori (limitare i danni). È sulla scorta di tali orientamenti che si è instaurato il pensiero che le norme già esistenti sulla *product liability*, nonostante tutto, possano ancora esprimere la loro idoneità a normare il fenomeno, a prescindere dal livello di autonomia della macchina, seppur con i dovuti correttivi.

In tal maniera la responsabilità dei vari soggetti coinvolti può essere evinta sulla base di un raziocinio che allarghi alle applicazioni dell'IA le stesse

⁽²⁷⁾ Ancora P. ASARO, *The Liability Problem for Autonomus Artificial Agents*, cit., p. 192, utilizza a questo proposito un interessante paragone che compara la posizione del programmatore e dell'utente nei riguardi dei sistemi di IA a quella dei genitori nei confronti dei propri figli una volta che questi siano divenuti "adulti" e abbiano pertanto appreso a sufficienza del funzionamento della realtà per poter sopportare *iure proprio* le conseguenze giuridiche delle proprie condotte.

⁽²⁸⁾ P. ASARO, *The Liability Problem for Autonomus Artificial Agents*, cit., p. 236.

⁽²⁹⁾ P. ASARO, *The Liability Problem for Autonomus Artificial Agents*, cit., p. 236.

regole valevoli per categorie di beni o attività ritenute pericolose. È per tali ragioni che i modelli che si esamineranno, e si tenterà di ricondurre alla responsabilità civile per danno da IA, richiamano le *res*, gli animali e i minori.

Il paragone con il danno cagionato dagli animali come quello causato dal minore sono comparazioni intuitive che la dottrina ha relazionato all'IA⁽³⁰⁾. Questo perché, tale pensiero, si basa sull'osservazione che come gli animali anche i robot sarebbero, per loro natura, pericolosi, nonostante passino per un certo grado di "ammaestramento"⁽³¹⁾. La pericolosità intrinseca scaturirebbe dalla non prevedibilità delle condotte degli animali, i quali alle volte agiscono in maniera irrazionale. L'ordinamento giuridico italiano, come anche altri, ha previsto delle regole *ad hoc* per tale tipologia di danni, in modo da imputare il costo del risarcimento in capo a chi si avvale dei benefici che l'animale stesso procura (al pari di un bene). Tale ricostruzione, tuttavia, non è scevra da critiche se si pongono a confronto animali e IA. Le contestazioni che si sono sollevate riguardano, ad esempio, il fatto che il grado di imprevedibilità delle condotte dell'IA, rispetto a quello di un animale, sia nettamente inferiore. Senza dubbio è possibile che alcuni comportamenti dell'IA non rientrino negli standard previsti dal *software* di base, per via dei numerosi dati processati e della complessità delle operazioni di calcolo, ma tali peculiarità non farebbero venire meno la copertura normativa già prevista in altri ambiti. Ragionando in tal maniera: se il comportamento non rientrante negli standard del *software* base dell'IA è prevedibile oppure evitabile, si potrà in-

⁽³⁰⁾ Si veda A. BERTOLINI, *Robots as a product: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules*, cit., p. 228.

⁽³¹⁾ Tale visione è rinvenibile in: R. KELLEY, E. SCHAEERER, M. GOMEZ, M. NICOLESCU, *Liability in robotics: an international perspective on robot sas animals*, in *Advances Robotics*, 24(13), 2010, p. 1861 ss., nel quale articolo viene fatta la distinzione tra animali domestici e selvatici (questi ultimi naturalmente pericolosi in quanto si affidano al solo istinto), così da insinuare che i proprietari di tali animali debbano sottostare ad un regime di *strict liability*, che non preveda una verifica del grado della colpa, e di conseguenza l'applicazione di un regime di responsabilità più gravoso rispetto a quella applicabile a chi è proprietario di un animale domestico. È utile annoverare sul tema anche C. BOSCARATO, *Who is Responsible for a Robot's Action? An Initial Examination of Italian Law within a European Perspective*, in B. VAN DEN BERG, L. KLAMING (eds.), *Technologies on the Stand: Legal and Ethical Questions in Neurosciences and Robotics*, Nijmegen, 2011, p. 93 ss.

terpellare il produttore. Ad ogni modo la dottrina⁽³²⁾ ha osservato che anche se non sia possibile, al livello attuale di sviluppo tecnologico, progettare IA completamente sicure, si può sempre ricorrere a delle limitazioni dell'autonomia e delle capacità di tali sistemi.

Altra fattispecie che percorre una simile *ratio* è la già citata responsabilità dei genitori per il fatto dei figli minorenni. Nell'ordinamento italiano, il regime di responsabilità che può essere applicato relativamente al danno cagionato da minori o animali è pressochè similmente infuso del principio della *strict liability*. Tali osservazioni non sono contenute nell'ambito applicativo dell'art. 2048 c.c. e 2052 c.c. e, nonostante ciò, la normativa italiana permette di temperare le agitate acque di questo regime attraverso lo strumento della prova liberatoria, nel momento in cui i soggetti a cui viene imputata la responsabilità *ope legis* dimostrino di non aver potuto impedire l'accadimento del fatto, o per una impossibilità oggettiva di evitare la condotta dannosa, o per il caso fortuito che ha generato il fatto⁽³³⁾.

L'accorpamento che si opera tra il regime di responsabilità per i danni prodotti dall'IA a quello applicabile ai padroni di animali o ai genitori con figli minorenni, nonostante sembri registrare notevoli apprezzamenti in dottrina, presenta delle criticità che sono state evidenziate da altri commentatori⁽³⁴⁾. Tale differente pensiero evidenzia la diversità esistente tra animali e IA notando che ci sono elementi che non si riscontrano in entrambi: ad esempio la capacità di autodeterminazione e l'istinto che permettono di svolgere anche condotte diverse da quelle per cui sono stati ammaestrati o istruiti. Ed è alla presenza di queste caratteristiche che gli animali possono agire in maniera sconsiderata causando dei danni, a differenza dell'IA che invece non può compiere azioni o processi differenti da quelli per cui è stata progettata,

⁽³²⁾ Non solo A. BERTOLINI, *Robots as a product: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules*, cit., p. 228, ma anche A. SANTOSUOSSO, C. BOSCARATO, F. CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, loc. cit.

⁽³³⁾ U. PAGALLO, *The Law of Robots. Crimes, Contracts, and Torts*, in: *Law, Governance and Technology Series*, 10, Springer, New York, 2013, pp. 128-129.

⁽³⁴⁾ Cfr. A. BERTOLINI, *Robots as a product: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules*, cit., p. 227.

al contrario, tuttavia, possono elaborare calcoli errati se vi è una considerazione sbagliata delle variabili da tenere in conto. Da tali osservazioni si nota come il grado di autonomia tra i due elementi sia assai diverso, nonostante i detrattori di tale impianto, che equipara IA ad animali domestici, non escludano la possibilità che il programmatore e/o l'utente possano essere investiti della responsabilità a seguito di un comportamento indesiderato⁽³⁵⁾.

Si denota, inoltre, che un elemento determinante come quello della coscienza, assente all'attuale stadio evolutivo della tecnologia di IA, non permetta di configurare una autonomia giuridica, come introdotto nel primo paragrafo di questo capitolo. Neanche il carattere interattivo delle condotte poste in essere dall'IA, specificamente la caratteristica di interagire con l'ambiente esterno in maniera intelligente e quella di autoapprendere, implicano che le azioni siano il risultato di autonomia e autodeterminazione: la conseguenza è che, stando a quanto affermato, le uniche previsioni che siano in grado di essere applicate all'IA, quando questa produca un danno, sarebbero quelle relative alla responsabilità derivante da prodotti difettosi.

Altra fattispecie che è riconducibile all'utilizzo dell'IA è quella della responsabilità del custode (art. 2051 c.c.). Nella ricostruzione della responsabilità mediante questa fattispecie, tuttavia, si nota subito una limitazione che la dottrina non ha perso tempo a sottolineare⁽³⁶⁾: la difficoltà di identificare il soggetto "custode" e, quindi, il soggetto su cui ricade la responsabilità per il danno causato dall'IA. In tale preliminare ipotesi infatti vi sono delle variabili che non permettono di determinare in maniera agevole quale sia il soggetto che custodisce l'IA, a differenza delle *res* tangibili. La regola dell'art. 2051 c.c. alloca la responsabilità in capo al soggetto che ha un potere di controllo che egli normalmente esercita sulla *res* tangibile; diversamente davanti ad una IA tali condizioni non sembrano essere sovrapponibili. Il controllo sull'IA risulta, infatti, frammentato a causa della immaterialità del sistema, il cui controllo ricade su soggetti diversi e pertanto, come già evidenziato dalla

⁽³⁵⁾ A. BERTOLINI, *Robots as a product: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules*, loc. cit.

⁽³⁶⁾ G. SATOR, *L'intenzionalità degli agenti software e la loro disciplina giuridica*, in *Dir. inf. e informatica*, 2003, pp. 55-87.

dottrina, non sarebbe equo centralizzare sull'utente il potere di signoria che varrebbe ad identificarlo come responsabile per i danni causati dall'IA. In tal caso il concetto di "custodia" dovrebbe essere elastico per permettere di ricomprendere anche altri soggetti⁽³⁷⁾.

Questi elencati sembrano al momento i modelli attraverso i quali è possibile ricostruire una responsabilità da danno causato dall'IA nonostante le evidenziate criticità. Ed è attraverso questi modelli che la giurisprudenza sta tentando di rintracciare un paradigma adeguato alla soluzione del problema in mancanza di una disciplina *ad hoc*. Tuttavia, come già preluso, il Parlamento Europeo si sta muovendo già in questa direzione, mettendo in moto il legislatore, affinché si introduca un nuovo paradigma della responsabilità, che sia aperto ad una visione più a lungo raggio dell'IA e delle problematiche che possono emergere⁽³⁸⁾.

4. — *Conclusioni.*

La breve esposizione che si è presentata ha posto l'accento sul dibattito in corso sull'idoneità o meno del quadro giuridico, nazionale ed europeo, a

⁽³⁷⁾ Nell'*excursus* appena menzionato, ad esempio, si osserva come l'utente verrebbe identificato, in maniera ingiusta, come custode per l'imputazione del costo del danno provocato dall'IA quando, tale soggetto, non ha il potere di modificare il *software*, il quale è il cuore pulsante che definisce il funzionamento (o, eventualmente, il malfunzionamento).

⁽³⁸⁾ P. ASARO, *The Liability Problem for Autonomus Artificial Agents*, loc. cit., sostiene che, sia in campo penale che in campo civile, la fittizia equiparazione delle forme di IA alle persone fisiche o giuridiche (equiparazione che per certi versi si ritrova alla base di alcune ricostruzioni della responsabilità penale di questi agenti) non costituisca un'operazione appagante né risolutiva. Si giunge così a distinguere tra possibili soluzioni di lungo periodo e di breve periodo: nel lungo periodo, egli profetizza quale nodo cruciale la scelta di attribuire a enti dotati di una propria autonomia di una personalità giuridica, analogamente a quanto accade con le persone fisiche e le persone giuridiche; nel breve periodo, invece, il problema rimane non privare i consumatori dei benefici dell'innovazione, senza però lasciare sguarniti di tutela coloro che dovessero soffrire di danni cagionati dall'implementazione dei sistemi di IA. Si tratta di un elemento di non secondario momento, sol che si consideri il diffuso scetticismo che circonda talora alcune delle tecnologie più innovative (si pensi alle *self-driving car*) e all'effetto dirompente in termini reputazionali che episodi negativi, anche fortuiti, possono sortire.

regolare il rapporto di responsabilità civile nel caso in cui un danno sia provocato da una IA. L'opzione più visionaria è senza dubbio quella della previsione di uno *status* giuridico specifico per l'IA, la quale, tuttavia, si presenta come un *farmakòn*⁽³⁹⁾. La visione dell'IA come una *res*, la quale può essere facilmente incasellata nella categoria dei beni di consumo, è l'inquadramento che ancora oggi predomina e che, buona parte della dottrina, accoglie ma critica allo stesso tempo. La critica, tuttavia, non coinvolge (se non in parte) il presente, ma l'orizzonte futuro verso il quale le tecnologie di IA sembrano direzionarsi. In un tempo non troppo lontano si arriverà a sviluppare IA con capacità cognitive e di coscienza che possano eguagliare, se non anche superare, quelle umane e a quel punto non si potrà più utilizzare la categoria delle *res* per qualificare un "qualcosa" che prende delle decisioni e può, eventualmente, causare dei danni a terzi o alle cose. La categoria dell'*agens*, con alta probabilità risulta eccessiva per lo stato dell'arte in cui versa in questo momento storico l'IA, seppur inizia a manifestarne alcuni profili, ma la riflessione condotta in questo capitolo dimostra come ragionare anche in tali termini sia utile al fine di definire quale sia la cornice in cui muoversi quando si parla di responsabilità civile e IA. Fino a nuovi sviluppi tecnologici resta ferma la disciplina giuridica che si è evidenziata sul piano nazionale e sovranazionale, ma i legislatori sono in fermento sulla nuova regolamentazione della materia, consci del fatto che tale impianto diventa obsoleto ed inadeguato ogni giorno che passa. L'augurio che ci si fa è che si trovino nuovi strumenti giuridici che vadano oltre il piano spaziale e che riescano ad essere rapidamente cangianti, perché la tecnologia di IA, come si è detto, viaggia ad una velocità ben superiore rispetto a quella di un qualsiasi legislatore delle odierne democrazie.

⁽³⁹⁾ Nell'accezione greca *farmakòn* significa, allo stesso tempo, cura e veleno, per cui, parlando di *farmakòn* si vuole intendere che lo *status* giuridico "personalità elettronica" che si vorrebbe prevedere per l'IA, sarebbe cura e problema dello stesso problema, andando a sua volta a causare ulteriori quesiti giuridici come già evidenziato.

SABRINA BRIZIOLI^(*)

DIRITTO D'AUTORE E OPENNESS

ABSTRACT: The essay analyzes the two crucial features of digital creativity: copyright and openness. In fact, on the one hand the dematerialization and freedom of communication of knowledge have not drastically led to the end of copyright nor have they hindered the development of creativity and innovation. On the other hand there is a great interest in multiple open expressive forms and models. Against this background, the author focuses on the new instances of copyright and the prerogatives of openness also considering their social and technological consequences for the scientific community.

SOMMARIO: 1. Creatività digitale: modello proprietario e logiche aperte. – 2. La tutela delle opere creative e la sfida del tempo. – 3. Cronistoria dell'*openness*. – 4. Aperture autorizzate: libere utilizzazioni, eccezioni e limitazioni. – 5. *Open Access* e *Copyright*. – 6. Le licenze. – 7. Conclusioni.

1. — *Creatività digitale: modello proprietario e logiche aperte.*

Un elemento essenziale della disciplina del diritto d'autore⁽¹⁾ è l'atto creativo da intendersi come «espressione di una creatività soggettiva che scaturisce dall'impronta individuale dell'autore e prescinde dal valore astrattamente attribuibile o dal genere [...] cui appartiene»⁽²⁾. Come specificato in numerose pronunce della giurisprudenza, l'opera dell'ingegno deve avere carattere creativo reso in forma espressiva⁽³⁾ e, in quanto esito del dispendio di ener-

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Ulteriori connotati dell'opera dell'ingegno sono l'originalità, riferita alla forma espressiva, e la novità riguardante la diversità concreta del realizzarsi rispetto ad altri esemplari pur concernenti il medesimo argomento.

⁽²⁾ *Ex multis*, Trib. Bari, 31 dicembre 2012, in *Danno e resp.*, 2013, 8-9, p. 879.

⁽³⁾ Ne deriva che l'idea-intuizione seppur originale, ma priva di una realizzazione tecnica, non è tutelabile perché non formalizzata o esteriorizzata. In tal senso, Cass., 13 febbraio

gie, lavoro e investimento di tempo, è il risultato di una attività meritevole di tutela e riconoscimento del talento espressivo del suo creatore⁽⁴⁾.

La Corte di Cassazione ha affermato come il concetto giuridico di creatività, presupposto della protezione accordata dalla legge sul diritto d'autore, «postula che l'opera dell'ingegno sia frutto di “personale e individuale espressione di una soggettività” [...] e consiste non già nell'idea alla base della sua realizzazione “ma dalla forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività”»⁽⁵⁾. Tale assunto conferma quanto espresso in sede eurounitaria dalla Corte di Giustizia che, per l'appunto, descrive l'espressione della creatività come il riflesso della personalità dell'autore, una manifestazione delle sue scelte libere e creative⁽⁶⁾.

La creatività, nel distinguersi da connotati quali la novità e l'originalità, è postulato della personale e individuale espressione appartenente all'opera ed è dall'atto creativo che si originano «non solamente i diritti cosiddetti morali indissolubilmente legati alla persona dell'autore, ma anche le facoltà ricomprese nel diritto di natura patrimoniale»⁽⁷⁾.

Le interpretazioni offerte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nonché i principi consolidatisi nel corso degli anni in merito alla titolarità dei diritti morali e allo sfruttamento economico sulle opere di ingegno, hanno risentito, tuttavia, dell'espansione capillare e della complessità della realtà digitale

1987, n. 1558, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2154; Cass., 2 dicembre 1993, n. 11953, in *Dir. autore*, 1994, p. 593; Trib. Bologna, 17 febbraio 2015, in *Pluris*, 2015.

⁽⁴⁾ L'accertamento del carattere originale o creativo, finalizzato alla protezione di una opera rispetto ad altra che si assume esserne un plagio, è rimesso all'incensurabile valutazione del giudice di merito, sorretta da congrua motivazione e esente da errori logici e giuridici. Così Cass., 25 gennaio 1968, n. 202, in *Ced Cassazione*. Rispetto alla sindacabilità della valutazione che si risolve in un giudizio di fatto, la stessa occorre in sede di legittimità soltanto per eventuali vizi di motivazione, cfr. Cass., 13 giugno 2014, n. 13524, in *Ced Cassazione*.

⁽⁵⁾ Si veda Cass., 29 maggio 2020, n. 10300, in *Ced Cassazione*, che richiama sul punto al precedente orientamento espresso da Cass., 28 novembre 2011, n. 25173, *ivi*.

⁽⁶⁾ Corte giust., 12 settembre 2019, C-683/17, Cofemel-Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV, par. 30.

⁽⁷⁾ M. AMMENDOLA, voce *Diritto d'autore*, in *Dig. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 372.

che, avvalendosi di una pregnante tecnologia, ha deformato sia il *proprium* del processo creativo⁽⁸⁾ sia la sua estrinsecazione⁽⁹⁾.

La digitalizzazione ha dato impulso a nuove modalità di espressione della creatività individuale, basti pensare ai programmi per elaboratori e alle opere multimediali⁽¹⁰⁾, e, allo stesso tempo, ne ha ampliato la rappresentazione, la fruizione e la trasmissione (ad esempio sfruttando internet o avvalendosi della distribuzione via satellite).

Ne deriva, quindi, una contrapposizione tra le infinite e incontrollate forme di riproduzione dell'opera, attraverso l'abbattimento di barriere tecniche e costi, e l'interesse principale ed esclusivo del creatore-autore di stabilire e controllare la disponibilità di quanto realizzato. Le nuove condizioni scaturite dalla dematerializzazione hanno imposto una rivisitazione dell'approccio classico al diritto d'autore, una maggiore attenzione a concetti quali la trasmissibilità e condivisione dei contenuti digitali e una ridefinizione delle reti proprietarie che, accumulandosi sulle opere, ne influenzano le modalità di utilizzazione.

Il giusto equilibrio tra questi due poli ha comportato il ricorso a strumenti e istituti giuridici che, ammodernando la disciplina del diritto d'autore, si sono adattati all'evoluzione delle nuove tecnologie ponendosi, altresì, come scopo quello di assicurare la trasparenza e l'accessibilità.

In realtà, la dematerializzazione e la libertà di comunicazione della creatività digitale non hanno comportato di per sé la desuetudine del diritto

⁽⁸⁾ Le espressioni creative legate al digitale e al multimediale hanno creato nuove soggettività al punto che la personalità del creatore coincide con quella dell'utilizzatore delle opere creative. Neologismi sono stati indicati dalla dottrina tanto che si parla di *prosumer* (crasi tra i termini anglosassoni di *producer* e *consumer*) e di *produser* (fusione di *producer* e *user*). Si veda *ex multis*, S. ALIPRANDI, *Capire il Copyright. Percorso guidato nel diritto d'autore*, Milano, 2012, p. 46.

⁽⁹⁾ Da ultimo, Cass. (ord.), 15 giugno 2022, n. 19335, in *Ced Cassazione*.

⁽¹⁰⁾ Anche in questi casi, come avviene per altra opera, deve sussistere il requisito della creatività ritenuto sussistente anche qualora l'opera sia composta da idee e nozioni semplici ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia propria dell'opera stessa. Tuttavia, tali idee e nozioni devono essere formulate e organizzate in modo personale e autonomo rispetto alle precedenti. Così, Cass., 12 gennaio 2007, n. 581, in *Ced Cassazione*.

d'autore né hanno ostacolato lo sviluppo dell'ingegno creativo ma, al contrario, hanno alimentato la produzione di contenuti conoscitivi innovativi per lo sviluppo della industria creativa. Infatti, la *Web Economy*⁽¹¹⁾, fenomeni digitali quali *open source* e movimenti *no copyright*, *cyberpunk*⁽¹²⁾ e *cyber arts*⁽¹³⁾ non hanno vanificato la tutela del diritto d'autore⁽¹⁴⁾, piuttosto, si è assistito, ad un progressivo ammodernamento dell'istituto ad opera dei diversi formanti (normativo, giurisprudenziale e dottrinale) a tutti i livelli.

Se da un lato è sicuramente vero che il diritto d'autore ha risentito più di ogni ambito dei cambiamenti della società dell'informazione è altrettanto vero che l'introduzione di più specifiche discipline a livello nazionale e europeo ne hanno garantito una ridefinizione nell'oggetto e forme di tutela.

Il periodo che va dal *dot-com boom* (fine anni '90-2000) sino all'affermarsi delle nuove tecnologie (cd *data-centric*) è stato caratterizzato da un progressivo abbandono dell'approccio tradizionale al diritto d'autore e la revisione degli istituti classici della proprietà intellettuale.

La predisposizione di nuove piattaforme *web-based* ha comportato la re-

⁽¹¹⁾ La *Web Economy* rappresenta il fenomeno economico-sociale innescato dal *world wide web* e caratterizzato dal dilagare della tecnologia nelle comunicazioni, l'emergere di infrastrutture web e dalla commercializzazione tramite mercati virtuali aperti ad una grande quantità di beni e prodotti. Rispetto alle ripercussioni economico-finanziarie, la *Web Economy* ha inciso negativamente sul modello di *New Economy* in ragione della bolla speculativa del settore informatico e la crisi delle imprese dot.com.

⁽¹²⁾ La corrente postmoderna denominata *cyberpunk* integra l'*information technology*, la cibernetica e il cyberspazio e, quando adottata come stile nelle opere letterarie, supera la pura fantascienza introducendo una forte caratterizzazione sociale e politica. Alcune tematiche proprie della robotica, telematica, realtà virtuale, biotecnologie sono elaborate criticamente e, talvolta, in una vena contestataria analogamente all'approccio del movimento *punk* (da qui la denominazione *cyberpunk* come crasi della cibernetica e *punk*).

⁽¹³⁾ Le *cyber arts* nascono da una nuova estetica delle forme di arte e dall'impiego di software per la loro produzione. Hanno spesso un carattere interattivo e multimediale e non si limitano alla realizzazione di immagini quanto, piuttosto, creano contesti, installazioni e progetti in rete grazie all'uso della tecnologia.

⁽¹⁴⁾ A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Santarcangelo di Romagna, 2018, p. 332.

sponsabilizzazione dei *content provider*⁽¹⁵⁾ come nuovi intermediari della conoscenza⁽¹⁶⁾ e l'apertura a nuovi mercati⁽¹⁷⁾. A ciò si è aggiunta, con particolare riferimento al contesto europeo, la necessità di armonizzare i diritti fondamentali degli autori e le nuove forme di accessibilità tra gli Stati Membri, al fine di ridurre le discrepanze nazionali e garantire un livello di tutela necessario a dare impulso agli investimenti nella creatività e promuovere la diversità culturale⁽¹⁸⁾.

Il progresso tecnologico ha rappresentato il primo banco di prova per gli scettici dell'applicazione dei concetti e istituti della proprietà intellettuale all'opera fruita attraverso il *medium* digitale. Di ciò si è fatta interprete, in prima battuta, la giurisprudenza nazionale che è più volte intervenuta nelle molteplici questioni circa i diritti esclusivi riconosciuti agli autori sulle opere digitali presenti in rete.

All'indomani del crescente uso delle opere di ingegno tramite l'accesso ad internet, la giurisprudenza di merito si è dapprima espressa nel senso di una equiparazione delle forme di tutela, ribadendo come la gratuità dell'accesso attraverso il *medium* digitale non snaturi la tutela dell'opera pubblicata in rete⁽¹⁹⁾. Seguendo il percorso interpretativo del formante giurisprudenziale, è interessante l'esegesi sviluppatasi in tema di nome a dominio⁽²⁰⁾ nelle

⁽¹⁵⁾ F. DI TANO, *Prospettive de iure condendo sulla responsabilizzazione dei content provider*, in *Inform. e dir.*, XXVI, 2017, n. 1-2, p. 113 ss. Nell'ambito della giurisprudenza nazionale e europea richiamata in tema si segnalano tra le molteplici pronunce: Cass. pen., 27 dicembre 2016, n. 54946; CEDU, 2 febbraio 2016, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.Hu Zrt v. Hungary*, Application no. 22947/13.

⁽¹⁶⁾ P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, Napoli, 2021, p. 82.

⁽¹⁷⁾ H.R. VARIAN, J. FARRELL, C. SHAPIRO, *The Economics of Information Technology: An Introduction*, Cambridge, 2004.

⁽¹⁸⁾ J. PILA, A. OHLY, *The Europeanization of Intellectual Property Law: Towards a European Legal Methodology*, Oxford, 2013.

⁽¹⁹⁾ Trib. Cuneo, 23 giugno 1997, in *Giur. piem.*, 1997, p. 493.

⁽²⁰⁾ Il nome a dominio (*domain name* o *host name*) è la versione alfabetica di una serie numerica identificativa di un computer connesso alla rete dotato di un IP. Attraverso il nome a dominio gli utenti possono fruire dei servizi di internet e lo stesso è visibile come indirizzo di posta elettronica o di URL.

ipotesi in cui ad essere contestata non sia stata soltanto la funzione tecnica del medesimo nell'ambito dei codici comunicativi nella rete internet, bensì il suo contenuto conoscitivo corrispondente al titolo di un'opera e, pertanto, l'assoggettabilità alla tutela della legge sul diritto d'autore⁽²¹⁾. Inoltre, in dottrina è stata segnalata l'interpretazione estensiva delle norme sul diritto d'autore da parte della giurisprudenza di merito con riguardo ai titoli di *mailing list*, *meta tag*, *link* e *email*⁽²²⁾. A tal proposito, rileva come tali pronunce siano state condizionate sia dalle sentenze dei giudici europei sia dagli orientamenti dottrinali oltreoceano⁽²³⁾ e l'applicazione al caso concreto abbia consentito l'ingresso delle nuove fenomenologie digitali nel *corpus* delle disposizioni in tema di proprietà intellettuale⁽²⁴⁾.

Attualmente, il processo di ammodernamento del diritto d'autore non può dirsi concluso.

Si assiste ad un bilanciamento tra la protezione accordata all'autore dell'opera e l'interesse pubblico all'accesso a molteplici forme espressive mediante il modello *openness*⁽²⁵⁾. Quest'ultimo concerne quell'insieme di prerogative

⁽²¹⁾ Per una completa disamina sulla questione si veda A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, cit., p. 361 ss.

⁽²²⁾ A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, cit., pp. 373-374.

⁽²³⁾ A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, cit., p. 377.

⁽²⁴⁾ Si precisa come il grimaldello giuridico per mezzo del quale stabilire o meno la tutela sia stato l'art. 100 della l.d.a. che per l'appunto recita: «il titolo dell'opera, quando individui l'opera stessa, non può essere riprodotto sopra altra opera senza il consenso dell'autore». Più precisamente il secondo comma a tenore del quale il divieto non si estende «ad opere di specie o di carattere così diverso da potersi escludere ogni possibilità di confusione»

⁽²⁵⁾ Salvo quanto verrà più compiutamente detto nel prosieguo, l'*openness* (tradotto variamente come apertura o accessibilità), rappresenta in primo luogo un approccio attualissimo e dilagante in molteplici settori (ad esempio nell'ambito bancario, finanziario e del mercato in generale). Il suo scopo è creare spazi (ecosistemi) sempre più ampi in cui lo scambio di dati e informazioni avviene in maniera semplificata e fluida. Così, il flusso informativo non è più ancorato a decisioni gerarchiche, burocratizzate, bensì gestito al fine di garantire una maggiore disponibilità e incrementare sviluppi.

che consentono l'apertura di contenuti ormai dilagante in molti settori⁽²⁶⁾. Lungi dall'essere esclusivamente considerata come una strategia unitaria per "fare una buona operazione di *public relation*"⁽²⁷⁾, l'*openness* rappresenta la matrice concettuale e nozionistica di molti fenomeni sociali quali, solo per citarne alcuni *Open Science*, *Open Access*, *Open Data*, *Open Government* e si spinge oltre le semplicistiche considerazioni economiche della gratuità nella distribuzione dei contenuti. La storia della cultura *open* è contrassegnata dalla continua ricerca di soluzioni che accompagnano le pratiche tradizionali del diritto d'autore e lo sforzo del diritto di garantire, tutelandola, la fruizione di una grande quantità di materiale coperto da *copyright*.⁽²⁸⁾

Tale nuovo paradigma di gestione comporta almeno un triplice ordine di considerazioni rispetto al suo rapportarsi con la disciplina del diritto d'autore.

In primo luogo, in termini di opportunità, è necessario ponderare l'esclusività dei diritti di sfruttamento economico e la salvaguardia dei diritti morali da una parte e l'apertura dei contenuti dall'altra. La società dell'informazione, animata dalla continua produzione di conoscenza, potenzia l'attitudine dell'uomo alla ricerca di maggiori informazioni e dati⁽²⁹⁾ e implica una crescente sensibilizzazione dell'opinione pubblica riguardo all'impatto sulla tutela della proprietà intellettuale.

In secondo luogo, è prospettabile che il processo di adeguamento della disciplina del diritto d'autore alla cultura dell'*openness* continui nella prassi e coinvolga la gestione di matrici conoscitive tradizionalmente non ricomprese nella disciplina positivizzata. Si pensi, infatti, ad un soggetto titolare dell'esclusivo controllo di dati incorporati all'interno di un file tutelato da diritto d'autore, oppure l'essere autore di poche parole che, in sé considera-

⁽²⁶⁾ Per una approfondita analisi dell'*openness* si veda M. WELLER, *La battaglia per l'Open. Come l'open ha vinto, ma non sembra una vittoria*, trad. S. Aliprandi, Milano, 2021, p. 36.

⁽²⁷⁾ M. WELLER, *La battaglia per l'Open. Come l'open ha vinto, ma non sembra una vittoria*, cit., p. 199.

⁽²⁸⁾ M. WELLER, *La battaglia per l'Open. Come l'open ha vinto, ma non sembra una vittoria*, cit., p. 203.

⁽²⁹⁾ A. VITERBO, A. CODIGNOLA, *L'informazione e l'informatica nella società della conoscenza*, in *Dir. inf. e informatica*, 2002, p. 23.

te, costituiscono una creazione intellettuale ricompresa nella protezione del diritto d'autore⁽³⁰⁾.

In terzo luogo, ma in senso opposto alle precedenti osservazioni che militano a favore del regime *open*, occorre porre attenzione allo sviluppo di ulteriori misure di protezioni di natura tecnica che, di fatto, limitano l'apertura alle informazioni o ai *dataset*. Tali misure rinforzano gli effetti giuridici dei diritti di esclusiva previsti dalla legge e influenzano il controllo su oggetti, come i dati, che non sarebbero *stricto sensu* ricompresi nel diritto d'autore⁽³¹⁾.

La composizione degli interessi di queste due prospettive, il diritto d'autore per un verso e l'*openness* per l'altro, è di fatto ancora in divenire. Nonostante una forte propensione all'*openness*, il quadro normativo attuale è spesso interpretato con un *favor* per le prerogative proprietarie e anche in prospettiva *de iure condendo* rispetto alla apertura del materiale conoscitivo, le maggiori problematiche si riscontrano in merito ad aspetti quali la determinazione delle modalità di accesso, le barriere tecniche/tecnologiche, la concettualizzazione di prerogative come il riutilizzo e redistribuzione funzionali all'*open*.

2. — *La tutela delle opere creative e la sfida del tempo.*

Per comprendere le future prospettive del diritto d'autore e il suo articolarsi con l'*openness*, occorre ripercorrere brevemente lo svilupparsi della sua disciplina. Le ricostruzioni storiche della tutela della proprietà intellettuale sono concordi nell'ancorare la nascita del diritto d'autore nell'epoca moderna.

⁽³⁰⁾ In tal senso l'interpretazione della CGUE nel caso *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*. CGUE C-5/08, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, 16 luglio 2009, ECLI:EU:C:2009:465.

⁽³¹⁾ P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, cit., p. 87; R. CASO, *Misure tecnologiche di protezione: cinquanta (e più) sfumature di grigio della Corte di giustizia europea*, in *Trento Law and Technology Research Group. Research Papers*, 2014, n. 19, consultabile in eprints.biblio.unitn.it/4271/.

Originariamente i prodotti dell'ingegno non erano assistiti dalla tutela della proprietà intellettuale né agli autori erano attribuite espressamente prerogative assimilabili a diritti o privilegi morali o economici. Al contrario, le opere, oggetto di manipolazioni, aggiunte, trasformazioni erano fruite liberamente e le modalità incontrollate di circolazione ne facilitavano sia la diffusione sia la notorietà dell'autore *ad perpetuam rei memoriam*.

Nell'antica Roma, ove la pubblicazione dell'opera era realizzata mediante la lettura in pubblico, incominciava a profilarsi la distinzione tra *corpus mysticum* e *corpus mechanicum* nella proprietà dell'opera: vi era, perciò, una differenza tra l'autore (*auctor*) e il creatore del supporto fisico o l'acquirente del manoscritto (*emptor*)⁽³²⁾.

Rispetto alle azioni a tutela dell'autore, era prospettabile l'*actio iniuriam aestimatoria* di natura penale, in presenza dell'*animus iniuriam* e a fronte di condotte illecite riconducibili al plagio. Le fattispecie ascrivibili erano quelle di alterazione o appropriazione della paternità delle opere letterarie o artistiche.

La caduta dell'impero romano ha comportato il ritirarsi della cultura e della conoscenza dal grande pubblico e nel Medioevo la protezione dell'opera ha risentito delle peculiari concezioni di proprietà e delle pratiche commerciali dell'epoca: risale a tale periodo la maledizione riportata sullo Specchio sassone e formulata dall'autore nei confronti dell'uso illecito della medesima o alterazioni non autorizzate⁽³³⁾. Solo con il sorgere delle università e la na-

⁽³²⁾ Già Seneca sottolineava la duplice natura della proprietà sui libri quando affermava che «per una stessa cosa ci sono due padroni. Come? Perché uno ha la proprietà di quella cosa, l'altro l'uso. Diciamo i libri di Cicerone; quegli stessi libri il libraio Doro li definisce suoi ed è vera sia l'una che l'altra affermazione: il primo se li attribuisce come autore, il secondo come compratore; e ben a ragione si dice che sono di tutti e due, perché effettivamente di tutti e due, ma in diverso modo. E così Tito Livio può ricevere o comprare dal libraio Doro i suoi propri libri»: SENECA, *I benefici*, VII, 6, testo latino, introduzione, versione e note di S. Guglielmino, Bologna, 1983, p. 433.

⁽³³⁾ La maledizione riportava: «sia maledetto chi utilizzi questo libro in modo illecito o peccaminoso e che la lebbra affligga chi ne modifichi il contenuto [...]. Consegni questo messaggio a Satana e lo segua all'inferno chi vuole passare l'eternità in sua compagnia» E. VON REPGOW, *Sachsenspiegel*, trad. dal tedesco medievale di Paul Kaller, Monaco, 2002, p. 15.

scita delle prime officine scrittorie, si è sviluppata una domanda di testi letterari e un più generale interesse alla tutela dei loro autori.

L'avvento della stampa a caratteri mobili ha segnato la svolta verso un modello commerciale di distribuzione di copie a pagamento e alimentato l'attenzione sui concetti di "opera originale" e "copie legittime dell'originale".

Contrariamente a quanto si possa pensare, inizialmente i veri interessati a contrastare fenomeni di contraffazione non sono stati gli autori, bensì gli stampatori. Ecco perché le prime forme di protezione della proprietà intellettuale hanno assunto la forma di privilegi⁽³⁴⁾, spesso accompagnati dal potere di far ricorso all'autotutela privata⁽³⁵⁾. La misura della confisca e la conseguente distruzione delle copie contraffatte, hanno rappresentato gli strumenti idonei a garantire un monopolio sulla stampa e solo in età più moderna si è assistito al diverso interesse collettivo alla produzione e diffusione di opere originali. Il sistema dei privilegi si è concluso con l'avvento dello stato moderno quando gli autori hanno iniziato a farsi portavoce di propri interessi sulle opere di ingegno. Quello d'autore è nato come diritto di esclusiva la cui disciplina è stata articolata nelle leggi che si sono susseguite fino ai giorni nostri. Se l'avvento di una nuova tecnica, come la stampa a caratteri mobili, ha innescato il controllo sul *corpus mechanicum* e sulle modalità di utilizzazione e riproduzione pubblica dell'opera, il cambiamento sociale di epoca moderna ha determinato un ulteriore passo in avanti verso la tutela del *corpus mysticum* come prodotto dell'ingegno e della creatività.

Lo sviluppo delle prime normative nazionali in tema di diritto d'autore ha permesso anche una distinzione delle tutele riconosciute al creatore dell'opera. Mentre nei sistemi di *common law* la matrice utilitaristica ha comportato l'attribuzione di diritti patrimoniali affinché l'autore possa promuovere il

⁽³⁴⁾ La ratio del privilegio risiedeva nel controllo all'importazione dall'estero di nuova tecnologia, la possibilità di generare profitti tassabili e censurare preventivamente il contenuto dei libri.

⁽³⁵⁾ R. CASO (a cura di), *Digital rights management. Problemi teorici e prospettive applicative*, in *Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 21-22 marzo 2007*, Trento, 2008, p. 15.

progresso, l'economia e la letteratura attraverso il suo lavoro, le leggi adottate dalla Francia rivoluzionaria, e di seguito in tutta l'Europa continentale, hanno fatto propria la concezione giusnaturalistica-romantica dell'opera, riconoscendo anche il diritto innato morale del suo autore.

Tale differente impostazione è all'origine del concetto di *copyright* e al suo ontologico distinguersi dal diritto d'autore. Il significato letterale del termine *copyright* è "diritto di copia" e concerne, più specificamente, il diritto di produrre e distribuire le copie dell'opera originale. Il diritto d'autore è riferibile, invece, ad un bagaglio di tutele più ampio che implica la protezione di diritti morali e patrimoniali riconosciuti agli autori delle opere. È, pertanto, riconducibile a queste diverse radici storiche la differente terminologia "*copyright*" e "diritto d'autore", sebbene nel linguaggio comune i due termini vengano spesso utilizzati come sinonimi per indicare oggetto e tematiche inerenti la proprietà intellettuale sulle opere di ingegno⁽³⁶⁾.

Fatta tale precisazione, e tornando ai cenni storici, nell'Italia pre-unitaria divisa in tanti stati, le questioni del diritto d'autore hanno anche risentono della mancanza di una normativa positivizzata a livello di diritto internazionale privato, comportando, di fatto, l'adozione del principio della reciprocità quando necessario⁽³⁷⁾. Il sistema dei privilegi di natura concessoria è continuato fino all'emanazione del codice civile albertino del 1838 ove è stato affermato per la prima volta il riconoscimento della proprietà degli autori sulle produzioni dell'ingegno⁽³⁸⁾. Le disposizioni civilistiche sono state assistite dalle sanzioni del codice penale per gli illeciti realizzati a danno degli autori⁽³⁹⁾.

La prima disciplina organica a tutela della proprietà intellettuale del Re-

⁽³⁶⁾ *Ex multis*, S. ALIPRANDI, *Capire il Copyright. Percorso guidato nel diritto d'autore*, cit., p. 33 ss.

⁽³⁷⁾ L.C. UBERTAZZI, *Alle origini piemontesi del diritto italiano d'autore*, in *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1992, p. 312.

⁽³⁸⁾ A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, cit., p. 44.

⁽³⁹⁾ A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, cit., p. 45. L'Autore richiama gli artt. 394-395 del codice penale albertino.

gno d'Italia risale al 1865 le cui disposizioni sono state poi fatte proprie dal Testo Unico n. 1012, 19 settembre 1881⁽⁴⁰⁾.

L'attuale panorama normativo di riferimento per il diritto d'autore si presenta come una stratificazione multilivello della sua disciplina.

Con la Convenzione di Berna⁽⁴¹⁾, la più risalente nel diritto internazionale in tema di diritto d'autore, sono stati fissati una serie di interventi giuridici per la protezione dei diritti degli autori sulle opere artistiche e letterarie.

La Convenzione, che pure invita i Paesi aderenti a uniformare le prescrizioni in tema di opere letterarie e artistiche⁽⁴²⁾, riserva alle legislazioni nazionali la facoltà di tutelare le opere o talune categorie di esse⁽⁴³⁾ a condizione che siano rese su un supporto materiale⁽⁴⁴⁾ e, senza arrecare pregiudizio alle prerogative degli autori. Protezione è assicurata ad opere originali come traduzioni, riduzioni musicali, trasformazioni di un'opera letteraria o artistica e adattamenti⁽⁴⁵⁾. Da un punto di vista operativo, la Convenzione esprime il principio di assimilazione per cui le opere, provenienti da uno dei Paesi ade-

⁽⁴⁰⁾ A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, loc. cit.

⁽⁴¹⁾ L'attuale testo della Convenzione di Berna recepisce una serie di interventi susseguiti nel tempo e che ne hanno delineato il corrente articolato. Testo autentico in francese e inglese, *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, Stockholm, 1967, UNTS vol. 828 (p. 221). Versione aggiornata del testo della Convenzione consultabile in www.wipo.int/wipolex/en/text/283698. Per un aggiornamento delle Parti aderenti si consulti www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/docs/pdf/berne.pdf.

⁽⁴²⁾ Convenzione di Berna, Preambolo.

⁽⁴³⁾ *Ibidem*, art. 2 (1). L'espressione "opere letterarie ed artistiche" comprende tutte le produzioni nel campo letterario, scientifico e artistico, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione, come: i libri, gli opuscoli ed altri scritti; le conferenze, allocuzioni, sermoni ed altre opere della stessa natura; le opere drammatiche o drammatico-musicali; le opere coreografiche e pantomimiche; le composizioni musicali con o senza parole; le opere cinematografiche, alle quali sono assimilate le opere espresse mediante un procedimento analogo alla cinematografia; le opere di disegno, pittura, architettura, scultura, incisione e litografia; le opere fotografiche, alle quali sono assimilate le opere espresse mediante un procedimento analogo alla fotografia; le opere delle arti applicate; le illustrazioni, le carte geografiche, i piani, schizzi e plastici relativi alla geografia, alla topografia, all'architettura o alle scienze.

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*, art. 2 (2).

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*, art. 2 (3).

renti alla Convenzione, godono del medesimo trattamento assicurato dalla legge ai cittadini dagli altri Paesi contraenti, oltre ovviamente, essere tutelate dalle prerogative stabilite dalla Convenzione di Berna stessa⁽⁴⁶⁾.

È sancito il diritto esclusivo degli autori delle opere letterarie e artistiche protette dalla Convenzione di Berna (e per tutta la durata dei loro diritti sull'opera originale) di fare o autorizzare le traduzioni delle loro opere⁽⁴⁷⁾ e la riproduzione in qualsiasi forma⁽⁴⁸⁾.

Il riconoscimento e la valorizzazione dello sforzo creativo dell'ingegno sono a fondamento della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo del 1948⁽⁴⁹⁾ e della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU)⁽⁵⁰⁾. Entrambe stabiliscono il diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria, artistica di cui l'individuo è autore⁽⁵¹⁾ e, allo stesso tempo, ne radicano il fondamento nell'ambito della libertà di espressione che è alla base di ogni opera creativa⁽⁵²⁾.

Sullo spirito della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo è stata promossa la Convenzione universale per il diritto d'autore⁽⁵³⁾ che, oltre a ribadire il principio di assimilazione della Convenzione di Berna, ha fissato taluni adempimenti per la tutela delle opere. La Convenzione, che dispone altresì, l'apposizione del simbolo ©⁽⁵⁴⁾, non impedisce agli Stati contraenti

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*, art. 5.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*, art. 8.

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*, art. 9 (1).

⁽⁴⁹⁾ Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 10 dicembre 1948, 217 A (III), UN Document A/810, p. 71.

⁽⁵⁰⁾ Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), Roma 1950, UNTS vol. 213, p. 221.

⁽⁵¹⁾ Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, art. 27.

⁽⁵²⁾ CEDU, art. 10.

⁽⁵³⁾ Convenzione universale per il diritto d'autore, promossa dall'UNESCO e firmata a Ginevra il 6 settembre 1952. Testo ufficiale, Universal Copyright Convention, UNTS No. 13444, vol. 943, pp. 178-325. Versione aggiornata consultabile: www.refworld.org/docid/3ddb88377.html.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*, art. 3 (1).

di richiedere formalità o altre condizioni per l'acquisizione e il godimento del diritto d'autore con riferimento alle opere pubblicate per la prima volta sul proprio territorio o quelle dei propri cittadini, qualunque sia il luogo di pubblicazione di tali opere⁽⁵⁵⁾.

La promozione della protezione della proprietà intellettuale, come realizzazione degli impegni internazionali, trova ulteriore conferma a seguito dell'adozione della Convenzione istitutiva dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI)⁽⁵⁶⁾ e la conclusione degli accordi GATT/TRIPS⁽⁵⁷⁾: si tratta di interventi a livello internazionale diretti a stimolare la cooperazione tra gli Stati nel senso di una maggiore assistenza tecnico-giuridica nel campo della proprietà intellettuale e la predisposizione di strumenti rafforzati che tutelano il normale sfruttamento dell'opera senza pregiudicare gli interessi legittimi dei titolari⁽⁵⁸⁾.

Con riferimento al panorama europeo, non vi era traccia della materia relativa alla proprietà intellettuale nel Trattato di Roma. Tuttavia, la *ratio* di protezione nella circolazione delle opere di ingegno è ravvisabile nel divieto di misure (di ordine quantitativo) alla libera circolazione delle merci⁽⁵⁹⁾. Tale lacuna ha comportato l'intervento delle istituzioni europee, in particolare la Commissione e la Corte di Giustizia, in senso armonizzante in punto di tutela della proprietà intellettuale.

Ne sono derivate le strategie comunitarie di adattamento della proprietà intellettuale alle innovazioni tecnologiche, in particolare il libro Verde della

⁽⁵⁵⁾ *Ibidem*, art. 3 (2).

⁽⁵⁶⁾ Convenzione istitutiva dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI), firmata a Stoccolma il 14 luglio 1967. Versione aggiornata consultabile: in *www.wipo.int/edocs/pubdocs/it/wipo_pub_250.pdf*. Ai sensi dell'art. 3 della Convenzione, l'Organizzazione si propone come scopi *i*) di promuovere la protezione della proprietà intellettuale nel mondo attraverso la cooperazione tra gli Stati, collaborando, ove occorra con qualsiasi altra organizzazione internazionale; *ii*) di realizzare la cooperazione amministrativa tra le Unioni.

⁽⁵⁷⁾ Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio, firmato a Marrakesh, Marocco il 15 aprile 1994.

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*, Sez. I, Parte II; OMPI, art. 4.

⁽⁵⁹⁾ Il riferimento è alle attuali disposizioni del TFUE, in particolare gli artt. 28 e 29.

Commissione “il diritto d’autore e le sfide tecnologiche” e quello sui diritti d’autore e i diritti connessi nella società dell’informazione nel 1995⁽⁶⁰⁾.

Successivamente, le iniziative europee hanno riguardato molteplici profili del diritto d’autore come, più precisamente, l’editoria elettronica, la tutela delle opere delle arti figurative e fotografiche, la disciplina del software e quella delle banche dati⁽⁶¹⁾ e opere multimediali. Più recentemente, l’intervento in materia si è spinto in maniera più intrusiva nei programmi di ricerca europei e nelle misure di protezione unionali per la proprietà intellettuale in rete.

A livello nazionale, la disciplina delle opere di ingegno comprende le disposizioni del codice civile (artt. 2575-2585) e l’inquadramento sistematico della legge n. 633/1941 (di seguito l.d.a.)⁽⁶²⁾.

La l.d.a. concerne le opere caratterizzate dalla creatività⁽⁶³⁾ riconoscendo

⁽⁶⁰⁾ Da qui si origina un percorso strategico europeo diretto a tutelare il diritto d’autore e i diritti connessi nell’ambito del mercato interno facendo fronte alla società dell’informazione. Libro Verde, *Il diritto d’autore e le sfide tecnologiche-Problemi di diritto d’autore che richiedono un’azione immediata*, 17 giugno 1988, COM(88)172 def.; Libro Verde, *Il diritto d’autore e i diritti connessi nella Società dell’informazione*, 19.07.1995, COM(95)382 def.

⁽⁶¹⁾ Ai fini del presente lavoro si farà solamente cenno alla complessa evoluzione della disciplina delle banche dati. È da evidenziare, tuttavia, come rispetto alle banche dati operi un duplice livello di protezione. Da un lato esse sono inserite nel catalogo delle opere dell’ingegno tutelate dal diritto d’autore, dall’altro vige un regime speciale per i diritti del “costitutore della banca dati”. Il diritto *sui generis* indica quell’insieme di diritti esclusivi che, sorgendo in capo al soggetto che ha realizzato la banca dati (il costitutore), si riferiscono all’investimento sostenuto per il *database*. Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 marzo 1996 relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, in G.U.C.E., 27 marzo 1996, L 77/20, Capitolo III.

⁽⁶²⁾ L. 22 aprile 1941, n. 633, «Protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio», in G.U. 16 luglio 1941, n. 166.

⁽⁶³⁾ *Ibidem*, art. 2. La protezione fornita dalla legge concerne: 1) le opere letterarie, drammatiche, scientifiche, didattiche, religiose, tanto se in forma scritta quanto se orale; 2) le opere e le composizioni musicali, con o senza parole, le opere drammatico-musicali e le variazioni musicali costituenti di per se’ opera originale; 3) le opere coreografiche e pantomimiche, delle quali sia fissata la traccia per iscritto o altrimenti; 4) le opere della scultura, della pittura, dell’arte del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia; 5) i disegni e le opere dell’architettura; 6) le opere dell’arte cinematografica, muta o sonora, sempreché non si tratti di semplice documentazione protetta ai sensi delle norme del capo quinto del titolo secondo; 7) le opere fotografiche e quelle

su di esse diritti patrimoniali⁽⁶⁴⁾ e morali⁽⁶⁵⁾. Occorre precisare come, le esigenze imposte dalla società dell'informazione e l'armonizzazione di matrice europea abbiano nel tempo comportato diverse e molteplici novelle al testo della l.d.a.⁽⁶⁶⁾.

espresse con procedimento analogo a quello della fotografia sempre che non si tratti di semplice fotografia protetta ai sensi delle norme del Capo V del Titolo II; 8) i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore. Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso; 9) Le banche di dati di cui al 2° comma dell'art. 1, intese come raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo. La tutela delle banche di dati non si estende al loro contenuto e lascia impregiudicati diritti esistenti su tale contenuto; 10) Le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico.

⁽⁶⁴⁾ L.d.a. art. 25. I diritti patrimoniali hanno una durata limitata nel tempo. A seguito della legge 6 febbraio 1996, n. 52 il previgente termine di 50 anni è stato innalzato a 70 anni dopo la morte dell'autore. La l.d.a. elenca un insieme di diritti patrimoniali: il diritto di riproduzione in più esemplari (art. 13); il diritto di trascrizione dell'opera orale (art. 14); il diritto di esecuzione, rappresentazione o recitazione in pubblico (artt. 15 e 15-*bis*); il diritto di comunicazione (artt. 16 e 16-*bis*); il diritto di distribuzione (art.17); il diritto di elaborazione, di traduzione e di pubblicazione delle opere in raccolta (art. 18); il diritto di noleggio e di dare in prestito (art.18-*bis*). Nel caso di diritti connessi la durata è determinata dalle disposizioni del Titolo II della l.d.a.

⁽⁶⁵⁾ Si tratta delle facoltà indicate dagli artt. 20-24 l.d.a., «Protezione dei diritti sull'opera a difesa della personalità dell'autore (Diritto morale dell'autore)». L'inalienabilità dei diritti morali è prescritta dall'art. 22 l.d.a. che, al secondo comma, specifica come «l'autore che abbia conosciute ed accettate le modificazioni della propria opera non è più ammesso ad agire per impedirne l'esecuzione o per chiederne la soppressione». Rispetto ai diritti morali si veda H. HANSMANN, M. SANTILLI, *Authors and Artists' Moral Rights*, in *Journal of Legal Studies*, 1997, p. 95 ss.

⁽⁶⁶⁾ Si segnalano di seguito le più significative novelle alla l.d.a.: d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 95 in attuazione della direttiva 98/71/CE relativa alla protezione giuridica dei disegni e dei modelli (G.U. n. 79 del 4 aprile 2001); d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68 in attuazione della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (G.U. n. 87 del 14 aprile 2003); d.l. 22 marzo 2004, n. 72 e l. di conversione 21 maggio 2004, n. 128, «Interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di opere dell'ingegno, nonché a sostegno delle attività cinematografiche

Rispetto al contenuto e con riferimento al profilo patrimoniale, la l.d.a. elenca una serie di diritti esclusivi a titolo originario e trasferibili dall'autore stesso sulla base del principio di indipendenza. Tale principio comporta che i diritti elencati dalla legge sono tra loro indipendenti e l'esercizio esclusivo di alcuni di essi non impedisce l'esercizio, altrettanto esclusivo, degli altri⁽⁶⁷⁾. In aggiunta, tali prerogative riguardano sia le singole parti sia l'opera nel suo insieme e l'atto di trasferimento necessita la forma scritta *ad probationem*⁽⁶⁸⁾.

Come emerge dall'articolato della legge, e giustamente evidenziato in dottrina⁽⁶⁹⁾, la disciplina nazionale riserva all'autore un assoluto controllo sull'opera anche in sede di trasferimento dei diritti patrimoniali perché l'art. 142 l.d.a. attribuisce all'autore la facoltà del ritiro dell'opera dal commercio qualora ricorrano gravi ragioni morali; di fatto realizzando una condizione risolutiva *ex lege* del contratto.

e dello spettacolo» (G.U. n. 69 del 23 marzo 2004); d.l. 31 gennaio 2005, n. 7 e l. di conversione 31 marzo 2005, n. 43, «Disposizioni urgenti per l'università e la ricerca, per i beni e le attività culturali, per il completamento di grandi opere strategiche, per la mobilità dei pubblici dipendenti, e per semplificare gli adempimenti relativi a imposte di bollo e tasse di concessione, nonché altre misure urgenti». Sanatoria degli effetti dell'art. 4, 1° comma del d.l. 29 novembre 2004, n. 280 (G.U. n. 24 del 31 gennaio 2005); d.l. 13 febbraio 2006, n. 118 in attuazione della direttiva 2001/84/CE relativa al diritto dell'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale (G.U. n. 71 del 25 marzo 2006); d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140 in attuazione della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (G.U. n. 82 del 7 aprile 2006); l. 9 gennaio 2008, n. 2, disposizioni relative alla S.I.A.E. e la possibilità di pubblicare nella rete Internet immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate; d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131, recante modifiche al codice della proprietà industriale (G.U. n. 192 del 18 agosto 2010); d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, recante disposizioni in materia di depenalizzazione (G.U. n. 17 del 22 gennaio 2016). Con riferimento agli illeciti previsti dalla l. n. 633/41, in particolare art. 171-*quater*, lett. *a*)-*b*); d.lgs. 15 marzo 2017, n. 35 in attuazione della direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno (G.U. n. 72 del 17 marzo 2017).

⁽⁶⁷⁾ L.d.a., art. 19.

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*, artt. 110 e 2581 c.c.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, cit., p. 94.

3. — *Cronistoria dell'openness.*

Rispetto alla storia del diritto d'autore, quella della cultura *open* si presenta non soltanto più scarsamente documentata ma, soprattutto più evanescente in ragione del substrato ideologico che la stessa veicola.

Considerando il substrato ideologico, cioè la “diffusione dei contenuti”, le origini dell'*openness* possono essere rintracciate nell'iniziale assenza di controlli e libertà, in tal senso in maniera simile alla condizione primigenia da cui si è evoluto (e a cui si è fatto cenno) il diritto d'autore. Tuttavia, i valori fondativi dell'*openness*, quali la libertà, l'altruismo, la solidarietà ma, soprattutto, l'idea che la conoscenza sia un bene pubblico, hanno fatto sì che la stessa si differenziasse dall'approccio proprietario scontrandosi con i modelli di chiusura che ne hanno di fatto ostacolato la piena affermazione.

Inoltre, la narrazione scomposta e frammentaria della storia dell'*openness* è dovuta anche al modo in cui questo nuovo paradigma è stato veicolato nei diversi ambiti dell'istruzione, del *software*, della cultura digitale e della ricerca.

Rispetto all'istruzione, l'*openness* prende avvio intorno agli anni 60' con le proposte di apertura degli insegnamenti universitari (*Open University*) e lo scopo di creare un'università aperta a persone, luoghi, metodi e idee, abbattendo così le barriere di ordine economico e sociale. *Open* assume il significato di accessibile a favore dei valori di pari opportunità e trasparenza⁽⁷⁰⁾. In questo contesto, l'*openness* ha riguardato la condivisione e scambio del materiale didattico che, per l'appunto, diventa ampiamente e diffusamente accessibile.

Successivamente, nel diverso e più specifico contesto del *software*, si evolve l'idea di *open* come fruizione libera. È il 1970 quando Richard Stallmann intuisce le potenzialità di un sistema informatico privo del controllo istituzionale e, nel 1983, nasce il progetto GNU con l'obiettivo di sviluppare un sistema operativo adattabile alle esigenze degli utenti. La modalità *open* viene impiegata per il codice sorgente GNU in completa antitesi rispetto allo schema chiuso, compilato e non accessibile o non modificabile. Da questa impostazione sono

⁽⁷⁰⁾ M. WELLER, *La battaglia per l'Open. Come l'open ha vinto, ma non sembra una vittoria*, cit., p. 57.

derivate due condizioni giuridiche-sociali basilari per l'*openness*: 1) l'avvento del modello *copyleft*⁽⁷¹⁾ e 2) l'emersione del movimento per il software libero (*Free software movement*) con le sue quattro fondamentali libertà: *a*) libertà di eseguire il programma come si desidera (libertà 0); *b*) libertà di studiare il funzionamento del programma e modificarlo (libertà 1); *c*) libertà di redistribuzione delle copie per finalità solidaristiche (libertà 2); *d*) libertà di miglioramento del programma e distribuzione pubblica delle migliorie apportate (libertà 3)⁽⁷²⁾.

Più pragmatica e concreta è, invece, *Open Source*.

Si tratta di una metodologia facente capo a Eric Raymond⁽⁷³⁾ che considera l'apertura sotto il profilo tecnico del *software*: l'*openness*, ricondotta all'alveo della tecnicità, comporta che il *software* non è più il risultato dell'operato del singolo alimentato dalla competizione. Il codice è realizzato da una comunità di sviluppatori che lavorano in sinergia affinché esso migliori.

Al di là delle differenti impostazioni del movimento per il *software* libero e dell'*Open Source*, è opportuno riscontrare come entrambi abbiano contribuito all'evoluzione dell'*openness* sia sotto il profilo sociale che tecnico rendendo così possibile la nascita di licenze *open content* quali *Open Publication Licence* (OPL) e *Creative Commons* (CC).

Più recentemente, le trasformazioni della rete e la natura non competitiva del bene digitale, hanno reso l'*openness* una prospettiva di apertura e gratuità di accesso non necessariamente assimilabile alla libertà nel riutilizzo. *Openness* è sinonimo di modello efficiente perché facilita operativamente l'utilizzo del contenuto digitale in rete ed è eticamente auspicabile in virtù del suo operare a beneficio della più ampia disseminazione della conoscenza e sfruttamento dei risultati delle investigazioni scientifiche.

⁽⁷¹⁾ Il *copyleft* o permesso d'autore non è sinonimo di assenza del diritto d'autore. Si tratta di un modello che permette la modifica e distribuzione vietando, al contempo, la restrizione della redistribuzione. Le versioni ulteriori e migliorative restano libere con l'unico rispetto del principio di reciprocità.

⁽⁷²⁾ M. WELLER, *La battaglia per l'Open. Come l'open ha vinto, ma non sembra una vittoria*, cit., p. 59.

⁽⁷³⁾ E.S. RAYMOND, *The cathedral and the bazaar: musings on Linux and Open Source by an accidental revolutionary*, Sebastopol, 1999-2001.

L'evoluzione più interessate dell'*openness* è rintracciabile nell'ambito della ricerca ove è strettamente collegata alle metodologie tecnologiche che hanno modificato, senza sostituirli, i meccanismi di produzione e i tradizionali strumenti di condivisione dei risultati della ricerca. L'*openness* diventa un elemento significativo del metodo adottato dai ricercatori, si pensi, ad esempio all'uso crescente di siti accademici (*Researchgate*, *Academia.edu*, *Mendeley*), alla creazione di identità *online*, ai profili professionali degli scienziati o degli enti istituzionali per la promozione della ricerca e alla prospettiva di *Citizen Science*⁽⁷⁴⁾. Il tema che più di ogni altro concerne la cultura *open* nel fare ricerca è la condivisione e il riutilizzo dei dati che, per l'appunto, richiedono un approccio diverso dal classico modello chiuso proprietario. L'impiego di strumenti offerti da internet e dalle piattaforme multimediali ha come principale effetto il potenziamento dell'interoperabilità e l'apertura dei risultati della ricerca, in primo luogo attraverso la condivisione dei dati. Tale tendenza è stata tradotta operativamente nel contesto europeo attraverso una serie di azioni.

Da un punto di vista strategico, i programmi quadro per la ricerca, a partire da *Horizon 2020* fino all'attuale *Horizon Europe*, si sono caratterizzati per la massimizzazione dell'accesso e riutilizzo dei dati di ricerca generati dai progetti. A ciò si è accompagnata la predisposizione di infrastrutture di ricerca il cui scopo è quello di creare un ambiente aperto e accessibile a tutti i ricercatori⁽⁷⁵⁾. Si tratta, più specificatamente, di un ecosistema che facilita la pubblicazione dei prodotti della ricerca progettuale, come ad esempio articoli scientifici, rifuggendo le logiche di sfruttamento commerciale e di privatizzazione della conoscenza scientifica.

Nonostante ciò, la piena realizzazione di modelli e strumenti di *openness* è ostacolata da una molteplicità di fattori. Deve in primo luogo fare i conti con parametri di sostenibilità tecnico-economiche: entrano in gioco le dinamiche dei mercati, la concentrazione del potere computazionale, il controllo

⁽⁷⁴⁾ *Citizen Science* è un termine di recente uso impiegato per indicare il fenomeno di coinvolgimento del grande pubblico nel sapere scientifico. Esso sintetizza lo scopo di rendere consapevole e formare una cittadinanza aperta alla conoscenza scientifica.

⁽⁷⁵⁾ Ne sono un esempio lo *European Open Science Cloud* (EOSC) e la piattaforma *Open Research Europe* (ORE).

dei flussi informativi. Tali impedimenti hanno indotto taluno in dottrina, e più specificatamente in riferimento all'*Open Science*, ad esprimersi nel senso di una «rivoluzione incompiuta»⁽⁷⁶⁾.

Sulla scorta di ciò, piuttosto che isolare l'operatività dell'*openness* e delle sue fenomenologie, assegnando esclusivo rilievo alla libertà incontrollata di fruizione e alla tecnologia, appare più interessante esaminare le strategie di aggiornamento della disciplina della proprietà intellettuale, del diritto d'autore e degli istituti giuridici relativi ai processi creativi e innovativi in virtù di questo nuovo paradigma.

4. — *Aperture autorizzate: libere utilizzazioni, eccezioni e limitazioni.*

Gli elementi fondanti la tutela delle opere creative sono pertanto: la creatività, la tipicità dell'invenzione e l'esclusività. Quest'ultimo connotato comporta la regola generale per cui è vietata ogni modalità di fruizione, riproduzione o esecuzione dell'opera senza il consenso del titolare dei diritti patrimoniali.

Tuttavia, la disciplina del diritto d'autore stabilisce variamente eccezioni a questa regola generale.

Nella Convenzione di Berna sono previste limitazioni qualora, rispetto a certe categorie di opere (come discorsi politici, quelli tenuti in procedimenti giudiziari ovvero lezioni, prolusioni e opere pronunciate al pubblico) la riproduzione a mezzo stampa, trasmissione e comunicazione al pubblico via cavo siano giustificate da un fine informativo⁽⁷⁷⁾.

La medesima Convenzione, che si occupa, altresì, delle libere utilizzazioni di opera già resa pubblica, e giustificabili dallo scopo informativo⁽⁷⁸⁾, consente agli Stati membri di permettere l'utilizzo di opere letterarie ed arti-

⁽⁷⁶⁾ R. CASO, *La rivoluzione incompiuta. La scienza aperta tra diritto d'autore e proprietà intellettuale*, Milano, 2020.

⁽⁷⁷⁾ Convenzione di Berna, art. 2-bis.

⁽⁷⁸⁾ *Ibidem*, artt. 10-10-bis.

stiche a titolo illustrativo a scopo di insegnamento nel rispetto di buoni usi e nella misura giustificata dallo scopo⁽⁷⁹⁾. Ciò a tutela della riservatezza, con il necessario richiamo alla fonte⁽⁸⁰⁾ e in base alle contingenze della fruizione⁽⁸¹⁾.

Nell'ambito dell'OMPI, le eccezioni alla regola dell'esclusività si basano sul paradigma del cd *Three-step test* per cui vi deve essere un triplice vaglio circa la conformità delle eccezioni alla regola generale della tutela del diritto d'autore. Le limitazioni ed eccezioni sono consentite: *a)* in determinati casi; *b)* se non vi è contrasto con il normale sfruttamento dell'opera; *c)* qualora non si pregiudichino i titolari dei diritti.

L'aggiornamento della legislazione internazionale sul diritto d'autore, non ha soltanto comportato l'ammmodernamento alle innovazioni tecnologiche come i programmi per elaboratore e le banche dati, ma ha anche introdotto nuove forme di protezione come misure tecnologiche o l'amministrazione digitale dei diritti. In particolare, la *ratio* delle misure tecnologiche è quella di far fronte alle possibili violazioni di legge e tentativi di elusione dei diritti di proprietà intellettuale impiegando programmi *ad hoc*, tecniche di protezione-identificazione del prodotto digitale (c.d. *watermarking*), meccanismi di controllo delle copie ovvero procedimenti di protezione (ad esempio la cifratura o la distorsione).

Anche a livello comunitario, le iniziative di armonizzazione non hanno riguardato soltanto la disciplina generale ma sono intervenute, più puntualmente, sulle statuizioni aventi ad oggetto le limitazioni, le eccezioni e le libere utilizzazioni.

La direttiva 2001/29/EC, il cui precipuo obiettivo è l'armonizzare delle eccezioni con particolare riferimento all'ambiente elettronico, pur lasciando alla discrezionalità degli Stati membri la trasposizione nel diritto nazionale, predispone un elenco delle più consuete eccezioni e limitazioni⁽⁸²⁾. Inoltre,

⁽⁷⁹⁾ *Ibidem*, art. 10, c. 2.

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem*, art. 10-*bis*, c. 1.

⁽⁸¹⁾ *Ibidem*, art. 10-*bis*, c. 2.

⁽⁸²⁾ Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in G.U.C.E., 22 giugno 2001, L167/10, art. 5.

la direttiva introduce aspetti di grande rilievo quali la nozione di “natura non commerciale dell’attività da perseguire”⁽⁸³⁾ e “finalità illustrativa”⁽⁸⁴⁾.

Nell’ambito della direttiva software⁽⁸⁵⁾, una importante eccezione è quella di decompilazione a fini di interoperabilità e l’autorizzazione del titolare dei diritti non è necessaria quando la riproduzione del codice e la sua traduzione siano indispensabili per raggiungere l’interoperabilità con altri programmi di un programma di elaboratore creato indipendentemente⁽⁸⁶⁾.

Affinché si possa giovare dell’eccezione è necessario che: *a)* gli atti siano realizzati da chi ha diritto di utilizzare la copia del programma o da soggetto autorizzato; *b)* le informazioni così ottenute non debbano già essere disponibili ai soggetti anzidetti; *c)* riproduzione e traduzione vanno limitate alle parti del programma originale funzionali al raggiungimento dell’interoperabilità⁽⁸⁷⁾.

Si tratta, per la verità, di un’eccezione che va interpretata senza pregiudicare irragionevolmente i legittimi interessi del detentore dei diritti e nel senso che non contrasti con lo sfruttamento del programma per elaboratore.

Nell’ambito della direttiva banche dati⁽⁸⁸⁾ le eccezioni al diritto d’autore

⁽⁸³⁾ *Ibidem*, Considerando 42. Si consideri anche la locuzione «scopo non commerciale perseguito», art. 5, c. 3, lett. *a)*.

⁽⁸⁴⁾ *Ibidem*, art. 5, c. 3 lett. *a)*. Si consideri il rapporto la finalità illustrativa della direttiva e l’espressione “illustration for teaching” della Convenzione di Berna, inoltre la facoltà degli Stati di introdurre eccezioni con riguardo all’attività di informazione a mezzo stampa e gli artt. 10 e 10-*bis* della Convenzione.

⁽⁸⁵⁾ Direttiva 91/250/CE del Consiglio del 14 maggio 1991, sulla protezione legale dei programmi per elaboratore, come sostituita dalla direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, in G.U.U.E., 5 maggio 2009, L111/16.

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*, art. 6.

⁽⁸⁷⁾ *Ibidem*, art. 6, 1° e 2° comma.

⁽⁸⁸⁾ Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 marzo 1996 relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, G.U.C.E., 27 marzo 1996, L77/20. Ai sensi dell’art. 5 rispetto agli atti soggetti a restrizioni: «L’autore di una banca di dati gode, per quanto concerne la forma espressiva di tale banca tutelabile mediante il diritto d’autore, del diritto esclusivo di eseguire o autorizzare: *a)* la riproduzione permanente o temporanea, totale o parziale, con qualsiasi mezzo e in qualsivoglia forma; *b)* la traduzione, l’adattamento, una diversa disposizione e ogni altra modifica; *c)* qualsiasi forma di distribuzione al

operano ad un duplice livello: rispetto all'opera banca dati e riguardo al diritto *sui generis*⁽⁸⁹⁾. Con riferimento a quest'ultimo, occorre evidenziare il carattere restrittivo delle limitazioni e la delimitazione dei diritti e obblighi degli utenti legittimi⁽⁹⁰⁾.

A livello nazionale la l.d.a. destina il Titolo I, Capo V, artt. 65-71-*decies* alle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore: un nucleo di disposizioni che ha grandemente risentito l'avvento della tecnologia digitale e delle reti telematiche.

Ciò che risulta in prima battuta è che le limitazioni hanno il carattere dell'eccezionalità e operano al di fuori dell'ambito negoziale. Nonostante le influenze esterofile, il legislatore ha trasposto solo alcune delle limitazioni europee e internazionali, mentre sul versante giurisprudenziale si è sempre proceduto ad una valutazione economica circa le conseguenze della riproduzione digitale.

In particolare, meritano attenzione le eccezioni di cui all'art. 70 l.d.a. relative alla citazione e riassunto per fini di critica, insegnamento e ricerca e

pubblico dell'originale o di copie della banca di dati. La prima vendita di una copia di una banca di dati nella Comunità da parte del titolare del diritto o con il suo consenso esaurisce il diritto di controllare all'interno della Comunità le vendite successive della copia; d) qualsiasi comunicazione, presentazione o dimostrazione in pubblico; e) qualsiasi riproduzione, distribuzione, comunicazione, presentazione o dimostrazione in pubblico dei risultati delle operazioni di cui alla lettera b)».

⁽⁸⁹⁾ *Ibidem*, art. 6. Al 2° comma della medesima disposizione: «Gli Stati membri hanno la facoltà di prevedere limitazioni dei diritti di cui all'articolo 5 nei casi seguenti: a) allorché si tratta di una riproduzione per fini privati di una banca di dati non elettronica; b) allorché l'impiego ha esclusivamente finalità didattiche o di ricerca scientifica, sempreché si indichi la fonte, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito; c) allorché si tratta di impieghi per fini di sicurezza pubblica o per effetto di una procedura amministrativa o giurisdizionale; d) allorché si tratta di altre deroghe al diritto d'autore tradizionalmente contemplate dal diritto interno, fatte salve le disposizioni delle lettere a), b) e c)». Prosegue il c. 3 «Conformemente alla convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie e artistiche, il presente articolo non può essere interpretato in modo da consentire che la sua applicazione arrechi indebitamente pregiudizio ai legittimi interessi del titolare del diritto o entri in conflitto con il normale impiego della banca di dati».

⁽⁹⁰⁾ Il Considerando 34 della direttiva banche dati si riferisce all'utente legittimo come a quell'utente cui è messa a disposizione una copia della banca dati: «detto utente legittimo deve poter accedere alla banca dati ed utilizzarla per gli scopi e in base alle modalità definite nell'accordo concluso con il titolare dei diritti, anche se tale accesso ed impiego richiedono l'esecuzione di atti in via di principio soggetti a restrizioni».

pubblicazione in internet di immagini e musiche degradate. Questa disposizione, che introduce un limite quantitativo alla riproduzione, prevede che la citazione, il riassunto o la riproduzione debbano in ogni caso essere sempre accompagnati dalla menzione del titolo dell'opera, dei nomi dell'autore, dell'editore e, nel caso di traduzioni del traduttore, quando le medesime indicazioni sono presenti sull'opera riprodotta⁽⁹¹⁾.

Rispetto alla rete internet, l'art. 70, comma 1-*bis* consente la libera pubblicazione attraverso il *world wide web*, a titolo gratuito, di immagini e musiche a condizione che ciò avvenga con una riproduzione a bassa risoluzione o in modalità degradata, per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro. L'aspetto di sicuro più interessante è la specificazione che debba trattarsi di immagini e musiche degradate che, da un punto di vista tecnologico, comporta una copia con risoluzione più bassa rispetto all'originale. In ambito digitale, il degradare si riferisce ad un file contenente minori informazioni e percepibile, al momento dell'ascolto o visualizzazione, nella mancanza di particolari e definizione. Di fatto, ciò realizzerebbe una riproduzione tecnicamente solo parziale. Le finalità illustrative e uso didattico, nonché lo scopo non commerciale perseguito, giustificano anche il riassunto, la citazione, la riproduzione, la traduzione e l'adattamento di brani o di parti di opere e di altri materiali e la loro comunicazione al pubblico se effettuati con mezzi digitali⁽⁹²⁾.

5. — Open Access e Copyright.

Non rappresenta un'eccezione o una limitazione al diritto d'autore l'*Open Access* che costituisce, invece, una componente del concetto di *Open*

⁽⁹¹⁾ L.d.a. art. 70, 3° comma.

⁽⁹²⁾ *Ibidem*, art. 70-*bis*. La disposizione specifica la responsabilità dell'istituto di istruzione e la limitazione spaziale ai locali o ambiente elettronico sicuro, accessibili solo al personale docente dell'istituto o ad alunni o studenti iscritti al corso di studi in cui le opere o gli altri materiali sono utilizzati. Il 2° comma ribadisce la necessità della citazione del titolo dell'opera, nomi dell'autore, dell'editore e del traduttore che figurano sull'opera.

Science e, in senso più ampio, una delle espressioni più significative della cultura di *openness*.

L'*Open Science* (versione anglosassone del movimento noto come Scienza Aperta) indica un approccio diverso nella gestione della conoscenza distinguendosi dal modello chiuso proprietario⁽⁹³⁾. Esso propugna la condivisione e l'accesso gratuito, l'interoperabilità e l'affermarsi di diritti di riutilizzo.

Entro il perimetro di *Open Science*, l'*Open Access* identifica la prospettiva di apertura dei risultati della ricerca mediante l'eliminazione di barriere tecniche e giuridiche alle pubblicazioni e condivisione dei dati.

Partendo dall'assunto in base al quale la conoscenza si diffonde mediante una conversazione globale, l'*Open Access* si fonda su principi secondo i quali la comunicazione scientifica è unica, aperta e incrementale, mentre i risultati delle ricerche finanziate con fondi pubblici devono essere pubblicamente disponibili⁽⁹⁴⁾.

Questa diversa impostazione ha alimentato nei detrattori dell'*Open Access* l'erronea convinzione che la diffusione aperta non sia compatibile con il diritto d'autore perché la prima andrebbe a ledere il carattere dell'esclusività e contrasterebbe con le prerogative proprietarie che discendono dal secondo. In realtà simile contestazione è confutabile da almeno due punti di vista. In primo luogo, e a ben vedere, la creazione dell'opera fa sorgere in capo all'autore la paternità della stessa: una tutela all'integrità morale talmente forte che, come si è visto, implica la facoltà di ritiro dalla circolazione (diritto morale d'autore). Secondariamente, anche l'argomentare l'incompatibilità tra *Open Access* e diritto d'autore in base ai parametri dell'integrità della ricerca non pare agevole. Infatti, la libertà di circolazione dei contenuti innesca una

⁽⁹³⁾ UNESCO, *Recommendation on Open Science*, Parigi, 9-24 Novembre 2021 consultabile in unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379949.locale=en. Rispetto al contesto italiano si veda Ministero della Ricerca (MUR), *Piano nazionale della Scienza Aperta* (PNISA) in attuazione del d.m. 28 febbraio 2022, n. 268, consultabile in www.mur.gov.it/sites/default/files/2022-06/Piano_Nazionale_per_la_Scienza_Aperta.pdf.

⁽⁹⁴⁾ Nel panorama normativo italiano si veda art. 4, l. 7 ottobre 2013, n.112, di conversione con modificazioni del d.l. 8 agosto 2013, n. 91, recante disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo, G.U. 8 ottobre 2013, n. 236.

condotta etica secondo la quale chi utilizza l'opera è sempre tenuto ad attribuire la paternità intellettuale della medesima e citare la fonte. Ciò comporta che lo scopo responsabile/responsabilizzante dell'*Open Access* sia ontologicamente contrario all'idea di plagio.

Rispetto al nucleo del diritto patrimoniale d'autore, più precisamente il diritto esclusivo allo sfruttamento nelle sue molteplici forme, l'*Open Access* rappresenta una modalità di esercizio del diritto d'autore in quanto consiste nella scelta di garantire l'accessibilità all'opera e contemporaneamente ritenere per sé alcuni diritti mediante la concessione di licenze. Tramite l'*Open Access*, l'autore acconsente alla riproduzione, distribuzione, comunicazione al pubblico del suo lavoro come realizzato, ovvero in forma modificata, solo per finalità determinate che possono essere o non essere commerciali.

L'*Open Access* non comporta il venir meno della titolarità dei diritti morali e patrimoniali da parte dell'autore, ma costituisce una forma di fruizione in base alla quale il medesimo si impegna a non ostacolare l'accesso libero all'opera e alle eventuali utilizzazioni espressamente autorizzate.

Rispetto all'oggetto dell'*Open Access*, è da rilevare come esso sia più ampio rispetto a quello del diritto d'autore mentre e, con riferimento alle attività scientifiche, è importante intendersi sul significato di "sapere scientifico". In effetti, quest'ultima nozione comprende molte categorie di opere ascrivibili al diritto d'autore, si pensi alle opere letterarie (come articoli, monografie, atti di convegni, trattati, manuali e saggi) anche dotate di parte illustrativa (immagini come fotografie, diagrammi, grafici e mappe geografiche) e nel caso in cui le parti figurative non siano semplici accessori al testo, bensì rappresentazione del lavoro scientifico. Rispetto ai dati scientifici, quando atomisticamente considerati, essi sono porzioni di informazioni non ricompresi nella disciplina del diritto d'autore. I medesimi sono tutelabili solo quando organizzati in una banca dati e, per questo, oggetto del diritto *sui generis*⁽⁹⁵⁾.

L'applicabilità dell'*Open Access* ai dati comporta, tuttavia, il rispetto di parametri per la loro gestione: i principi FAIR (acronimo di *Findable, Accessible,*

⁽⁹⁵⁾ Rispetto alla disciplina del segreto industriale, l'*Open Access* sembra essere più marcatamente intervenuto nell'ambito della confidenzialità e degli accordi di non divulgazione in ragione della necessità di rendere noti i risultati della comunità scientifica.

Interoperable, Reusable)⁽⁹⁶⁾ hanno lo scopo di orientare lo sfruttamento di una enorme e complessa quantità di dati che, velocemente creati mediante supporti elettronici, richiedono il minimo intervento umano.

L'operatività dei principi FAIR si è andata via via estendendo, riguardando non soltanto i dati bensì oggetti digitali, metadati e infrastrutture. In questo contesto, è particolarmente degna di nota, la distinzione tra dati FAIR e dati aperti, poiché, in effetti, mentre questi secondi sono condivisibili, condivisi e liberamente utilizzabili, i primi, che pur seguono buone pratiche per la condivisione dei dati, rispettano le restrizioni imposte dalla tipologia del dato, quando ad esempio si tratta di informazioni personali, oppure sono assoggettabili a *copyright* ovvero tutelabili da segreti industriali o brevetti.

Rispetto a queste matrici conoscitive, l'obiettivo principale dell'*Open Access* è l'eliminazione di barriere tecniche, giuridiche ed economiche che impediscono la divulgazione al pubblico, aprendo la possibilità del riutilizzo dei risultati della ricerca scientifica. Questo regime di apertura è stato ben analizzato dalla dottrina che, per l'appunto, lo descrive come «un approccio alla disseminazione della conoscenza [che] esprime libera disponibilità online di contenuti digitali in generale e coinvolge l'insieme

⁽⁹⁶⁾ Elaborati da un gruppo di ricercatori, enti finanziatori, editori e istituzioni di ricerca, i principi FAIR operano in tema di utilizzo dei dati della ricerca favorendone la qualità, il riutilizzo, la conservazione e i servizi collegati. Essi non costituiscono di per sé stessi uno standard, ma rappresentano il fondamento di pratiche e strategie per garantire che il materiale digitale sia: *Findable* (rintracciabile): gli esseri umani e le macchine devono essere in grado di rintracciare i dati attraverso il recupero automatico e l'impiego di identificatori come ad esempio DOI, URN e metadati descrittivi che sono registrati in *repository* indicizzabili o cataloghi; *Accessible* (accessibile): accessibilità dei dati e metadati comporta l'impiego di meccanismi di autorizzazione e autenticazione mediante protocolli standardizzati. Anche se i dati non sono in formato *open*, i metadati dovrebbero rimanere rintracciabili; *Interoperable* (interoperabile): i dati e metadati sono integrati, combinati, utilizzati e resi interpretabili con altri strumenti; *Reusable* (riutilizzabile): dati e metadati sono replicati e combinati in diversi modi e contesti di ricerca. Affinché ciò avvenga, essi devono essere documentati e descritti in modo che la loro qualità permanga nei molteplici riusi. Il riutilizzo di dati e metadati dovrebbe essere stabilito da licenze chiare e accessibili.

della conoscenza e della creatività liberamente utilizzabile, in quanto non coperta da restrizioni di natura giuridica e tecnologica»⁽⁹⁷⁾.

Con riferimento alla letteratura *Open Access* ne sono connotati: l'accesso gratuito alla lettura e altre facoltà come scaricare, copiare, distribuire e stampare, nonché effettuare link a testi completi di opere, indicizzarli e utilizzarli per scopi leciti. Ciò, inoltre, non è incompatibile con il processo di referaggio (*peer review*) che, al contrario, è ben presente nella modalità di accesso aperto e contribuisce alla circolazione di letteratura scientifica e accademica *Open Access* di qualità.

Le opere *Open Access* sono fruite e valorizzate attraverso un modello che le rende disponibili *online* in maniera immediata e gratuita cioè, naturalmente, non in alternativa alle tradizionali pubblicazioni commerciali. La versione *Open Access* è complementare e aggiuntiva.

Ne deriva che, l'istituto del diritto d'autore più direttamente coinvolto dall'utilizzo di *Open Access* sia il contratto di edizione, quando ad essere oggetto di disciplina siano le pubblicazioni delle opere scientifiche. Infatti, la pubblicazione *Open Access* interseca l'editoria tradizionale, soprattutto rispetto alla titolarità di alcuni diritti riservati agli autori. L'*Open Access* non comporta di per sé stesso uno stravolgimento delle abitudini di pubblicazione degli autore che, in effetti, possono continuare a riferirsi agli editori tradizionali. L'aspetto ulteriore che richiede l'*Open Access* è l'accordarsi con gli editori in merito a cosa e come disciplinare la modalità aperta del proprio lavoro.

A tal fine, giova chiarire come la pubblicazione *Open Access* possa avvenire attraverso due modalità:

La *Gold Road*: si tratta di una modalità di accesso aperto che si realizza con la pubblicazione su una rivista *Open Access, peer reviewed*, accessibile a tutti e senza abbonamento.

I costi della pubblicazione possono essere gestiti diversamente: a) totale gratuità per chi legge e scrive; b) gratuità per chi legge ma pagamento di un costo di pubblicazione per chi scrive, le cd *Article Processing Charges-APC*, corrisposto o dal singolo ricercatore o dall'ente di ricerca; c) riviste ibride

⁽⁹⁷⁾ P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, cit., p. 70.

per cui è richiesto l'abbonamento per l'accesso alla rivista e *Open Access* per singolo articolo con pagamento delle APC⁽⁹⁸⁾.

La *Green Road*: è una modalità di accesso aperto mediante auto-archiviazione delle pubblicazioni usufruendo di archivi istituzionali o disciplinari ad accesso aperto. Gli autori possono pubblicare con i propri editori secondo meccanismi tradizionali ma, allo stesso tempo, depositano una versione della loro opera. Ciò deve avvenire nel rispetto degli accordi con gli editori che spesso specificano la versione da depositare (c.d. *versioning*). Si può trattare, infatti, di *pre-print* ovvero, se concesso dagli editori, della versione editoriale.

Nel tempo è divenuto piuttosto frequente l'impiego dei cd *addenda* ai contratti editoriali, cioè contratti addizionali rispetto a quelli di edizione, il cui scopo è riservare all'autore i diritti che gli consentono il riutilizzo dell'opera. L'autore può concordare con l'editore la riproduzione e la divulgazione per finalità didattiche o di ricerca; la pubblicazione dell'opera su siti personali e/o istituzionali e il deposito in archivi istituzionali ad accesso aperto; la riproduzione di opere derivate a scopo didattico.

6. — *Le licenze.*

L'istituto della licenza (dal latino *licere*: permettere) è centrale nell'affrontare le questioni riguardanti i diritti sulle opere creative tutelate dal diritto d'autore e fruibili in modalità *open*. L'utilizzo di opere soggette a *copyright* spesso implica la presenza di una licenza che disciplina il rapporto libertà/condizioni: l'autore, infatti, concede talune libertà e impone determinate condizioni per l'utilizzo in base alle circostanze di fruizione. Nell'esprimere un permesso all'utilizzo dell'opera, la licenza consente al licenziante (titolare dei diritti sull'opera) di stabilire delle condizioni nei confronti dei licenziatari (potenziali utilizzatori).

Come sopra accennato, è nell'ambito del *software* libero che il modello di licenze (*licensing*) nasce e si evolve, per poi estendersi progressivamente alla

⁽⁹⁸⁾ Le riviste ibride comportano sia il pagamento del singolo articolo sia il pagamento dell'abbonamento della rivista (c.d. *double dipping*).

creatività umana in altri ambiti. L'avvento e l'espansione di internet hanno, infatti, comportato nei primi anni 2000, la nascita di licenze "contenuti aperti" (*open content*) predisposte sul modello delle licenze di *software* libero. Questa tipologia di licenze, rendendo concretamente possibile la diffusione di creatività, rappresenta un'alternativa ai circuiti di distribuzione e pubblicazione delle opere, in primo luogo quelli offerti dall'editoria tradizionale.

Attualmente le licenze *Creative Commons* sono le più diffuse e, ad esclusione del *software*, sono sostanzialmente utilizzabili per tutti i tipi di opere creative.

Le licenze *Creative Commons* nascono su ispirazione del modello *copyleft* e, per l'appunto, il loro scopo è quello di diffondere contenuti mediante nuovi strumenti compatibili con le esigenze della rete.

Le licenze *Creative Commons* sono il risultato di un modello di gestione dei diritti d'autore che indica agli utilizzatori come l'opera possa essere fruita bilanciando il rigido regime del copyright "*all rights reserved*" e quello di pubblico dominio "*No rights reserved*". In questo caso, solo alcuni diritti sono riservati "*some rights reserved*" e le licenze *Creative Commons* sono rappresentate graficamente con la sigla "CC".

Rispetto alla struttura, una licenza *Creative Commons* consta di tre livelli:

- a) la licenza vera e propria con il testo completo del regime di circolazione, il documento giuridicamente vincolante tra le parti e disponibile nelle principali lingue (*legal code*);
- b) la sintesi delle facoltà concesse al potenziale utilizzatore, espressa attraverso simboli facilmente interpretabili (*creative commons deed*);
- c) il formato leggibile dai sistemi *software*, motori di ricerca e altri mezzi tecnologici che riassume le libertà chiave e gli obblighi⁽⁹⁹⁾ (*digital code*).

Le licenze *Creative Commons* si articolano mediante la composizione di quattro *standard* di *licensing* messi a disposizione:

Attribuzione (Attribution): la licenza pone come unica condizione l'attribuzione della paternità all'autore originario e permette ampia libertà di utilizzo

⁽⁹⁹⁾ Ciò rende possibile l'automazione della selezione delle opere quando le medesime sono indicizzate, identificate e catalogate tramite motori di ricerca.

dell'opera, possibilità di modifica e realizzazione di opere derivate, anche per scopi commerciali. La rappresentazione della licenza è la sigla BY.

Condividi allo stesso modo (Share Alike): la licenza prevede il riconoscimento della paternità dell'autore originario aggiungendo la condizione che in caso di opere derivate le stesse vengano rilasciate con questa stessa licenza. Ne deriva che l'opera originaria e quella derivata (e successive opere derivate) soggiacciono alle medesime libertà di utilizzo. È possibile copiare, distribuire, visualizzare ed eseguire modifiche. La licenza è indicata con la sigla SA.

No opere derivate (No Derivatives): la licenza consente ampia libertà di riutilizzo, tuttavia non permette la realizzazione di opere derivate. In ragione del fatto che l'apporto personale dell'autore è la principale caratteristica dell'opera, non è possibile distribuire opere derivate da quella originale. La rappresentazione della licenza è la sigla ND.

Non commerciale (Non Commercial): la licenza non permette l'utilizzo per finalità commerciali pur consentendo la copia, distribuzione, esecuzione di copia e lavori derivati per scopi non commerciali. La licenza è indicata con la sigla NC.

I diversi termini di licenza possono dar vita a combinazioni come:

Attribuzione BY; Attribuzione-Non opere derivate BY-ND; Attribuzione-Non commerciale-non opere derivate BY-NC-ND; Attribuzione-Non Commerciale BY-NC; Attribuzione-Non Commerciale-Condividi allo stesso modo BY-NC-SA; Attribuzione-Condividi allo stesso modo BY-SA.

La compatibilità delle licenze *Creative Commons* al modello *Open Access* non è automatica essendo, invece, necessario che siano presenti e rispettati i presupposti declinati dalla Dichiarazione di Berlino: «l'autore(i) ed il detentore(i) dei diritti relativi al contributo garantiscano a tutti gli utilizzatori il diritto d'accesso gratuito, irrevocabile ed universale e l'autorizzazione a riprodurlo, utilizzarlo, distribuirlo, trasmetterlo e mostrarlo pubblicamente e a produrre e distribuire lavori da esso derivati in ogni formato digitale per ogni scopo responsabile, soggetto all'attribuzione autentica della paternità intellettuale»⁽¹⁰⁰⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Dichiarazione di Berlino, Accesso aperto alla letteratura scientifica, 2003, consultabile in openaccess.mpg.de/67682/BerlinDeclaration_it.pdf. Il documento, cui hanno aderito

Ne consegue che, sulla base dei termini di uso che si intende concedere, vi è una difformità tra il *proprium* dell'*Open Access* e i modelli di licenza *No-derivatives* e *Non-commercial*.

Rispetto ai dati, il tema dell'apertura è particolarmente collegato alla libera disponibilità dei risultati della ricerca sui quali la comunità scientifica fonda le proprie argomentazioni e di cui la società civile si avvantaggia beneficiando del progresso della scienza.

Ciò ha comportato che a partire dagli anni 2000 si sia incominciato a parlare della necessità di strategie per gli *Open Science Data* o *Open Research Data* segnalando come le licenze *Creative Commons* potessero non adattarsi né a gestire il diritto *sui generis* delle banche dati né la condivisione dei dati della ricerca scientifica.

Con riferimento alle banche dati, *Creative Commons* ha aggiornato la versione delle proprie licenze inserendo anche il diritto *sui generis* tra quelli concessi con la licenza (versione 4.0). Merita particolare attenzione, ed è richiamata dalla dottrina come esperienza complementare alle licenze *Creative Commons*, il catalogo di licenze propugnato dal progetto *Open Data Commons* (ODC)⁽¹⁰¹⁾. Queste ultime, ispirate alle licenze *Creative Commons*, sono funzionali alla concessione di licenze di contenuti e banche dati tu-

università, enti di ricerca, enti finanziatori di ricerca, archivi, musei, fondazioni, società professionali europei e nel mondo, ha come obiettivo la promozione e disseminazione della conoscenza umana garantendo un accesso universale, affrontando altresì, le sfide di *Internet* nella diffusione. Ulteriori documenti significativi nell'evoluzione dell'*Open Access* sono la Dichiarazione della *Budapest Open Access Initiative* 2002 (www.budapestopenaccessinitiative.org/) e il Bethesda Statement sull'*Open Access Publishing* 2003 (legacy.earlham.edu/~peters/jos/bethesda.htm). Per l'azione europea di promozione dell'*Open Access* si vedano: Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Verso un accesso migliore alle informazioni scientifiche: aumentare i benefici dell'investimento pubblico nella ricerca*, Bruxelles, 17.7.2012, COM(2014)401 final; *Raccomandazione della Commissione sull'accesso all'informazione scientifica e sulla sua conservazione*, 17 luglio 2012, in G.U.U.E. 21 luglio 2012, L194/39; *Raccomandazione (UE)2018/790 della Commissione sull'accesso all'informazione scientifica e sulla sua conservazione*, 25 aprile 2018, in G.U.U.E., 31 maggio 2018, L134/12.

⁽¹⁰¹⁾ Si veda *Open Data Commons*: opendatacommons.org/.

telati dal diritto d'autore e dalla normativa europea sulle banche dati⁽¹⁰²⁾.

Sia nell'ambito delle *Creative Commons* che nell'ODC operano talune opzioni di rinuncia al diritto d'autore e al diritto *sui generis*. Ciò avviene nei casi di *Creative Commons Zero* (CC0) e *Open Data Commons Public Dedication License* (ODC-PDDL) che, quando applicate, comportano il dominio pubblico dell'opera. Tuttavia, e come ben evidenziato in dottrina, questo dominio pubblico artificiale non è diretta conseguenza della licenza bensì, tecnicamente parlando, si tratterebbe di una rinuncia (*waiver*) senza che vi sia alcun rapporto giuridico tra creatore/autore e utilizzatori⁽¹⁰³⁾.

7. — *Conclusioni.*

Lo studio condotto si pone nell'ottica di una più profonda riflessione sul rapporto tra diritto d'autore e *openness* segnalando come i meccanismi di base del primo possano trovare una più moderna ed etica articolazione nella seconda. In generale, e in virtù dello sviluppo sopra tracciato, non appare più sostenibile l'idiosincrasia di autori o editori rispetto ai profili giuridici della dialettica *copyright/openness*. E per vero, come già rilevato in dottrina, gli autori si trovano «tra l'incudine (obbligo statale o europeo di pubblicare in accesso aperto) e il martello (il contratto con l'editore che nega questo diritto)»⁽¹⁰⁴⁾. Inoltre, è lecito domandarsi se per sostenere le molteplici forme dell'*openness* (quali per l'appunto *Open Access* e *Open Science*) sia indispensabile una riforma del diritto d'autore o, comunque, sia necessario intervenire in materia, quantomeno, rispetto a profili di ripubblicazione ovvero trasformare drasticamente i sistemi di pubblicazione scientifica. Non può sfuggire, altresì, come dietro alla logica di qualsiasi processo di evoluzione in tal senso vi debba anche essere un nuovo approccio alle tematiche e agli attori coinvolti.

⁽¹⁰²⁾ P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, cit., p. 217.

⁽¹⁰³⁾ *Ibidem*, p. 218.

⁽¹⁰⁴⁾ ROARS, *Scienza aperta: anche una questione di diritti d'autore*, 2023, consultabile in www.roars.it/scienza-aperta-anche-una-questione-di-diritti-d'autore/.

Il tema principale da trattare riguarda il rapporto tra proprietà e libertà e, più precisamente, come entrambe queste prerogative possano convivere nelle forme di condivisione delle opere dell'ingegno quali *Open Source* o *Creative Commons*. Queste ultime, infatti, consentono di far circolare programmi e conoscenza rendendo possibile liberarne l'accesso e la disponibilità. Rispetto agli autori, risuona quanto mai attuale la posizione di Kant che, infatti, aveva già delineato la figura dell'autore non più in virtù dell'affermazione della proprietà sull'opera ma in funzione della comunicazione al pubblico rispetto al quale dirigere il proprio lavoro⁽¹⁰⁵⁾. La modernità di questo pensiero si riscontra nella sua compatibilità con alcuni presupposti dell'*Open Science* e, più specificamente, la centralità del sapere rivolto alla comunità scientifica e la spinta alla cooperazione, che non è competizione, tra chi produce e chi usa (o riusa) la conoscenza. Da ultimo, appare rilevante sottolineare come nella relazione tra diritto d'autore-*openness* sia ormai determinante «il peso intrinseco delle novità tecnologiche sulle decisioni giuridiche»⁽¹⁰⁶⁾. Sebbene non vengano meno le istanze economiche in materia, sono, per la verità gli sviluppi tecnologici i nuovi *drivers* della conoscenza al punto tale da rendere indispensabili sistemi di tutela su base non e soltanto giuridica ma tecnologica.

⁽¹⁰⁵⁾ I. KANT, J.A.H. REIMARUS, J.G. FICHTE, *L'autore e i suoi diritti: scritti polemici sulla proprietà intellettuale*, a cura di R. Pozzo, Milano, 2005. Per una interessante analisi della figura dell'autore si veda anche B. DELLA GALA, *La "funzione autoriale" tra lotta politica e branding. Alcuni aspetti dei casi Wu Ming e Scrittura Industriale Collettiva*, in *Altre Modernità*, 2018, pp. 77-91.

⁽¹⁰⁶⁾ C. DE VECCHIS, P. TRANIELLO, *La proprietà del pensiero. Il diritto d'autore dal Settecento a oggi*, Roma, 2012, p. 174.

ALESSANDRO BILLI^(*)

IL TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI TRA GDPR E TECNOLOGIE A REGISTRO DISTRIBUITO

ABSTRACT: The article examines the delicate intersection of data protection regulation and blockchain technology. It begins with an introduction to the necessity of data protection, referencing the European Data Protection Regulation No. 679/2016 (GDPR). It then explores the impact of blockchain technology on data privacy, addressing challenges faced by data controllers and processors in navigating the realm of pseudonymization. The exploration extends to the complexities surrounding international data transfers and jurisdictional considerations in a blockchain-driven landscape. The article also discusses the rights to rectification, erasure, and access under GDPR, concluding with the potential for a complex yet fruitful coexistence between data protection laws and blockchain technology.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La necessità di protezione dei dati: il regolamento europeo n. 2016/679. – 3. L'impatto dell'architettura blockchain. – 4. Titolare e responsabile del trattamento alla prova dello pseudoanonimato. – 5. Trasferimento di dati all'estero ed individuazione della giurisdizione. – 6. Diritto di rettifica e cancellazione. – 7. Diritto di accesso – 8. Una complessa, ma potenzialmente fruttuosa convivenza.

1. — *Premessa.*

Nel corso degli ultimi due decenni l'avvento, l'espansione e l'evoluzione di internet hanno elevato le tematiche attorno alla privacy, del diritto alla riservatezza e del trattamento dei dati personali, rendendole sempre più complesse, intricate e delicate. Ciò ha condotto l'argomento al centro della discussione, provocando numerose elaborazioni e contributi sul versante giuridico oltre che tecnico, nonché dibattiti dottrinali, anche sulla

^(*) Università degli Studi di Perugia.

spinta di una nuova sensibilità diffusa da parte degli utenti, con particolare enfasi sul tema dell'archiviazione e sfruttamento dei dati personali.

Il sorgere, con l'arrivo del c.d. *Web 2.0*⁽¹⁾, di grandi piattaforme informatiche centralizzate, rappresentate dai motori di ricerca più avanzati come Google e Bing, dai social network come Facebook ed Instagram, i servizi di e-commerce come Amazon ed Ebay oppure di sharing, o meglio *aggregating economy*⁽²⁾ come Uber e AirBnb, ha comportato un interscambio mondiale di dati imponente⁽³⁾, consentendo ad alcuni fornitori di servizi di prenderne possesso in grande quantità, spesso anche ben oltre le finalità del trattamento di volta in volta necessario.

Ciò ha originato un utilizzo di questi ultimi dal punto di vista commerciale, con tutta l'evoluzione successiva, dal florido e controverso mercato dei c.d. *big data*, sino alla creazione di società specializzate nell'elaborazione dati finalizzata a svolgere attività di *profilazione*⁽⁴⁾.

Il dato ha così assunto un valore economico rilevante in svariati contesti, passando dalla realizzazione di pubblicità mirate, sino all'analisi politica⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Convenzionalmente, lo sviluppo del World Wide Web viene riassunto in fasi, delimitate da discontinuità solitamente costituenti un'evoluzione tecnologica rilevante. La fase del web 1.0 si estende dalle origini del primo sito internet, il 6 agosto 1991, ancora consultabile all'indirizzo info.cern.ch/hypertext/WWW/TheProject.html, sino a tutta la sua diffusione. La seconda fase ha inizio invece nel terzo millennio, con il cambio di paradigma: l'utente diviene il protagonista. Fanno la loro comparsa i grandi servizi come e-commerce e social network.

⁽²⁾ Cfr. *Can We Stop Pretending the Sharing Economy Is All About Sharing?*, reperibile in *Money.com*.

⁽³⁾ Secondo alcune stime, nel solo 2020 ogni utente ha prodotto mediamente 1,7 megabytes di nuovi dati al secondo, per un totale di circa 44 zettabytes, cioè 440 miliardi di gigabyte: medium.com/babb/data-blockchain-and-privacy-by-design-454a72319433.

⁽⁴⁾ La profilazione è stata definita dal Reg. UE 2016/679, all'art. 4, par. 1, n. 4, come «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali, utilizzando tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione, gli spostamenti di detta persona fisica».

⁽⁵⁾ P. DE FILIPPI, *The interplay between decentralization and privacy: the case of blockchain technologies*, Berkman Center for Internet & Society at Harvard, Parigi, 2016 (ssrn.com/abstract=2852689), p. 2 ss.

Molto spesso, il prezzo della gratuità di servizi digitali divenuti ormai quasi imprescindibili nella vita quotidiana, è proprio contenuto nei *Termini e Condizioni* che è obbligatorio sottoscrivere per poterne usufruire, sempre più spesso con la conseguente cessione dei dati personali anche a società terze⁽⁶⁾. Le stime di questo mercato sostengono che per l'anno 2020 tale mercato si è attestato attorno agli 84 miliardi di euro⁽⁷⁾.

Internet nel tempo ha dunque assunto la forma di un sistema accentrato, che vede potenti attori ricoprire una posizione pressoché dominante sull'intero settore⁽⁸⁾.

2. — *La necessità di protezione dei dati: il regolamento europeo n. 2016/679.*

A seguito del diffondersi dell'attuale paradigma centralizzato, dominante sull'intero mercato e sistema dell'economia digitale, è iniziato il processo, sia sul piano tecnologico che sul versante legale, di elaborazione di strumenti volti a favorire il controllo dei soggetti rispetto ai propri dati personali. Su questa linea uno dei contributi più rilevanti, ma allo stesso tempo controversi, è rappresentato dal nuovo Regolamento europeo sulla protezione dei dati

⁽⁶⁾ In quest'ottica è divenuta celebre l'espressione «se è gratis, allora il prodotto sei tu», a sottolineare come il dato sia divenuto una vera e propria *commodity*, merce dell'era digitale. Per approfondire il tema sulla Big Data Economy dei grandi colossi digitali, la trasmissione Report ha dedicato un'intera inchiesta giornalistica sui possibili abusi da parte di questi grandi *player* internazionali: www.report.rai.it/dl/docs/1302771081952prodotto2_pdf.pdf.

⁽⁷⁾ Secondo l'Osservatorio Big Data Analytics & Business Intelligence del Politecnico di Milano, nel 2019, il mercato dei Big Data Analytics in Italia è cresciuto del 23% rispetto all'anno precedente ed è più che raddoppiato rispetto al 2015, raggiungendo la cifra di 1,7 miliardi di euro.

⁽⁸⁾ A tal proposito, è stato ripetutamente e da più parti richiesto l'intervento delle autorità antitrust, nello specifico degli USA, al fine di tutelare i consumatori rispetto una *gross negligence of users' privacy*. Tra questi Scott Galloway, professore di marketing alla New York Stern School of Business, ha descritto nel suo saggio i comportamenti di quattro grandi giganti del settore web-tech: Facebook, Google, Amazon, Apple. Cfr. S. GALLOWAY, *The four. I padroni*, Hoepli, Milano, 2018.

personali (reg. UE n. 679/2016) noto con l'acronimo GDPR⁽⁹⁾.

Attraverso questo strumento si è voluto porre un freno alla frammentazione normativa in materia, prodotta dalla diversa attuazione nei vari Stati membri della precedente direttiva 95/46/CE⁽¹⁰⁾. Il regolamento⁽¹¹⁾ si muove lungo due direttrici fondamentali: dal lato *service provider*, cioè il fornitore dei servizi, viene concepito un sistema con intermediari centralizzati, i c.d. *titolari e responsabili del trattamento*; dal lato utente viene invece fornita agli interessati una serie di strumenti atti ad innalzare il livello di consapevolezza circa l'utilizzo dei propri dati⁽¹²⁾. Riguardo il primo punto, il legislatore europeo ha adottato un nuovo concetto di rischio, seguendo la logica del *one size fits for all*, cioè elaborando un singolo modello valido per tutte le situazioni, a discapito di quella che è la frammentarietà e le peculiarità all'interno del settore, ove insiste il principio di *accountability*, ossia la responsabilità che incombe sul titolare, oggi ancor più accentuata rispetto al passato. Il rischio non si limita più alla fase di violazione, ma si estende anche a quella precedente, in cui il dato potrebbe essere violato sulla base di determinati rischi che spetta al titolare valutare, introducendo una serie di accorgimenti precauzionali.

La prevenzione si ripartisce poi nei due concetti previsti dall'art. 25: quello di *data protection by design*, cioè predisposta sin dalla progettazione del servizio, e quello di *data protection by default*, che si sviluppa mediante impostazioni predefinite finalizzate alla sicurezza dei dati.

Quanto al lato del fruitore, il GDPR rappresenta un significativo tentativo di riequilibrare i ruoli, con una serie di garanzie e strumenti quali l'obbligo di essere sottoposti ad informativa «trasparente, intellegibile e facilmente accessibile», la possibilità di tempestiva segnalazione di invio o vendita di

⁽⁹⁾ GDPR: per una panoramica completa: G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017.

⁽¹⁰⁾ Reperibile per intero in www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/432175.

⁽¹¹⁾ Entrato in vigore il 25 maggio 2018, consultabile integralmente in eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0001.01.IT.A&toc=OJ:L:2016:119:TOC.

⁽¹²⁾ A.M. GAMBINO, C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, in *Dir. inf. e inform.*, 2019, p. 619.

dati a terzi, la possibilità di restringere o ritirare il proprio consenso al trattamento, la rettifica di informazioni incomplete od errate, fino ad arrivare al riconoscimento del discusso *diritto all'oblio*⁽¹³⁾. Anche il diritto di accesso viene ampliato, sia dal lato del contenuto, sia mediante il diritto di richiedere e di ottenere una copia dei propri dati personali sottoposti a trattamento.

Tutte queste innovazioni si innestano in uno scenario legislativo la cui ratio è la trasformazione del cittadino da inconsapevole spettatore a soggetto cosciente ed al centro dei processi di gestione dei propri dati⁽¹⁴⁾.

3. — *L'impatto dell'architettura blockchain.*

La realtà appena descritta viene a scontrarsi irrimediabilmente con l'avvento e la diffusione della tecnologia blockchain. Sebbene originata come meccanismo alla base del sistema di pagamento Bitcoin, non solo denaro, ma potenzialmente qualsiasi dato può essere registrato e trasmesso sulla catena, inclusi quelli personali.

Il Parlamento Europeo ha subito dimostrato interesse a questa archi-

⁽¹³⁾ Con questa ultima espressione si intende una particolare forma di garanzia che prevede la non diffusione, senza la presenza di particolari motivi, di informazioni che possono costituire un precedente pregiudizievole dell'onore di una persona, per tali intendendosi principalmente i precedenti giudiziari di una persona. L'art. 17 disciplina chiaramente i casi in cui deve essere effettuata la cancellazione su richiesta dell'interessato che il titolare del trattamento deve obbligatoriamente concedere "senza ingiustificato ritardo". La richiesta dell'interessato non deve essere in contrasto con altri principi meritevoli di tutela, come quello all'informazione e libertà di espressione. L'Autorità italiana Garante per i Dati Personali si era espressa verso una responsabilità dei motori di ricerca come Google, ove è possibile reperire i collegamenti a queste informazioni. Con recente e discussa pronuncia del 24 settembre 2019 la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha però stabilito che questi, qualora dovessero accogliere una richiesta di deindicizzazione da parte di un utente residente nell'Unione Europea, non sono obbligati ad applicarla anche alle ricerche condotte su scala globale.

⁽¹⁴⁾ G. RUGANI, *Il diritto all'oblio dell'articolo 17 Regolamento (UE) 2016/679: una grande novità? Una denominazione opportuna?*, in A. MANTELETO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia. Il Reg. Ue 2016-679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, p. 455.

tettura informatica, pubblicando già nel febbraio 2017 un report, nel quale vengono formulate ipotesi circa gli ambiti applicativi in cui la blockchain può rappresentare un'importante evoluzione tecnologica per il cittadino, individuando i settori dove può avere maggiore impatto⁽¹⁵⁾. È stato inoltre sottolineato come le tecnologie più evolute consentono di gestire perfino interi software, gli *smart contract*, che possono essere in un certo senso assimilati ad accordi contrattuali. Nel momento in cui i dati personali vengono trattati attraverso queste *Digital Applications*, basate su blockchain, è chiaro come venga in essere un rapporto regolato dal GDPR, con non poche problematiche connesse da un lato rispetto alle peculiarità della tecnologia, dall'altro rispetto l'impianto legislativo sotteso dal regolamento.

L'art. 25 GDPR, nella parte relativa alla c.d. *data protection by design*, richiede al titolare del trattamento di mettere in atto «misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione⁽¹⁶⁾, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione⁽¹⁷⁾, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente Regolamento e tutelare i diritti degli interessati»⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ Il report, intitolato *How blockchain technology could change our lives* è reperibile integralmente in [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA\(2017\)581948_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA(2017)581948_EN.pdf).

⁽¹⁶⁾ Con pseudonimizzazione si intende «il trattamento dei dati personali in modo tale che essi non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile» (art. 4, par. 1, n. 5 GDPR).

⁽¹⁷⁾ La minimizzazione dei dati prevede che i dati personali siano «adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati» (art. 5, par. 1, lett. c) GDPR).

⁽¹⁸⁾ La disposizione viene integrata nel considerando n. 78, per cui si prevede che le misure potrebbero consistere nel: ridurre al minimo il trattamento dei dati personali; pseudonimizzare i dati personali il più presto possibile; offrire trasparenza per quanto riguarda le funzioni ed il trattamento di dati personali; consentire all'interessato di controllare il trattamento dei dati; consentire al titolare del trattamento di creare e migliorare caratteristiche di sicurezza. Sul punto si sono pronunciati favorevolmente alcuni studiosi, tra cui: M. BERBERICH, M. STEINER, *Blockchain technology and the GDPR - How to Reconcile Privacy and Distributed Ledgers?*, in *European Data Protection Law Review*, 2016, p. 425.

Partendo da queste premesse, apparrebbe che la blockchain possa soddisfare le linee programmatiche del GDPR, costituendo uno strumento utile ed adatto per garantire la sicurezza e l'integrità dei dati in essa contenuta. Un registro così decentrato si dimostrerebbe inoltre più resistente ad eventuali attacchi informatici o a malfunzionamenti rispetto a una soluzione tradizionale⁽¹⁹⁾.

Per queste ragioni, nella Dichiarazione Istitutiva della Blockchain Partnership europea, siglata da 22 stati membri per cooperare sugli sviluppi futuri in materia, viene affermato che «i servizi blockchain-based aiuteranno a preservare l'integrità dei dati e garantiranno una migliore gestione degli stessi da parte dei cittadini e delle organizzazioni che interagiscono con le pubbliche amministrazioni»⁽²⁰⁾. Il Parlamento Europeo si è poi nuovamente pronunciato sull'argomento, con Risoluzione del 3 ottobre 2018⁽²¹⁾, dichiarando che la blockchain possa «costituire uno strumento che rafforza l'autonomia dei cittadini dando loro l'opportunità di controllare i propri dati e decidere quali condividere nel registro, nonché la capacità di scegliere chi possa vedere tali dati».

Tuttavia, è sempre nello stesso documento che viene posta in evidenza la presenza di più di un elemento di incompatibilità tra blockchain e GDPR.

Al contrario di un tradizionale servizio informatico, nel quale i dati vengono conservati in un server centrale, questa si basa su di un'infrastruttura *peer-to-peer* in cui le informazioni sono distribuite nella rete degli utenti. In

⁽¹⁹⁾ Tuttavia è importante evidenziare come non ci si trovi comunque dinnanzi ad un sistema impossibile da *bypassare*. Sebbene estremamente difficile, è comunque possibile risalire alla stringa alfanumerica della chiave privata. Attraverso la scoperta e la ricostruzione di una chiave privata non si identificherebbe immediatamente una persona fisica, costituendo solamente qualche cosa che quest'ultima conosce e gestisce, anche se l'apprensione della chiave privata comporta la disponibilità di spendere ciò che è connesso a tale chiave. L'indirizzo, dunque, costituisce uno pseudonimo, cioè una rappresentazione intermedia, non direttamente collegabile al soggetto titolare. Cfr. R. BATTAGLINI, M.T. GIORDANO, *Blockchain e Smart Contract*, Milano, 2019, p. 100.

⁽²⁰⁾ A.M. GAMBINO, C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, cit., p. 623.

⁽²¹⁾ Risoluzione dal titolo *Tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione*, reperibile integralmente in www.europarl.europa.eu/doceo/document/T-A-8-2018-0373_IT.pdf?redirect.

una blockchain come prevista dal modello “originale”, cioè pubblica e *permissionless*, la caratteristica intrinseca della trasparenza fa in modo che i dati, oltre che immutabili, siano accessibili ad un vasto numero di soggetti⁽²²⁾. Da un lato quindi la natura trasparente e distribuita sembra essere uno dei punti di forza di questa tecnologia. D’altro canto però, il suo funzionamento tramite la catena di blocchi, e dunque la replica di dati su tutte le copie del registro, confligge apertamente con il *principio di minimizzazione dei dati*. Il GDPR prevede infatti che i dati e le loro copie siano limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati. In sostanza, le informazioni raccolte devono essere adeguate e pertinenti rispetto al fine che si intende perseguire, e non possono essere acquisite in misura maggiore a quella necessaria. Ciò non può essere in alcun modo rispettato nel normale funzionamento del registro di una blockchain *permissionless*, che dunque si trova in palese contrasto con i principi di *data protection by design* ed *accountability*.

Nelle blockchain *permissionless* la chiave privata per accedere alle informazioni, da coordinare con quella pubblica, è in possesso e di responsabilità esclusiva della persona fisica di riferimento, senza che nessun intermediario o ente centrale possa conoscere la correlazione tra questa ed il suo utilizzatore.

Riguardo le chiavi pubbliche invece, che hanno una funzione simile a quella degli *account*⁽²³⁾ dei servizi tradizionali e che sono costituite da una stringa di numeri e lettere generalmente in ordine casuale⁽²⁴⁾, alcuni autori

⁽²²⁾ M. BERBERICH, M. STEINER, *Blockchain technology and the GDPR - How to Reconcile Privacy and Distributed Ledgers?*, cit., p. 425.

⁽²³⁾ Ciò si ricollega, relativamente al dibattito riguardante un’altra tecnologia, al dibattito circa la natura dell’indirizzo IP dinamico quale dato personale. La questione è stata risolta in senso positivo solo anni dopo, con sentenza *Breyer* della Corte di Giustizia dell’Unione Europea del 16 ottobre 2016.

⁽²⁴⁾ Per la verità, esistono servizi online che permettono di generare delle chiavi contenenti al loro interno una parte della stringa richiesta dall’autore (ad esempio il proprio nome o altri riferimenti). L’adozione di tale possibilità è sconsigliata dagli esperti del settore, in quanto aumenterebbe ancor più l’esposizione al rischio di essere rintracciati. Aspetto emerso nel corso del webinar *Blockchain* tenuto da Sistemi Formativi Confindustria Umbria presso Umbria Business School in data 17 aprile 2020.

hanno sostenuto che si realizzerebbe una forma di pseudonimizzazione⁽²⁵⁾. Ciò, in aggiunta al fatto che i dati contenuti nei blocchi sono criptati, escluderebbe l'applicazione del GDPR, in quanto si è in presenza di informazioni riconducibili a dati anonimi.

Questa tesi, nonostante l'indubbio sforzo interpretativo, non può essere sostenuta per una serie di ragioni. Innanzitutto, non è così infrequente che sia possibile ricollegare l'indirizzo ad una specifica identità. Ciò può avvenire per esempio nel caso in cui questo sia presente in una pagina pubblica, come un sito web o un forum, ai fini dello scambio di criptovalute⁽²⁶⁾. In aggiunta, vi è da segnalare che esiste un settore in rapido sviluppo, quello delle cc.dd. *blockchain analysis e digital forensic*, finalizzato allo sviluppo di procedimenti investigativi volti a risalire a identità apparentemente anonime, utili anche in contrasto ad attività illecite come il riciclaggio di denaro⁽²⁷⁾.

Per quel che riguarda invece il contenuto dei singoli blocchi, che rappresentano “agglomerati” di dati, occorre poi considerare che né la crittografia, né la funzione di *hash*, possono essere repute totalmente anonime, risul-

⁽²⁵⁾ Tra gli altri, N. FABIANO, *The Internet of Things ecosystem: The blockchain and privacy issues. The challenge for a global privacy standard*, 2017, International Conference on Internet of Things for the Global Community (IoTGC), Funchal, 2017, pp. 1-7.

⁽²⁶⁾ Ciò è la comune prassi in alcune piattaforme di exchange specializzate, come Coinbase, società californiana che opera scambio di Bitcoin, Ethereum, Litecoin ed altri beni digitali con valute in corso legale in 32 nazioni.

⁽²⁷⁾ Alcune società come Coinalytics, Coinometrics o Elliptic ne hanno fatto il fulcro del loro business. La blockchain può essere sottoposta a diverse tipologie di indagine, delle quali la più ardua, ma penetrante, è sicuramente quella circa l'identità del proprietario di un indirizzo, che necessita di una serie di analisi incrociate. Una delle principali tecniche di deanonimizzazione è rappresentata dal *clustering*, cioè l'identificazione di vari indirizzi riconducibili presumibilmente ad uno stesso *wallet*, collezione di indirizzi appartenenti ad una stessa entità. Per un quadro completo circa le modalità di approccio si rimanda a: J.D. NICK, *Data-Driven De-Anonymization in Bitcoin*, Distributed Computing Group Computer Engineering and Networks Laboratory ETH, Zurigo, 2015. Vari strumenti sono stati inoltre predisposti al fine di automatizzare parzialmente l'indagine, come il gratuito WalletExplorer, o l'italiano XFlow, acquisito nel 2019 da Coinbase. Come risposta all'evolversi di queste tecniche si è assistito alla nascita di varie criptovalute che rendono quasi impossibile l'attività di deanonimizzazione tra cui Monero e Zcash. Per approfondire l'argomento: R. BATTAGLINI, M.T. GIORDANO, *Blockchain e Smart Contract*, cit., p. 123.

tando perciò preferibile l'inserimento di questo fenomeno nella categoria dello *pseudoanonimato*⁽²⁸⁾.

In definitiva, trattandosi dunque di una forma, per quanto raffinata ed avanzata, di *pseudonimizzazione*, i dati in essa contenuti ricadono nell'ambito di applicazione del GDPR. Rimane perciò possibile, per quanto reso particolarmente oneroso, re-identificare il proprietario utilizzando alcune *informazioni aggiuntive*, come richiamate all'art. 4, par. 1, n. 5 GDPR. Per far fronte a queste problematiche e prevenire l'identificazione del titolare della chiave pubblica, sono state elaborate varie strategie, dalle più semplici a soluzioni più complesse, tra le quali l'utilizzo di indirizzi usa e getta, il sistema delle c.d. *ring signatures*, fino alla c.d. *zero knowledge proof*⁽²⁹⁾. Bisogna ancora una volta tenere in considerazione come queste tecniche, così come l'intera tecnologia, siano in una fase di continui sviluppi ed evoluzioni, per cui è solamente possibile fotografare la situazione in quel preciso momento.

Discorso parzialmente diverso può essere condotto nel caso di adozione di una blockchain di natura differente, quale il caso di un modello *permissioned*, contraddistinto dalla selezione di chi ha la facoltà di accedervi e chi può visionare le informazioni in essa contenute, sebbene non verrebbe scongiurata neanche in questo caso la moltiplicazione dei dati personali all'interno delle singole copie dei registri posseduti da ogni partecipante alla rete⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ Così come definito dal Gruppo di lavoro *Articolo 29*, organismo consultivo indipendente europeo delle autorità di vigilanza e protezione dei dati, nel suo parere del 10 aprile 2014, consultabile integralmente in ronchilegal.eu/wp-content/uploads/2017/12/Anonimizzazione-secondo-il-WP29-del-2014_it-1.pdf.

⁽²⁹⁾ La prima tecnica prevede l'utilizzo di una chiave diversa per ogni operazione da compiere. Con le *ring signatures* invece ogni firma digitale viene fatta ricondurre non ad un singolo, ma ad un gruppo di utenti. La *zero knowledge proof* si tratta di un particolare tipo di crittografia che non richiede la rivelazione di informazioni sensibili per la validità della transazione. Il sistema viene utilizzato dalla tecnologia Zcash. Cfr. M. FINCK, *Blockchains and Data Protection in the European Union*, Monaco di Baviera, 2017, p. 15.

⁽³⁰⁾ Si è espressa in tal senso la Commission Nationale Informatique & Libertés francese, attraverso il documento *La Blockchain: quelles solutions pour un usage responsable en présence de données personnelles?*, pubblicato in data 24 settembre 2018.

Taluni autori⁽³¹⁾ ritengono che, in base alla lettera del considerando 26 GDPR⁽³²⁾, sia possibile ipotizzare di ritenere soddisfatti i principi di *accountability* e minimizzazione, rendendo così possibile una valutazione positiva della tecnologia blockchain. A tal fine sarebbe necessaria l'effettuazione di un'analisi finalizzata a valutare parametri oggettivi, come i costi ed il tempo necessari da dedicare a eventuali operazioni di re-identificazione, considerando i mezzi disponibili allo stato dell'arte attuale. Quello che risulta però al momento, elemento che può definirsi condiviso da gran parte delle declinazioni di questa architettura, è la difficoltà ad assicurare un elevato tasso di improbabilità nella re-identificazione partendo da un indirizzo, tenuto conto anche della giovinezza di tale tecnologia. Per questa serie di ragioni, rimane unanimemente sconsigliabile, almeno allo stato attuale, la conservazione dati personali e sensibili su blockchain, in special modo di tipo *permissionless*.

4. — *Titolare e responsabile del trattamento alla prova dello pseudoanonimato.*

Continuando la disamina degli elementi di frizione tra il GDPR e le peculiarità della blockchain, veniamo ora ad uno dei punti più spinosi del dibattito: l'individuazione del titolare e del responsabile del trattamento. Analizzando il Regolamento emerge con vigore quanto sia centrale per il legislatore europeo il ruolo del *service provider*, il quale è soggetto ad una serie di oneri e responsabilità. Il Regolamento definisce quale titolare «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali»⁽³³⁾. Con finalità si intende la motivazione dell'utilizzo dei dati, mentre con mezzi vengono indicate le modalità tecniche ma anche organiz-

⁽³¹⁾ A.M. GAMBINO, C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, cit., p. 636.

⁽³²⁾ Nella parte in cui si dispone che «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».

⁽³³⁾ Art. 4, 1° comma, n. 7, GDPR.

zative del trattamento, come l'individuazione di chi ha effettivo accesso ai dati. È possibile, ed anzi, frequente, che più soggetti siano titolari del trattamento, in una situazione di *contitolarità*.

Sull'altro versante, la figura del *responsabile* è invece rappresentata da colui che «*tratta i dati personali per conto del titolare del trattamento*», secondo le finalità e le indicazioni impartite da questo⁽³⁴⁾.

Considerate le succitate caratteristiche di una blockchain permissionless, la sua natura distribuita, la capacità di disintermediazione e di pseudoanonimato dei partecipanti⁽³⁵⁾, è improbabile non ravvedere un'obiettivo difficoltà nel rintracciare la precisa identità del titolare del trattamento.

A tale riguardo si sono sviluppate in dottrina due ricostruzioni opposte. Secondo alcuni autori⁽³⁶⁾, non esisterebbe un'entità individuabile che abbia la potestà di predeterminare gli usi e governare il sistema, in quanto ogni nodo è uguale all'altro. Per questa ragione, verrebbero a mancare degli elementi essenziali affinché possa ritenersi soddisfatto il requisito dell'*accountability*. Questa visione si presta però a delle critiche ben supportate⁽³⁷⁾.

A opinione di altri autori⁽³⁸⁾, ogni nodo dovrebbe invece essere considerato titolare dei dati per sé stesso e *data processor*, responsabile per gli altri nodi, in quanto, detenendo copia dei dati e contribuendo al mantenimento di questi nel registro, configurante un elemento strumentale e di ausilio al trattamento⁽³⁹⁾.

Riconoscendo la titolarità del trattamento al singolo nodo, tuttavia, non si prende in considerazione che questo in realtà non è dotato di un potere

⁽³⁴⁾ C. DEL FEDERICO, A.R. POPOLI, *Disposizioni generali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 89 ss.

⁽³⁵⁾ Il titolare del trattamento potrebbe affidare ad un altro soggetto la costruzione dell'infrastruttura. Costui potrebbe assumere poi il ruolo di responsabile del trattamento.

⁽³⁶⁾ Tra cui J. MOSER, *The Application & Impact of the European General Data Protection Regulation on Blockchains*, in *R3 Reports*, 2017, p. 9.

⁽³⁷⁾ A.M. GAMBINO, C. BOMPREZZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, cit., p. 641.

⁽³⁸⁾ Tra questi anche M.T. GIORDANO, *La blockchain ed il trattamento dei dati personali*, in R. BATTAGLINI, M.T. GIORDANO, *Blockchain e Smart Contract*, cit., p. 105.

⁽³⁹⁾ In questo senso, M. FINCK, *Blockchains and Data Protection in the European Union*, cit.

irrevocabile di intervento sul trattamento dei dati, come ad esempio, citando uno dei possibili risvolti sul piano concreto, nell'ottemperare la richiesta di rettifica o cancellazione delle informazioni. Per realizzare queste operazioni sarebbe necessario rispettare il meccanismo del consenso previsto dal modello di blockchain, risultate nel caso più frequente nel raggiungimento della maggioranza dei nodi, che viene stabilito solamente a monte, in sede di programmazione, dagli sviluppatori del software stesso. Anche questa tesi dunque, nonostante i lodevoli propositi, non fa altro che mettere in luce quanto sia difficile modellare il Regolamento europeo, almeno allo stato attuale, sul paradigma di una blockchain "originale".

Questa rende ardua la definizione puntuale dei ruoli dei propri partecipanti, in assenza di un nodo che rappresenti il vero *dominus* della rete, in ragione delle caratteristiche base dell'architettura, il libero accesso e la natura *open source*. In tale situazione il GDPR, pur astrattamente applicabile, appare difficilmente adattabile a questa nuova architettura⁽⁴⁰⁾.

Discorso inverso va invece fatto qualora l'architettura prescelta sia una blockchain totalmente privata, in cui il titolare coincide con il gestore dell'infrastruttura, cui spetterebbe la determinazione delle finalità e dei mezzi del trattamento, così come anche nell'ipotesi di blockchain pubblica *permissioned*, dove è possibile ravvisare la presenza di un soggetto in grado di selezionare gli accessi, il livello di trasparenza e di monitorare i nodi e le loro attività⁽⁴¹⁾. Costui può essere dunque assimilato al ruolo di titolare (o contitolari se si

⁽⁴⁰⁾ Con l'intento di risolvere alla radice questo problema, la Commission Nationale Informatique & Libertés, autorità garante per la protezione dei dati personali francese, nel documento esplicativo emesso a novembre 2018 e intitolato *Blockchain and the GDPR: Solutions for a responsible use of the blockchain in the context of personal data* ha ritenuto di poter applicare, nella maggioranza dei casi, l'esenzione dalle norme del Regolamento prevista all'art. 2, 2° comma, lett. c) per i trattamenti c.d. *domestici*: tale esenzione permetterebbe di non considerare i trattamenti svolti dai privati come ricadenti sotto le rigide disposizioni di cui al GDPR e, pertanto, di non dover considerare i nodi (ove gestiti da utenti non professionali) veri e propri responsabili del trattamento. Stesso ragionamento si applicherebbe ai miner, che vengono in questo quadro considerati (non senza qualche dubbio interpretativo) come meri validatori di transazioni altrui e, in quanto tali non titolari di alcun ruolo di responsabilità.

⁽⁴¹⁾ A.M. GAMBINO, C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, cit., p. 638.

trattasse di più soggetti)⁽⁴²⁾. In questi due modelli il responsabile sarebbe poi individuato attraverso la nomina da parte del titolare.

5. — *Trasferimento di dati all'estero ed individuazione della giurisdizione.*

Un altro aspetto di rilievo circa l'applicazione del GDPR ad un'infrastruttura blockchain riguarda le questioni di giurisdizione ed il trasferimento di dati all'estero. Il Regolamento struttura un vasto ambito di applicazione territoriale, che impone l'individuazione *ab origine* e in modo predeterminato della legge applicabile al caso concreto. A norma dell'art. 3, questo procedimento si applica anche qualora il trattamento venisse posto in essere fuori dall'Unione Europea, ma sia collegato ad attività svolte dal titolare o responsabile del trattamento che ha sede in uno degli Stati membri⁽⁴³⁾. Lo stesso avviene nel caso in cui l'interessato si trovi all'interno dei confini europei, ma il titolare o il responsabile non hanno uno stabilimento nell'Unione⁽⁴⁴⁾. Se questo procedimento appare perfettamente eseguibile in sistemi accentrati di rete e di servizi, è stato evidenziato precedentemente già come solo l'individuazione del titolare e del responsabile del trattamento di una blockchain permissionless sia molto ardua.

La natura globale, incoercibile e pseudoanonima rende altresì molto complesso verificare il luogo del trattamento e dello stabilimento.

L'identità dell'interessato viene inoltre occultata dietro una stringa alfanumerica, per cui non è semplice stabilire se egli si trovi o meno nel territorio dell'Unione, anche se in questo caso sarebbe sufficiente stabilire un

⁽⁴²⁾ Cfr. C. BOMPRESZI, *Blockchain e assicurazione: opportunità e nuove sfide*, in *Dir., merc., tecnologia*, 2017, p. 29.

⁽⁴³⁾ Ciò si applica «quando le attività di trattamento riguardano: a) l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti interessati nell'Unione, indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento dell'interessato; oppure b) il monitoraggio del loro comportamento nella misura in cui tale comportamento ha luogo all'interno dell'Unione».

⁽⁴⁴⁾ Lo stesso avviene anche quando il trattamento viene posto in essere da un titolare non stabilito nell'Unione, in un luogo che secondo il diritto internazionale pubblico è soggetto al diritto di uno Stato membro.

criterio di collegamento, ad esempio basandosi su elementi come la presenza di un nome di dominio europeo⁽⁴⁵⁾.

Anche in questo caso, la scelta di una blockchain privata o pubblica *permissioned* consentirebbe invece la possibilità di individuare titolare e responsabile del trattamento, nonché l'identificazione del soggetto interessato, così risultando applicabile il GDPR senza ulteriori operazioni.

Quanto alla questione riguardante il trasferimento dei dati personali, il discorso fatto finora va integrato con un ulteriore approfondimento sul funzionamento stesso dell'infrastruttura blockchain. I dati inseriti nei blocchi vengono uniti alla catena tramite il *nodo validatore*, prima di essere replicati nelle varie copie del registro. Il problema giuridico in questo caso, oltre al discorso già affrontato precedentemente circa la localizzazione del nodo, è se possa ritenersi realizzato o meno un *trasferimento*⁽⁴⁶⁾ di dati personali ai sensi degli artt. 44 ss. GDPR⁽⁴⁷⁾.

Estendendo quanto enunciato nella criticata sentenza *Bodil Lindqvist*⁽⁴⁸⁾ della Corte di Giustizia dell'Unione Europea alla blockchain, parte della dottrina esclude che ciò possa dirsi perfezionato, considerando che «i dati non sono trasferiti direttamente, ma all'esito di un processo di validazione e successiva replica nei nodi della blockchain».

⁽⁴⁵⁾ A.M. GAMBINO, C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, cit., p. 643.

⁽⁴⁶⁾ Il GDPR non fornisce una definizione di “trasferimento”, la quale è stata elaborata per differenza rispetto al concetto di “comunicazione”. Con quest'ultima vengono identificati gli spostamenti di dati tra titolari, all'interno dell'Unione. Il trasferimento si configurerebbe dunque con i movimenti di dati tra soggetti, titolari o responsabili, con la presenza di almeno uno di essi fuori dai confini europei. A tal proposito, M.C. MENEGHETTI, *Trasferimenti di dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 436.

⁽⁴⁷⁾ W. MAXWELL, J. SALMON, *A guide to blockchain and data protection*, Hogan Lovells, Londra-Washington, 2017, p. 16.

⁽⁴⁸⁾ Decisione riguardante il trasferimento di dati personali mediante pagina internet caricata presso un web hosting provider stabilito nello Stato stesso o in un altro Stato membro. In quel caso la Corte negò che l'inserimento di dati personali in un sito web possa essere qualificato come trasferimento. Le maggiori critiche hanno riguardato il mancato chiarimento circa alcuni importanti aspetti, quali se i dati venissero materialmente scaricati su un computer di un Paese Terzo, oppure se l'hosting provider fosse ivi stabilito.

In quella vicenda, la Corte enunciò il principio che «i dati personali che giungono al computer di una persona che si trova in un Paese Terzo [...] non sono stati trasferiti direttamente tra queste due persone, ma attraverso l'infrastruttura informatica del fornitore di servizi di ospitalità». A causa di questa “mediazione” da parte del *web hosting provider* quindi, non si configurerebbe un trasferimento.

Allo stesso modo, il fatto che i dati di una blockchain non vengono trasferiti direttamente, ma all'esito del succitato processo di validazione e successiva replica, escluderebbe anche in questo caso il trasferimento⁽⁴⁹⁾. Appare tuttavia uscire rafforzata anche in questa situazione la necessità di un cambio di paradigma normativo, presa coscienza di come ci si trovi di fronte a luoghi virtuali insuscettibili per natura ai confini delle giurisdizioni, nei quali gli attori si muovono in un ambiente dominato dalle regole della *lex cryptographica*.

6. — *Diritto di rettifica e cancellazione.*

Passando in rassegna altri aspetti chiave del nuovo sistema normativo predisposto dal legislatore eurounitario, è stato sottolineato in precedenza come il GDPR conferisca al singolo *interessato* una serie di strumenti atti ad acquisire coscienza e a poter intervenire sul trattamento dei propri dati. Tra questi, il diritto di *rettifica*⁽⁵⁰⁾ e quello di *cancellazione*⁽⁵¹⁾ ai sensi degli artt. 16-17 GDPR, vengono inevitabilmente ad impattare con l'immutabilità della blockchain e la conservazione perpetua dei dati in essa.

A tale riguardo sono state prospettate diverse soluzioni, sia dal lato informatico che sul versante legale. Sul primo punto, è stato sperimentato l'utilizzo del c.d. *chameleon hash*, che consentirebbe di mantenere inaltera-

⁽⁴⁹⁾ Cfr. A.M. GAMBINO, C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, cit., p. 634.

⁽⁵⁰⁾ Ex art. 16 GDPR, «l'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la rettifica dei dati personali inesatti che lo riguardano senza ingiustificato ritardo».

⁽⁵¹⁾ Il diritto alla cancellazione sussiste nel momento in cui «i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati».

to l'hash originale del blocco, pur permettendo di effettuare cambiamenti. Se da un lato ciò renderebbe inoppugnabilmente possibile l'esercizio di tali diritti, non possono essere sottovalutati i risvolti tecnici in negativo in tema di sicurezza dell'intero sistema⁽⁵²⁾. Un'altra soluzione verte invece sul significato da attribuire al termine "cancellazione", che secondo alcuni non indicherebbe necessariamente la distruzione fisica del dato, potendo essere realizzata anche tramite l'inaccessibilità dello stesso, realizzabile mediante alcune tecniche, come la conservazione dei dati *off-chain*⁽⁵³⁾, cioè fuori dalla catena, iscrivendovi solo un collegamento con questi al loro interno, un hash dei dati. La blockchain verrebbe dunque utilizzata per archiviare la prova che alcuni dati esistono piuttosto che memorizzare gli stessi. Ciò consentirebbe la rimozione dei dati personali senza rompere la catena⁽⁵⁴⁾.

7. — *Diritto di accesso.*

Altro importante nuovo strumento proposto dal Regolamento è costituito dal diritto di *accesso*, normato dall'articolo 15, che conferisce al portatore di interessi la possibilità di ottenere dal titolare del trattamento la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano e in tal caso, di ottenere l'accesso a tali dati. Anche in questo caso ci si ricollega al problema dell'individuazione del titolare e del responsabile del trattamento.

In aggiunta, anche se fosse superata questa problematica trattata in precedenza, sarebbe poi allo stesso modo arduo per costui venire a conoscenza con certezza e precisione circa i dati personali sottoposti a trattamento, in quanto coperti dalla crittografia asimmetrica propria della tecnologia.

⁽⁵²⁾ A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., pp. 198-199.

⁽⁵³⁾ Come proposto da M. FINCK, *Blockchains and Data Protection in the European Union*, cit., p. 23 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. A. VALERIANI, *Blockchain vs GDPR: due opposti inconciliabili?*, in *Iusinitinere.it*, 24 ottobre 2018.

Proprio su questo punto però la blockchain potrebbe risultare veramente uno strumento, come ricordato anche dalla recente Risoluzione del Parlamento Europeo, in grado di garantire il diritto di accesso dell'interessato, allo stesso tempo dotato di maggior grado di protezione dei propri dati.

Le caratteristiche di tracciabilità e trasparenza possono conferire infatti al soggetto coinvolto la facoltà di ripercorrere tutti i trattamenti ai quali è stato sottoposto, limitare l'uso dei propri dati a specifiche operazioni, ed all'occorrenza, revocarlo⁽⁵⁵⁾. Sul tema si discute della possibilità di predisporre l'erogazione di importanti servizi pubblici sotto questa forma, come nel caso del fascicolo sanitario elettronico decentralizzato⁽⁵⁶⁾.

Anche in termini di integrità del dato, il livello di garanzia di una sua conservazione su blockchain è elevato, in virtù delle caratteristiche base della tecnologia. Si tratterebbe dunque di una vera e propria "responsabilizzazione" del soggetto privato, che diverrebbe sempre più proprietario dei propri dati.

Va inoltre ancora una volta sottolineato che, anche in questa area di studio, l'adozione di una blockchain *permissioned*, semplificherebbe e non poco le problematiche legate all'immutabilità unilaterale della catena, che verrebbero poi totalmente annullate nel caso di una blockchain del tutto privata, o ibrida, magari gestita da una Pubblica Amministrazione, nonostante la perdita di alcune proprietà uniche di una rete pubblica e *permissionless*.

8. — *Una complessa, ma potenzialmente fruttuosa convivenza.*

Arrivati alla conclusione di questa analisi, va ancora una volta evidenziato quanto risulti complesso e gravoso il compito del diritto quando messo di fronte ad innovazioni tecnologiche così repentine, chiamato a essere in gra-

⁽⁵⁵⁾ L.D. IBÁÑEZ, K. O'HARA, E. SIMPERI, *On Blockchains and the General Data Protection Regulation*, Report, Southampton, Luglio 2018, p. 11.

⁽⁵⁶⁾ S. TALLARICO, B. NICOLAI, Applicazioni blockchain per la condivisione e archiviazione dei dati: sfide e opportunità per il Servizio Sanitario Nazionale, contributo in *Convegno Nazionale Associazione Italiana Ingegneri Clinici: Verso un nuovo SSN. Professionisti, Innovazione e PNRR, Health Technology Challenge AIIC 2021, Milano, 2021*.

do di “intercettarle” e a delineare in brevissimo tempo un sistema contemporaneamente efficace alle finalità di tutela, ma allo stesso tempo abbastanza elastico da adattarsi alle inevitabili e continue evoluzioni.

Questa premessa ci è utile se si prende in considerazione che i lavori preparatori del Regolamento Europeo sulla Protezione dei dati personali hanno avuto inizio nel 2012, anno in cui la tecnologia blockchain muoveva i suoi primi passi, non era ancora conosciuta dalla maggior parte degli utenti e, soprattutto, non aveva registrato ancora una diffusione tale da rappresentare un punto focale di cui il legislatore avrebbe necessariamente dovuto tener conto nella stesura delle nuove disposizioni comuni in tema di tutela dei dati personali. All'epoca, l'unica blockchain funzionante era quella di Bitcoin, dove nella sua fase primordiale rarissimamente venivano registrate informazioni quali i dati personali⁽⁵⁷⁾.

Il paradigma tecnologico preso in esame dal GDPR è stato dunque quello dominante all'epoca, che rimane tutt'ora il più diffuso, e cioè quel sistema centralizzato, ove l'esistenza di un ente principale rende relativamente semplice l'individuazione di un responsabile del trattamento. Il GDPR, prendendo atto di ciò, ha realizzato un sistema volto a responsabilizzare i grandi *player* del web, nell'ottica di tutelare il cittadino-utente, elaborando un impianto non esente da alcune critiche.

In breve tempo però lo stato delle cose sembra essere sulla via di una nuova fase.

Per questa ragione si renderà inevitabilmente necessaria una revisione dell'intero complesso legislativo, pur se di non facile realizzazione. La presenza sempre più capillare e la fuoriuscita dalla fase prototipale di operatori che forniscono già servizi agli utenti tramite sistemi blockchain non può far altro che stimolare la ricerca e l'elaborazione giuridica, finalizzata a sciogliere gli attuali interrogativi e ad offrire soluzioni che non possono rimanere ancorate al tentativo di adattarvi la normativa attuale e sulla ricerca di figure sovrapponibili in un sistema centralizzato.

⁽⁵⁷⁾ M.T. GIORDANO, *La blockchain ed il trattamento dei dati personali*, in R. BATTAGLINI, M.T. GIORDANO, *Blockchain e Smart Contract*, cit., p. 101.

Preso atto di questa situazione, appare chiaro come sia necessaria una presa di coscienza circa la necessità di un'elaborazione giuridica ad hoc, vera e propria sfida nell'ottica di armonizzare questa tecnologia dirompente con i principi sanciti nelle varie Costituzioni degli Stati membri e nel GDPR.

Nel corso della trattazione è emerso come GDPR e blockchain, a prima vista inconciliabili, possono condividere un obiettivo di fondo comune: creare un ambiente in cui sia mantenuta la sicurezza dei dati e in cui sia restituito ai soggetti il controllo sugli stessi. Come abbiamo poi avuto modo di specificare nel corso della trattazione, le tecnologie DLT e in particolar modo la blockchain, consistono in un insieme di sistemi eterogenei ognuno con le proprie peculiarità e punti deboli, il che rende l'analisi e la predisposizione di normative specifiche ancora più probante ed impegnativa per il giurista, che dovrà anche essere dotato di un corposo bagaglio di conoscenze nel settore di riferimento, in un contesto di sempre maggiore interoperabilità *tecno-legale*.

Alcuni sforzi in questa direzione sono testimoniati dalla grande attenzione che si sta registrando, oltre a livello di grandi investitori privati sotto forma di consorzi e *joint ventures*, anche a livello nazionale e soprattutto internazionale, nonostante il fenomeno sia ancora alle prime battute e non occupi ancora le prime pagine con frequenza. Il particolare rilievo che viene attribuito alle nuove funzionalità in tema di protezione dei dati personali è sostenuto anche dal lavoro in questo ambito portato avanti dall' *Osservatorio e Forum dell'Unione Europea sulla Blockchain*⁽⁵⁸⁾, e da una serie di finanziamenti in seno al programma *Horizon 2020* finalizzati alla ricerca.

Anche nei Report annuali del Garante Europeo per la protezione dei dati viene enunciata la scelta di monitorare queste nuove tecnologie, al fine di trarne i maggiori benefici, pur contemperandole con i diritti dei cittadini,

⁽⁵⁸⁾ L'Osservatorio ha organizzato a Bruxelles un primo workshop sul tema, dal titolo *Opposites attract: Reconciling GDPR and blockchain*, nel giugno 2018. Successivamente, è stato prodotto anche un report, in cui è stato affermato che il GDPR non può rappresentare la fine della blockchain, e che le tensioni possono essere allentate mediante l'intervento del legislatore, dello European Data Protection Board e della giurisprudenza (T. LYONS, L. COURCELAS, K. TIMSIT, *Blockchain and the GDPR - a thematic report prepared by the European Union Blockchain Observatory and Forum*, Report, Osservatorio Blockchain in seno all'Unione Europea, 2018, cit. p. 28).

non rinunciando ad un'opportuna regolamentazione⁽⁵⁹⁾. La linea tracciata è quella dunque dello sviluppo e dell'adozione di blockchain *privacy-friendly*, che può essere perseguita solo attraverso un dialogo interdisciplinare tra diritto e tecnologia. Rispetto a quest'ultima, sono state evidenziate alcune possibili soluzioni, fino ad arrivare alla scelta piuttosto drastica di optare per il modello privato o *permissioned*, che appare più predisposto alla regolamentazione, sebbene obblighi a qualche rinuncia rispetto all'infrastruttura pubblica e anonima⁽⁶⁰⁾.

Sull'altro versante, quello legale, il primo passo da compiere è sicuramente di pervenire alla definizione di un quadro generale e sufficientemente efficace a definire un mondo così nuovo e vasto, formato da pressoché infinite varianti dalle caratteristiche più disparate, aldilà degli interessanti, quanto timidi tentativi intra statali⁽⁶¹⁾.

Vista la globalità, l'ampiezza e la transnazionalità del fenomeno, la soluzione non può che essere trovata attraverso una concertazione a livello europeo ed internazionale. Su questa linea si registra l'attivazione della *Commissione Tecnica 307 sulla blockchain e DLT*⁽⁶²⁾, con l'obiettivo di elaborare degli standard e progetti anche focalizzati sul tema della protezione dei dati personali, sotto l'egida dell'*ISO, Organizzazione Internazionale per la normazione*, la più importante a livello mondiale per la definizione di norme tecniche, alla quale partecipano 164 Stati. A livello europeo si sono invece mossi il

⁽⁵⁹⁾ Entrambi i report sono disponibili sul portale ufficiale del Garante Europeo della protezione dei dati, all'indirizzo edps.europa.eu/annual-reports_en.

⁽⁶⁰⁾ H. HALPIN, M. PIETRASKA, *Introduction to Security and Privacy on the Blockchain*, 2nd Ieee European Symposium on Security and Privacy Workshops, Parigi, 2017, pp. 1-3.

⁽⁶¹⁾ Diversi Stati del mondo hanno iniziato a definire le nuove tecnologie, soprattutto ai fini di normative legate a settori come il fin-tech. Per citare alcuni esempi all'interno dell'Unione Europea, si ricordano, oltre l'Italia con il Decreto Semplificazioni del 2019, Malta, che nel 2018 ha approvato tre leggi a riguardo, e la Francia, attiva già dal 2016 con una serie di ordinanze sulla registrazione e trasferimento di titoli finanziari non quotati mediante blockchain.

⁽⁶²⁾ Lo stato dei lavori, in continua evoluzione è consultabile all'indirizzo www.iso.org/committee/6266604.html.

Comitato Europeo di normazione (CEN)⁽⁶³⁾ insieme al *Comitato Europeo di normazione elettrotecnica (CENELEC)*⁽⁶⁴⁾, attraverso un documento congiunto⁽⁶⁵⁾ con l'obiettivo di fornire alle istituzioni eurounitarie un primo pacchetto di raccomandazioni sulle norme tecniche da adottare.

⁽⁶³⁾ Ente normativo, fondato nel 1961 con sede a Bruxelles, che ha lo scopo di armonizzare e produrre norme tecniche europee, in collaborazione con gli enti normativi nazionali e sovranazionali come l'ISO. Per l'Italia, l'opera di adattamento ed armonizzazione è affidata all'UNI, Ente Nazionale di unificazione.

⁽⁶⁴⁾ Comitato Europeo per la normalizzazione elettrotecnica. Fondato nel 1973 a Bruxelles, lavora in stretta collaborazione con l'Unione Europea ed è formato dai vari comitati scientifici a livello nazionale. Per l'Italia si rapporta con il CEI, Comitato Elettrotecnico Italiano. Organismo dal quale vengono promanate le normative EN, standard europei che una volta approvati devono essere adottati senza modifiche in tutti gli Stati membri.

⁽⁶⁵⁾ Documento elaborato da CEN-CENELEC Focus Group on Blockchain and Distributed Ledger Technologies (FG-BDLT) White Paper Subgroup: N 001, Recommendations for Successful Adoption in Europe of Emerging Technical Standards on Distributed Ledger/Blockchain Technologies.

VINCENZO PASQUINO^(*)

BLOCKCHAIN E SMART CONTRACTS

ABSTRACT: The essay aims to analyze the increasingly intricate interconnections between the digital world and traditional legal institutions. In order to do so, the text investigates the topic of smart contracts, attempting to define their scope and proper placement within civil law. Through the study of blockchain, the technology that initiated the phenomenon, and the analysis of the current regulation of Distributed Ledger Technologies, an effort is made to understand whether smart contracts can fall under the discipline outlined in the Civil Code with regard to contracts.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le origini degli *smart contracts*: la *blockchain*. Definizione, funzionamento e caratteristiche. – 3. Dalla *blockchain* agli *smart contracts*. – 4. Conclusioni.

1. — *Introduzione.*

L'epoca contemporanea è indubbiamente segnata da profonde innovazioni, la maggior parte delle quali provengono dal progresso tecnologico e, soprattutto, digitale. Il “mondo virtuale” è ormai parte integrante della realtà quotidiana della collettività e del singolo. Si è in grado di espletare la quasi totalità delle proprie azioni quotidiane attraverso dei dispositivi elettronici sempre più evoluti, raffinati e “intelligenti”.

Proprio il termine *smart*, ad oggi, ben sintetizza l'epoca di cambiamento cui la società sta andando incontro: frigoriferi, automobili, apparecchi televisivi, case e addirittura attività lavorative possono, in particolari condizioni, essere considerati *smart*. La realtà materiale, così come conosciuta, è sempre più connessa al mondo digitale tramite dispositivi altamente complessi, in grado di “apprendere” dai comportamenti umani.

Volendo, quindi, effettuare un tentativo di definire il significato del ter-

^(*) Università degli Studi di Perugia.

mine *smart*, si potrebbe intendere come un qualsiasi dispositivo digitale in grado di connettere, semplificare operazioni complesse, dematerializzare attività e interagire con l'uomo⁽¹⁾.

Tali cambiamenti hanno, ovviamente, coinvolto anche il mondo giuridico, trovatosi a dover affrontare fenomeni del tutto nuovi, solo parzialmente regolati (e regolabili) dagli istituti classici dell'ordinamento.

L'esempio principe, per l'oggetto della presente trattazione, è senza dubbio costituito dai c.dd. *smart contracts*.

Essi, come si vedrà, sono degli strumenti informatici sviluppati tramite tecnologia basata su registri distribuiti che automatizzano l'esecuzione di un'operazione – o di una prestazione negoziale – al verificarsi di particolari condizioni previamente stabilite. Nonostante il funzionamento degli *smart contracts* sia, almeno teoricamente, piuttosto semplice e lineare, i problemi giuridici che sorgono sono di non facile risoluzione. Sarà necessaria, infatti, non solo una conoscenza approfondita della disciplina dei contratti e delle obbligazioni in generale, ma anche lo studio degli aspetti interdisciplinari che connettono il mondo giuridico con quello tecnico-informatico.

Il primo quesito da porsi, forse il più importante, sorge fin dalla definizione stessa: ci si è chiesti se i cosiddetti contratti intelligenti siano, in primo luogo, dei veri e propri contratti o se il nome non sia, invece, da intendersi come semplice identificativo per tale nuovo strumento informatico. Per tentare di dare una risposta, però, sarà necessario analizzare la tecnologia dalla quale gli *smart contracts* si sono sviluppati, le fasi che precedono la loro programmazione, l'inserimento delle condizioni che una volta verificatesi causeranno l'esecuzione del *software* e la fase di esecuzione vera e propria.

2. — *Le origini degli smart contracts: la blockchain. Definizione, funzionamento e caratteristiche.*

La prima, embrionale, idea di *smart contract* prende forma verso la fine

⁽¹⁾ S.A. CERRATO, *Appunti su smart contract e diritto dei contratti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, p. 370 ss.

degli anni Novanta. Viene teorizzato un modello di funzionamento ad esecuzione automatizzata simile a quello dei distributori automatici di beni alimentari⁽²⁾. Proprio in quegli anni si sviluppa, contestualmente, anche la tecnologia che, ad oggi, è posta alla base dello sviluppo di tali strumenti informatici: la *blockchain*⁽³⁾.

Essa, in realtà, venne implementata come supporto della criptovaluta *Bitcoin* al fine di evitare il fenomeno del *double-spending*⁽⁴⁾. La *blockchain*, infatti, è registro distribuito, basato su di un sistema *peer-to-peer*, strutturato come una catena di blocchi crittografati contenenti le singole transazioni, aggiunte al registro tramite un “meccanismo del consenso”. Il sistema *peer-to-peer* pone ogni elemento (o nodo) di una rete allo stesso livello degli altri, consentendone il funzionamento senza regole gerarchiche e senza il controllo di un’ autorità superiore⁽⁵⁾. Ogni nodo della rete, quindi, svolge la funzione sia di *client* che di *server* e, conseguentemente, i dati ivi presenti saranno decentralizzati, non allocati in un unico luogo e presenti contemporaneamente su ognuno dei nodi connessi. A questi ultimi spetterà il controllo del registro delle transazioni effettuate – il *ledger* – contenente nel dettaglio ogni attività effettuata in *blockchain*⁽⁶⁾. Il controllo delle transazioni e delle scritture dei

⁽²⁾ N. SZABO, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, in firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469; ID., *The Idea of Smart contracts*, in szabo.best.vwh.net/idea.htm.

⁽³⁾ Seppure le origini, quantomeno teoriche, della *blockchain* siano molto più risalenti nel tempo (viene descritta già nel 1991, quando i ricercatori S. Haber e W.S. Stornetta introdussero una soluzione per la marcatura temporale di documenti digitali, per fare in modo che non potessero essere retrodatati o alterati), la vera e propria implementazione avviene nel 2008 per merito di S. NAKAMOTO, che pubblica il *white paper* dal titolo *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, in academy.binance.com/it/articles/history-of-blockchain, nel quale si introduce una moneta virtuale criptata utilizzando una *blockchain*.

⁽⁴⁾ Il fenomeno del *double spending* fa riferimento a quella caratteristica, tipica di quasi tutti i file digitali, che li rende infinitamente copiabili e riproducibili. In origine, quindi, anche il “denaro digitale” poteva essere potenzialmente copiato, riprodotto e moltiplicato infinite volte. Si veda F. SARZANA, S. IPPOLITO, *Blockchain e smart contract nel nuovo Decreto Semplificazioni*, in *Dir. int.*, 2019, p. 1 ss.

⁽⁵⁾ Una rete basata su questo sistema viene definita *Rete trustless*.

⁽⁶⁾ Ad esempio, come si vedrà in seguito, l’inserimento in *blockchain* di uno *smart contract*.

singoli blocchi, come accennato in precedenza, avviene tramite il cd. “meccanismo del consenso”. Mancando, infatti, un’ autorità superiore qualificata a validare i dati si avrà la necessità che ogni singolo nodo consideri il blocco valido. È di fondamentale importanza specificare, però, che solo nelle blockchain di tipo pubblico tutti i nodi presenti nella rete hanno lo stesso potere di controllo. Nelle *blockchain* di tipo privato (che nella realtà pratico-giuridica offrono la migliore applicabilità di tale tecnologia) esistono due diversi tipi di nodi:

- Nodi “*full*”, che sostengono l’intera struttura della blockchain, archiviando e decentralizzando interamente la distribuzione del registro e dotati del potere di controllo e consenso;
- Nodi “*light*”, posti a un livello gerarchico inferiore, in grado solamente di consultare il *ledger* e comunicare con i nodi *full* tramite un linguaggio “tradizionale” di tipo *client-server*.

La procedura di funzionamento della *blockchain*, che porterà al già citato meccanismo del consenso, comincia nel momento in cui un nodo desidera effettuare una transazione. Gli altri nodi, ricevuta questa richiesta, effettuano una verifica dell’operazione, iniziando a costruire un blocco che, una volta completo, viene proposto simultaneamente a tutti i nodi *full* presenti sulla rete.

Esso è unico, differenziato rispetto agli altri e viene identificato tramite *hash* crittografico⁽⁷⁾ e la sua posizione- detta anche *blockchain height*⁽⁸⁾, una volta inserito questo blocco nella *blockchain*, ne consente l’individuazione. Ogni nodo che ha costruito un blocco per una singola transazione lo comunica simultaneamente alla rete e, tramite un algoritmo di consenso, viene stabilito a maggioranza quale versione del blocco sarà inserita all’interno della *blockchain*. Negli anni sono stati elaborati diversi tipi di algoritmi di consenso, differenziati in base al grado di decentralizzazione, tra i quali i più utilizzati sono:

⁽⁷⁾ Consente la trasformazione dei dati della transazione di input in una stringa di codice informatico detto *hash*.

⁽⁸⁾ A.M. ANTONOPOULOS, *Mastering Bitcoin: Programming the Open Blockchain*, O’Reilly Media, Stanford, 2017.

- *Proof of capacity and proof of storage*: Sono algoritmi energeticamente efficienti, in quanto, a differenza del proof of work, non sfruttano la potenza di calcolo, bensì la memoria hardware del nodo;
- *Reputation based*: Tali algoritmi danno priorità a quei nodi ritenuti autorevoli, sulla base dell'intensità e del numero delle interazioni eseguite nella rete con gli altri nodi⁽⁹⁾
- *Proof of authority*: è l'algoritmo che sembra avere i risvolti pratico-giuridici più interessanti. Esso, infatti, consente la possibilità di aggiunta di blocchi nella blockchain solo a nodi verificati, precedentemente autorizzati e, di conseguenza, non anonimi⁽¹⁰⁾.

La *blockchain*, così come strutturata e funzionante, è dotata di alcune caratteristiche che la rendono, potenzialmente, estremamente utile anche in ambito giuridico. Essa, infatti, garantisce la decentralizzazione, la tracciabilità, l'immutabilità, la trasparenza e la verificabilità dei dati presenti.

La decentralizzazione offre un elevato grado di sicurezza, rendendo i registri digitali praticamente inviolabili, in quanto le informazioni presenti sono dislocate in modo crittografato su un numero altissimo di nodi i quali, nel caso di tentativi di furto, dovrebbero essere attaccati tutti contemporaneamente. Risulta lapalissiano affermare che questa operazione avrebbe una scarsissima probabilità di successo quasi prossima allo zero nell'ipotesi in cui fosse una singola entità a perpetrare l'attacco⁽¹¹⁾.

La tracciabilità consente un controllo meticoloso e certo di ogni transazione effettuata sulla *blockchain* e, nel caso di reti private, con nodi autenticati, rende possibile l'individuazione dei soggetti agenti e, di conseguenza, l'eventuale addebito di responsabilità in caso di azioni illecite.

L'immutabilità della *blockchain*, poi, deriva dall'intrinseca caratteristica di

⁽⁹⁾ F. GAI, B. WANG, W. DENG, W. PENG, *Proof of Reputation: A Reputation-based Consensus Protocol for Peer-to-Peer Network*, in International Conference on Database Systems for Advanced Applications, Springer, 2018, pp. 666-681.

⁽¹⁰⁾ N. ALICIA, *Why Blockchain Needs Proof of Authority Instead of Proof of Stake*, 2017, disponibile in cointelegraph.com/news/why-blockchainneeds-proof-of-authority-instead-of-proof-of-stake.

⁽¹¹⁾ A. WRIGHT, P. DE FILIPPI, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, in ssrn.com/abstract=2580664.

essere un registro *add-only*, ovvero che consente l'aggiunta di nuovi dati e informazioni ma non l'eliminazione o la modifica della catena. Un blocco, una volta inserito nel registro, rimarrà ancorato alla catena, legandosi indissolubilmente al blocco precedente e andando a costituire la base per il blocco successivo.

La trasparenza e la verificabilità dei dati derivano dalla pubblicità della *blockchain*, liberamente consultabile dai nodi.

3. — *Dalla blockchain agli smart contracts.*

Nonostante la *blockchain* sia stata sviluppata, come precedentemente affermato, al fine di garantire il corretto funzionamento delle criptovalute, le potenzialità di questa tecnologia hanno trovato applicazione anche in altri ambiti. Su tutti, lo sviluppo degli *smart contracts* è uno dei campi che può riservare maggiori vantaggi e funzionalità pratiche e che può maggiormente impattare la sfera giuridica dell'individuo.

Gli *smart contracts* sono un'evoluzione del protocollo Bitcoin in cui, al ricorrere di una condizione informaticamente verificabile, il sistema esegue in via automatica una determinata prestazione. Lo schema di funzionamento è basato sull'assunto logico del "*If-then*": nel momento in cui si verifica la condizione di partenza *if* la prestazione finale *then* sarà immediatamente eseguita dalla macchina, senza che sia necessario alcun intervento esterno.

Traslando lo stesso schema in un contesto applicativo giuridico, nel momento in cui verrà eseguita la prestazione negoziale non sarà possibile, per la controparte, non adempiere al proprio obbligo, in quanto esso sarà dipendente dall'algoritmo precedentemente impostato⁽¹²⁾.

L'algoritmo, poi, non deve necessariamente riferirsi a condizioni già previamente espresse nello *smart contract* stesso (come, ad esempio, il termine di scadenza del pagamento), bensì può ricomprendere anche elementi esterni e

⁽¹²⁾ K. WERBACH-N. CORNELL, *Contracts ex machina*, in *Duke Law Journal*, vol. LXVII, 2017, p. 332: «*With a smart contract, complete execution of the agreement, including any transfer of value, occurs without any such opportunity to interrupt*».

variabili (come l'indice delle quote azionarie) monitorati tramite i cosiddetti *Oracles*⁽¹³⁾.

Appare logico pensare che la blockchain, in grado di registrare qualsiasi tipo di informazione con un elevato grado di sicurezza, si presti particolarmente allo sviluppo di questi strumenti che, anche in senso non prettamente giuridico, sono dei canali per la conclusione di accordi.

Il procedimento di formazione di uno *smart contract* può essere sintetizzato in quattro fasi:

- Elaborazione del contenuto ad opera delle parti;
- Inserimento nella blockchain;
- Esecuzione;
- Esaurimento della sua efficacia.

Una volta inserito lo *smart contract* nella *blockchain* creando un nuovo blocco, quindi, varranno per esso tutte le regole e le caratteristiche già analizzate, tipiche di quest'ultima. Ciò, oltre a dotare lo *smart contract* di innegabili vantaggi, quali la totale automatizzazione dell'adempimento, la trasparenza, la pubblicità e l'estrema protezione da contraffazioni, fa sorgere numerose problematiche relative all'inquadramento giuridico di tale strumento.

Ci si è domandati, all'inizio della presente trattazione, se la terminologia scelta per dare il nome a questo programma informatico (*smart contract*) potesse fare intendere che si trattasse di un vero e proprio contratto riconducibile, con qualche sforzo interpretativo, nell'Istituto tradizionale disciplinato dal libro quarto del codice civile.

La necessaria e doverosa premessa da fare è che questo strumento nasce negli ordinamenti di *Common Law*, ove per contratto si intende «a promise or agreement recognized by the law»⁽¹⁴⁾ oppure «an exchange relationship created by oral or written agreement between two or more persons, containing at least one promise, and recognized in law as enforceable»⁽¹⁵⁾. Lo *smart*

⁽¹³⁾ G. CASTELLANI, *Smart contracts e profili di diritto civile*, in www.comparazionediritto.civile.it.

⁽¹⁴⁾ M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, Oxford, 2018, p. 4 ss.

⁽¹⁵⁾ B. BLUM, *Contracts*, New York, 2007, p. 2. Questo autore peraltro riconosce che

contract non è, come si vedrà, un accordo o una promessa, bensì un *software* informatico. Nonostante il tema sia ancora dibattuto in dottrina, quindi, l'opinione più diffusa⁽¹⁶⁾, che appare condivisibile è che i “contratti intelligenti” non possano, allo stato, essere definiti come contratti in senso giuridico del termine.

Una prima analisi, infatti, sembra ricondurre la fattispecie in esame fuori dalla categoria dei contratti così come inquadrata dall'art. 1321 c.c. e non consente di considerare lo *smart contract* come un contratto atipico nei termini fissati dall'art. 1322 c.c., poiché non ha un contenuto precettivo prefissato ex ante o comunque ricorrente per prassi commerciale a cui le parti si affidano per soddisfare una specifica esigenza (come invece accade, per esempio, per il *franchising*).

Approfondendo la disamina, considerando le fasi di creazione ed esistenza dello *smart contract* sintetizzate in precedenza, si nota come l'elaborazione del contenuto sostanziale che andrà poi trascritto in linguaggio informatico è senza dubbio la fase più delicata del procedimento.

Il contenuto, infatti, andrà concordato precedentemente tra le parti, che avranno, di conseguenza, già raggiunto un accordo tramite lo scambio di proposta, eventuale controproposta e accettazione. Ciò comporta che il contratto sia già concluso ex art. 1326, 1° comma, c.c.⁽¹⁷⁾ ancora prima che qualcosa sia stato inserito in linguaggio macchina, in ragione del principio consensualistico vigente nel nostro sistema e codificato nell' dall'art. 1376 c.c.⁽¹⁸⁾.

A prescindere che si tratti di contratti ad effetti reali o ad effetti obbligatori, infatti, il trasferimento della proprietà di un determinato bene, la costi-

nel lessico comune l'utilizzo di termini giuridici «is likely to be less exacting than the legal definition».

⁽¹⁶⁾ Tra gli altri si veda M. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021, p. 30.

⁽¹⁷⁾ Art. 1326, 1° comma, c.c.: «Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte».

⁽¹⁸⁾ Art. 1376 c.c.: «Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato».

tuzione o il trasferimento di un diritto si perfezionerebbero con il semplice consenso legittimamente espresso dalle parti. Ci si troverebbe, piuttosto, di fronte, a un contratto già concluso prima ancora di aver creato uno *smart contract*, che diverrebbe, quindi, un “semplice” *software* in grado di favorire l'esecuzione delle condizioni e limitare i rischi di inadempimento.

La traduzione del contenuto concordato in linguaggio macchina, poi, fa sorgere notevoli complicazioni. L'operazione di conversione, infatti, necessita di operatori estremamente qualificati, in grado sia di padroneggiare la scrittura informatica che di comprendere appieno tutte le sfumature di significato ed interpretazione che una clausola contrattuale spesso contiene. Il rischio di errore, in sintesi, sarebbe molto elevato e, inoltre, una volta avviato il processo di esecuzione dello *smart contract* (o, ancora prima, una volta trascritto nella *blockchain*) esso non potrebbe essere più modificato o eliminato.

Va sottolineato, in aggiunta, che nessuna delle quattro fasi di vita dello *smart contract* prevede un controllo delle clausole in esso presenti. Anche la procedura di inserimento in *blockchain*, tramite il già analizzato procedimento di creazione del blocco e meccanismo del consenso, non entra nel merito dei profili contenutistici, limitandosi a verificare la correttezza informatica dei dati per i quali il nodo ha richiesto la creazione del blocco stesso. Questa assenza di controllo del contenuto delle clausole, unitamente all'esecuzione automatica dello *smart contract* una volta verificatasi la condizione iniziale, pone delle serie problematiche nel caso in cui, ad esempio, siano presenti delle cause di annullabilità del contratto a tutela del contraente debole. Si pensi, oppure, a un contratto contrario a norme imperative e, come tale, da considerarsi illecito: *ex lege* sarebbe da ritenersi senz'altro nullo, ma una volta trasposto in uno *smart contract* e inserito in *blockchain* si avvierebbe comunque il processo che porterebbe all'esecuzione automatizzata delle prestazioni negoziali.

Al fine di risolvere tali questioni sarebbe utile utilizzare delle *blockchain* chiuse, con utenti regolarmente registrati e individuabili, anche tramite pseudonimo. Tale soluzione, però, non interverrebbe *ex ante* a impedire l'inserimento e l'esecuzione di contratti nulli o annullabili, né sarebbe utile per bloccarne l'esecuzione automatizzata. Si interverrebbe solamente *ex post* per individuare le responsabilità e sarebbe comunque necessario ricorrere alla

tutela giudiziaria, inficiando, di fatto, tutti quei vantaggi tipici del *software smart contract* che dovrebbero snellire le fasi contrattuali.

Appare necessario, quindi, un intervento regolatore del Legislatore.

Il legislatore italiano è intervenuto, tra i primi in Europa, al fine di porre chiarezza e regolamentare la disciplina con il d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modificazioni dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12 (c.d. «Decreto semplificazioni»). L'articolo 8-ter, infatti, è interamente dedicato alle tecnologie basate su registri distribuiti e *smart contracts*. Nel 1° comma vengono definite le tecnologie basate sui registri distribuiti come «tecnologie e protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente 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»; il 2° comma, invece, dedicato allo *smart contract*, lo individua come «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».

Per quanto sia mirabile la celerità e l'attenzione posta dal Legislatore sul tema, tali definizioni presentano delle problematiche potenzialmente in grado di rendere vani gli sforzi regolatori attuati. Il 1° comma dell'art. 8-ter, infatti, si propone di definire tutto il *genus* delle tecnologie basate su registri distribuiti, dando però la definizione di *blockchain*, che altro non è se non una *species* delle stesse. Inoltre, per quanto analizzato nelle pagine precedenti, le *blockchain* che più si prestano ai fini di una applicazione pratico-giuridica sono quelle chiuse, con utenti verificati e tra i quali sussiste una differenziazione tra nodi *full* – in grado di aggiungere, validare e registrare i blocchi – e nodi *light*, che accedono al registro solo ai fini della consultazione. Tale differenziazione non viene specificata nel testo di legge che, prevedendo che tutti i nodi abbiano gli stessi poteri di azione, esclude totalmente la fattispecie delle *blockchain* private, lasciando un buco legislativo proprio per i registri maggiormente in grado di apportare dei vantaggi all'ordinamento. Nel caso in cui, quindi, l'interpretazione del 1° comma dovesse portare ad escludere dalla disciplina le *blockchain* private, il 2° comma andrebbe a definire gli *smart*

contracts come strumenti basati su *blockchain* aperte, pubbliche. Sarebbe praticamente impossibile, se così fosse, regolamentare gli scambi, le transazioni e il contenuto delle clausole ivi inserite o rintracciare i soggetti cui addebitare le responsabilità, in fase giudiziaria, per fatti illeciti. Verrebbero, in altre parole, esclusi dalla disciplina quegli *smart contracts* in grado, potenzialmente, di essere definiti a tutti gli effetti come contratto: gli *smart legal contracts*⁽¹⁹⁾, particolare categoria nella quale, all'interno del *software* sono soddisfatti tutti i requisiti contrattuali previsti dall'ordinamento. Non è chiaro, infatti, come potrebbe accertarsi la sussistenza, ad esempio, dell'accordo tra le parti nel caso in cui le stesse parti non siano rintracciabili e identificabili.

Uno *smart contract* basato su di una *blockchain* privata, con utenti limitati e identificati, infatti, offrirebbe infinite possibilità di controllo (anche *ex ante*, tramite algoritmi, enti o soggetti in grado di verificare la liceità delle clausole inserite) e regolamentazione del fenomeno.

Il legislatore, in realtà, a dispetto delle imprecisioni terminologiche, pare volersi muovere in questa direzione.

Sempre nell'art. 8-ter del d.l. n. 135/2018, al 3° e 4° comma, infatti, è possibile rinvenire la volontà di creare degli standard tecnici⁽²⁰⁾ necessari affinché una tecnologia basata su registri distribuiti possa produrre gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica, così come previsto nell'art. 41 del reg. UE n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014⁽²¹⁾. A distanza di anni, però, non sembrano essere stati fatti passi avanti in tal senso.

⁽¹⁹⁾ Cfr. M. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, cit., p. 33; A. M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 58.

⁽²⁰⁾ L'individuazione di detti standard spetta all'Agenzia per l'Italia digitale.

⁽²¹⁾ L'art. 41 del reg. UE n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014 recita che: «1. 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. / 2. Una validazione temporale elettronica qualificata 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. / 3. Una validazione temporale elettronica rilasciata in uno

4. — *Conclusioni.*

Nonostante le difficoltà di inquadramento e regolamentazione è innegabile che lo *smart contract* sia uno strumento sempre più diffuso, i cui effetti sui mercati non possono essere ignorati⁽²²⁾.

Il mondo del diritto, storicamente, si è sempre adeguato, a volte celermente, a volte con più reticenza, al progresso tecnologico, reinterpretando Istituti storici o creandone di nuovi. Volendo citare un esempio affine all'oggetto della trattazione, anche con l'avvento del commercio elettronico e del contratto telematico vi erano state numerose perplessità circa la possibilità di ricomprendere tale pratica nell'alveo delle categorie dogmatiche del contratto. Anche in quell'occasione, infatti, in un primo momento la dimensione tecnico-informativa aveva messo fortemente in discussione aspetti fondamentali quali la conclusione e l'esecuzione del contratto; tuttavia, con un'attenta riflessione incentrata sulla funzione che lo strumento informatico svolgeva in tale contesto⁽²³⁾ la dottrina aveva recuperato e ritrovato le categorie civilistiche tradizionali nella nuova realtà telematica, interpretando i bisogni e gli interessi che andavano emergendo e che richiedevano tutela da parte dell'ordinamento⁽²⁴⁾.

Stato membro è riconosciuta quale validazione temporale elettronica qualificata in tutti gli Stati membri».

⁽²²⁾ Numerosi sono i report e gli studi che affrontano proprio il profilo delle conseguenze derivanti dalle applicazioni degli *smart contracts* soprattutto in ambito economico. Anche le istituzioni internazionali non si sono tirate indietro commissionando una serie di studi e organizzando seminari e convegni sul tema. Tra questi, si veda, ad esempio, *Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development Proceedings del Congress of the United Nations Commission on International Trade Law*, Vienna, 4-6 July 2017 e i relativi interventi, tra cui R. DE CARIA, *A Digital Revolution in International Trade? The International Legal Framework for Blockchain Technologies, Virtual Currencies and Smart contracts: Challenges and opportunities*; ID., *Building value with blockchain technology: How to evaluate blockchains benefits*, in www.weforum.org/docs/WEF_Building_Value_with_Blockchain.pdf.

⁽²³⁾ In merito si veda A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997; G. PERLINGERI, *Il contratto telematico*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale del diritto dell'informatica*, Napoli, 2016.

⁽²⁴⁾ *Ex multis*, v. C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico*, in S. SICA (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, p. 73 ss. che, a propo-

Allo stato dei fatti, tuttavia, in attesa di nuovi e necessari interventi normativi, riassuntivamente, le possibili applicazioni degli *smart contract* potranno essere suddivise in due categorie:

1. Singoli contratti tra privati: lo *smart contract* sarà strumento di esecuzione di un accordo precedentemente intercorso tra le parti. La volontà di contrarre sarà cristallizzata in un contratto standard e, in seguito, tradotta in linguaggio macchina. L'utilità di tale operazione, in verità più complessa, in quanto prevederà un appesantimento del procedimento di formazione contrattuale, avrà il vantaggio di garantire l'adempimento – che sarà automatico all'avverarsi delle condizioni programmate;
2. Contratti standardizzati: la reale potenzialità della tecnologia *smart contracts* potrebbe trovare applicazione in tutti quei contratti standardizzati, specialmente nell'ambito del commercio elettronico di servizi⁽²⁵⁾. In questi contesti, infatti, il contratto si baserà su modelli preimpostati (sicuramente più semplici rispetto a singoli contratti ove la moltitudine di variabili e clausole può rendere macchinosa la traduzione in linguaggio informatico), in grado di soddisfare l'avverarsi della condizione algoritmica *then* basandosi su presupposti *if* ben determinati. In questo caso si potrebbe considerare lo *smart contract* come contratto standard a tutti gli effetti, in grado di snellire le fasi della contrattazione e offrire i vantaggi tipici di questa tecnologia, unitamente a quelli derivanti dall'utilizzo delle reti *blockchain*.

sito del contratto telematico, recupera la dimensione tradizionale delle categorie civilistiche. L'autore condivide l'osservazione secondo la quale, «la disciplina codicistica esibirebbe una sostanziale capacità di tenuta rispetto alle questioni emergenti in materia di commercio elettronico». In generale, tra i tanti, P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e prassi*, in *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da Galgano, XLI, Padova, 2006.

⁽²⁵⁾ Un esempio al riguardo è la famosa piattaforma di streaming musicale “*Spotify*”, che attribuisce ad un materiale protetto da copyright un codice informatico al fine di limitare le possibili azioni dell'utente (e consentendo la riproduzione non casuale dei brani -*then*- solo all'utente che rispetti la condizione -*if*- di aver aderito al servizio “*Spotify Premium*”). Sembra agevolmente applicabile la disciplina degli *smart contracts* anche in tema di contratti di assicurazione.

Corte di Cassazione, Sez. II civile, ordinanza 14 giugno 2022, n. 19091 – Pres. Di Virgilio – Est. Poletti – Enel Distribuzione S.p.A. c. M.G.

Conferma App. Palermo 21 febbraio 2017, n. 318.

Contratto preliminare – Consegna anticipata – Possesso – Usucapione (c.c., art. 1158)

Non è escluso che la consegna della cosa, quando legata ad una convenzione che non tende solo ad attribuire il godimento del bene (che si realizza attraverso il trasferimento della mera detenzione), possa assumere effetti attributivi della disponibilità possessoria, allorché è in funzione di un comune proposito di trasferimento di proprietà.

(Omissis). Fatti di causa.

1. Con atto di citazione notificato il 5 aprile 2007, M.G. ha convenuto in giudizio, innanzi al Tribunale di Palermo, Enel Distribuzione S.p.A. (ora E-distribuzione S.p.A.), per sentirla condannare al pagamento della somma di Euro 19.500,00 (di cui Euro 6.000,00 riconosciuti da detta società come dovuti per “affitto forfettario progressivo”), oltre interessi, a titolo di indennità di occupazione di una unità immobiliare di sua proprietà nella quale la convenuta aveva installato una cabina per l'erogazione di energia elettrica, chiedendo altresì la condanna della stessa convenuta alla restituzione dell'immobile.

2. Costituitasi in giudizio, Enel Distribuzione S.p.A. eccepiva di esercitare il legittimo possesso dell'immobile per averlo conseguito in forza di un contratto preliminare stipulato da M.M. in data 9 settembre 1976 (a suo dire ad effetti reali anticipati) e chiedeva, in via riconvenzionale, il riconoscimento dell'avvenuta usucapione per possesso ultraventennale e, in subordine, la costituzione con sentenza costitutiva di una servitù di elettrodotto coattivo.

3. Con sentenza n. 5168 del 19 ottobre 2009 il Tribunale di Palermo rigettava la domanda con la quale l'attore chiedeva dichiararsi l'occupazione senza titolo

dell'immobile, respingendo la domanda di rilascio dell'immobile sul presupposto della vigenza del contratto preliminare, mai risolto; rigettava altresì la domanda di avvenuto riconoscimento dell'acquisto per usucapione, non essendo il contratto preliminare idoneo a fondare una situazione di possesso rilevante a tale effetto ma solo di detenzione e condannava la convenuta al pagamento, in favore dell'attore, della somma di Euro 13.673,60, oltre interessi, dovuta per il godimento fino al settembre 2008.

4. La Corte di Appello di Palermo, adita da Enel Distribuzione S.p.A., con sentenza n. 318/2017 del 2 dicembre 2016-21 febbraio 2017 respingeva il proposto gravame, come richiesto da parte appellata che si costituiva regolarmente in giudizio, ritenendo anzitutto infondata l'eccezione riguardante il difetto di legittimazione attiva dell'appellato, mai eccepito nel corso del giudizio di primo grado e, nel merito, rigettava sia la domanda di riconoscimento dell'avvenuto acquisto dell'immobile sia la subordinata domanda di costituzione di una servitù coattiva di elettrodotto. Confermava di contro la condanna di Enel Distribuzione S.p.A. al pagamento delle somme a titolo di occupazione come liquidate dal giudice di prime cure.

5. Con ricorso notificato il 6 settembre 2017, Enel Distribuzione S.p.A. ha chiesto la cassazione della sentenza della Corte di Appello di Palermo affidandosi a tre motivi di ricorso.

6. M.G. non ha presentato difese.

7. Il ricorso è avviato alla trattazione in Camera di consiglio ai sensi dell'art. 380-*bis*, comma 1 c.p.c.

Motivi della decisione. 1. - Il motivo da esaminare logicamente per primo è quello di natura processuale (sub 2 del ricorso per cassazione), concernente la titolarità attiva del rapporto. Il motivo è così rubricato: violazione e falsa applicazione di norme di diritto *ex art.* 360, n. 3 c.c. e, segnatamente, dell'art. 81 c.p.c.

Il ricorrente sostiene che la corte distrettuale avrebbe errato nel ritenere che la contestazione della legittimazione attiva del M.G. non integra una eccezione in senso stretto ma una mera difesa, che rimane assoggettata al generale onere della prova, la quale può essere raggiunta anche attraverso la mancata contestazione, come nel caso di specie. Richiamando all'uopo i principi stabiliti da Cass. SS.UU. n. 2951 del 16 febbraio 2016, il ricorrente sostiene invece il suo buon diritto ad eccepire la carenza di tale legittimazione in ogni stato e grado del giudizio, sostenendo

che manca la produzione da parte del resistente M.G. dell'accettazione dell'eredità di M.M.

1.2. La censura è inammissibile per essere la questione mal posta e comunque anche infondata.

Il ricorrente lamenta infatti la violazione dell'art. 81 c.p.c., che regola il fenomeno della sostituzione processuale, ossia dell'ipotesi in cui colui che agisce o resiste in giudizio pretende di esercitare un diritto, che sa essere altrui in nome proprio, ma le sue doglianze sono rivolte alla differente situazione della *legitimatio ad causam*, cioè alla titolarità del rapporto in capo al resistente. La diversità tra le due situazioni (affrontata nel precedente delle Sezioni Unite citato in ricorso: Cass., SS.UU. n. 2951/2016) è scolpita dal rilievo che la prima è questione processuale; la seconda attiene al merito e non alle regole procedurali (cfr. Cass. n. 4121/2004; Cass. n. 21087/2007).

Comunque, anche a superare il rilievo di non specificità del ricorso sul punto e a volere inquadrare diversamente la censura, facendo leva su quanto scritto a p. 15 dell'atto («l'eccezione dell'odierna ricorrente andava pertanto valutata dalla Corte di appello nel rispetto del principio di cui sopra – *id est*, quello affermato da Cass. SS.UU. 2951/16 – senza che possa in alcun modo applicarsi il principio di quell'art. 115 c.p.c.») e a ritenere pertanto che la norma assunta violata sia quest'ultima, la sentenza impugnata appare in conformità con i principi espressi dalle Sezioni Unite di questa Corte richiamata dalla stessa parte ricorrente, la quale ha sancito, tra l'altro, che la questione della titolarità della posizione soggettiva vantata in giudizio attiene al merito della causa e, di conseguenza, compete al sovrano apprezzamento del giudice al quale l'accertamento del fatto appartiene. Aggiunge questo arresto delle Sezioni Unite (seguito, ad esempio, da Cass. n. 14652/2016, n. 15037/2016, n. 22525/2018) che la titolarità della posizione soggettiva è un elemento costitutivo del diritto fatto valere con la domanda, che l'attore ha l'onere di allegare e di provare, ma la prova può essere data in positivo dall'attore, «anche in forza del comportamento processuale del convenuto, qualora quest'ultimo riconosca espressamente detta titolarità oppure svolga difese che siano incompatibili con la negazione della titolarità». La valutazione in ordine sia alla prova fornita in positivo dall'attore, sia riguardo al comportamento processuale del convenuto, compete al giudice del merito e non si presta ad un sindacato della Corte di legittimità al di fuori dei limiti in cui esso è consentito.

1.3. Nel caso di specie, la corte distrettuale – dinanzi alla posizione di Enel Distribuzione S.p.A., che solo in grado di appello ha eccepito che «non c'è in atti prova dell'avvenuta accettazione dell'eredità» – ha ritenuto correttamente di poter evincere la prova della legittimazione dell'erede M.G. dal comportamento della stessa società ricorrente, che ha svolto «una difesa incompatibile con il disconoscimento di tale qualità» (Cass., 10 luglio 2014, n. 15759) e ha riconosciuto documentalmente (con la lettera del 28 marzo 2002 richiamata in sentenza, con la quale Enel si rivolge al M.G.) la qualità nell'intimato di erede di M.M.

Proprio rispetto al figlio che aziona in giudizio un diritto del genitore, come nel caso di specie, si può altresì precisare che secondo questa Corte costituisce atto di accettazione tacita dell'eredità l'esercizio stesso dell'azione (Cass. Sez. II, ord. n. 6745 del 19 marzo 2018).

2. Il primo motivo di ricorso, con il quale si deduce la violazione o falsa applicazione di norme di diritto e, segnatamente, dell'art. 1158 c.c., è infondato.

Il ricorrente censura la sentenza impugnata nel punto in cui ha ritenuto non fondato il motivo di appello relativo al rigetto della domanda di riconoscimento dell'avvenuto acquisto per usucapione dell'immobile di cui è causa. La decisione della corte locale ha tenuto conto del principio, da tempo consolidato nella giurisprudenza di questa Corte di legittimità, per cui «Nella promessa di vendita, quando viene convenuta la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo, non si verifica un'anticipazione degli effetti traslativi, in quanto la disponibilità conseguita dal promissario acquirente si fonda sull'esistenza di un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto preliminare, produttivo di effetti meramente obbligatori. Pertanto, la relazione con la cosa, da parte del promissario acquirente, è qualificabile esclusivamente come detenzione qualificata e non come possesso utile *ad usucapionem*, salvo la dimostrazione di un'intervenuta *interversio possessionis* nei modi previsti dall'art. 1141 c.c.» (Cass. SS.UU., Sentenza n. 7930 del 27 marzo 2008; conformi, Cass. Sez. II, Sentenza n. 1296 del 25 gennaio 2010, Rv. 611222; Cass. Sez. II, Sentenza n. 9896 del 26 aprile 2010, Rv. 612577; Cass. Sez. II, n. 5211 del 16 marzo 2016, Rv. 639209; Cass. Sez. III, Sentenza n. 24637 del 2 dicembre 2016, Rv. 642328; Cass. Sez. II, Ordinanza n. 29594 del 22 ottobre 2021, Rv. 662568; Cass. Sez. II, Ordinanza n. 4936 del 20 gennaio 2022).

E anche se non è escluso che la consegna della cosa, quando legata ad una

convenzione che non tende solo ad attribuire il godimento del bene (che si realizza attraverso il trasferimento della mera detenzione), possa assumere effetti attributivi della disponibilità possessoria, allorché è in funzione di un comune proposito di trasferimento di proprietà (Cass. Sez. II, ord. n. 41027 del 21 dicembre 2021), nel caso di specie la motivazione della sentenza gravata appare immune da vizi logici e fa corretta applicazione della norma denunciata come violata, ritenendo incompatibile con l'*animus possidendi* la dichiarazione di debenza di somme a titolo di “affitto forfettario pregresso” e considerando altresì, con argomentazioni logiche e non censurabili in questa sede, che certe condotte (come, nel caso di specie, l'apposizione del lucchetto all'ingresso della cabina elettrica da parte della società ricorrente) non possano essere considerate in maniera inequivoca come atti compiuti *prohibente domino*, capaci di generare una *interversio possessionis* (risultando giustificate dalla necessità di custodire e di proteggere quadri elettrici e quanto di proprietà dell'ente collocato nel locale). Per di più farebbe difetto, ai fini del riconoscimento dell'avvenuta usucapione, il requisito del sufficiente decorso temporale, non risalendo la pretesa *interversio possessionis* a venti anni addietro.

3. Il terzo motivo è così rubricato: «omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti» (art. 360 c.p.c., n. 5). Sostiene il ricorrente che la condanna al pagamento dell'indennità di occupazione disposta dal giudice di primo grado è contraddittoria con la perdurante attribuzione di effetti del contratto preliminare di compravendita e che tale punto della decisione non è stato oggetto di esame da parte della Corte di appello.

Il motivo è inammissibile. Anzitutto la censura non appare rivolta a lamentare l'omesso esame di un fatto nel senso in cui questa Corte inteso il controllo previsto dall'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5. Non si fa infatti riferimento, nell'ordine, *a)* a un vero e proprio “fatto”, in senso storico e normativo; *b)* a un preciso accadimento, ovvero una precisa circostanza da intendersi in senso storico-naturalistico (cfr. Cass., SS.UU., n. 5745 del 2015); *c)* a un dato materiale, un episodio fenomenico rilevante, e le relative ricadute di esso in termini di diritto (cfr. Cass. n. 5133 del 2014); *d)* a una vicenda la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali (cfr. Cass. SS.UU. n. 8053 del 2014).

Inoltre, diversamente da quanto asserito dal ricorrente, risulta che la circostanza dedotta dallo stesso, sia pure impropriamente qualificata “fatto decisivo”, lungi

dall'essere stata omessa, sia stata presa in considerazione dalla Corte di Appello palermitana. Questa ha infatti specificamente analizzato il motivo di gravame sul punto della condanna di Enel Distribuzione S.p.A. al pagamento delle somme a titolo di occupazione, confermando la decisione di prime cure che si è «semplicemente limitata a liquidare la somma dovuta per il periodo successivo a quello già quantificato dall'Enel, sulla base degli accertamenti, peraltro non contestati, demandati al CTU».

La dichiarazione di debenza delle somme non appare quindi contraddittoria con la perdurante efficacia attribuita al preliminare, che di per sé non giustificherebbe il pagamento delle somme per la detenzione della res (sorretta dal comodato). La spettanza di tali importi è stata infatti ammessa dallo stesso ricorrente, dapprima con il riconoscimento di debito contenuto nella nota Enel del 10 aprile 2003 per 6.000 Euro, poi con un contegno processuale di mancata contestazione delle residue spettanze fino alla concorrenza della somma liquidata.

Da qui il rigetto anche di tale motivo, che rivela anche tratti di infondatezza.

4. Non è dovuta alcuna decisione sulle spese del presente giudizio, non essendovi costituzione dell'intimato e controricorso. (*Omissis*).

Preliminare di vendita, consegna "anticipata" e comodato

[FRANCESCO SCAGLIONE^(*)]

Una società di distribuzione di energia elettrica, erogata mediante una cabina installata in un immobile di proprietà dell'attore, era stata convenuta innanzi al Tribunale di Palermo affinché fosse condannata al pagamento di una somma di denaro a titolo di indennità di occupazione e alla restituzione dell'immobile stesso. La difesa della società era fondata in primo luogo sull'esistenza di un preliminare di vendita – stipulato più di trent'anni prima dalla convenuta, in qualità di promittente acquirente, con il defunto genitore

^(*) Università degli Studi di Perugia.

dell'attore – che avrebbe determinato a suo favore l'acquisto per usucapione dell'immobile, attesa l'equivalenza della consegna anticipata di quest'ultimo ad una anticipazione degli effetti reali della vendita, con conseguente possesso ultraventennale del bene. Tuttavia, sia il Tribunale che la Corte d'Appello di Palermo, in sede di gravame, respingevano questa tesi ribadendo l'indirizzo giurisprudenziale consolidato, già espresso dalle Sezioni unite della Cassazione, secondo cui la disponibilità conseguita dal promissario acquirente si fonda sull'esistenza di un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto preliminare, produttivo di effetti meramente obbligatori, con conseguente detenzione qualificata in capo al promissario acquirente⁽¹⁾. La Suprema Corte, pur confermando la sentenza della Corte d'Appello, tuttavia, tiene un piede nella staffa dell'opinione contraria minoritaria, affermando che, in linea di principio, non è escluso che la consegna della cosa, quando legata ad una convenzione che non tende solo ad attribuire il godimento del bene (che si realizza attraverso il trasferimento della mera detenzione), possa assumere effetti attributivi della disponibilità possessoria, allorché sia in funzione di un comune proposito di trasferimento di proprietà. Questa soluzione, pertanto, punta sulla funzione anticipatoria degli effetti del trasferimento del diritto in ordine al patto – accessorio al preliminare di compravendita – di immediato trasferimento del possesso. Ne deriva che il suddetto patto accessorio renderebbe inapplicabile la regola generale secondo cui la consegna attribuisce il possesso solo nel caso di contratti ad effetti reali, mentre attribuisce la detenzione nell'ipotesi di contratto ad effetti obbligatori⁽²⁾. La

⁽¹⁾ Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Giur. it.*, 2008, p. 2461. Su questa pronuncia v. il commento di F. SCAGLIONE, *Contratto preliminare e comodato strumentale*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1160 ss. In senso conforme, v., *ex plurimis*, Cass., 5 febbraio 2019, n. 3305, in *leggiditalia.it*; Cass., 22 ottobre 2021, n. 29594, *ivi*; Cass., 15 febbraio 2022, n. 4936, *ivi*. In argomento, v. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 4^a ed., Milano, 2016, p. 1224 ss.; R. CALVO, *Contratto preliminare. Art. 1351*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2016, p. 159 ss.

⁽²⁾ Cfr. R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 3^a ed., Milano, 2014, p. 115. La soluzione minoritaria è accolta in modo esplicito da Cass., 21 dicembre 2021, n. 41027, in *leggiditalia.it*, secondo cui «La convenzione negoziale con cui un soggetto riceva da un altro il godimento di un bene, con patto di futura vendita in proprio favore, essendo finalizzata, per comune proposito delle parti, al trasferimento della pro-

ragione per la quale la Cassazione conferma la decisione impugnata, però, risiede innanzitutto nella constatazione, di natura fattuale, che, nel caso di specie, è stato esattamente ritenuto dai giudici di merito incompatibile con l'*animus possidendi* la dichiarazione di debenza di somme da parte della società ricorrente a titolo di "affitto forfettario pregresso"; né, d'altra parte, vi sono elementi da cui dedurre una *interversio possessionis* (che, in ogni caso non permetterebbe l'usucapione, mancando il decorso del ventennio da essa).

L'ordinanza in epigrafe offre lo spunto per riflettere in modo articolato sui limiti dell'orientamento dominante, facente capo all'indirizzo già ricordato delle Sezioni unite, che invece statuisce in linea generale la inammissibilità di un acquisto del possesso in capo al promissario acquirente di un immobile, a seguito della consegna del bene effettuata dal promittente venditore prima della stipula del contratto definitivo⁽³⁾. In particolare, si è affermato che il promissario acquirente, immesso nel godimento dell'immobile, ne consegue la mera detenzione e, pertanto, in assenza di atti di interversione, egli non può acquistarne la proprietà per usucapione⁽⁴⁾.

La soluzione *de qua* è fondata sul riconoscimento della natura meramente obbligatoria degli effetti del preliminare: se il possesso è «un potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale» (art. 1140 c.c.), esso non può essere trasferito per contratto separatamente dal diritto reale di cui costituisce l'immagine esterna.

prietà o di un diritto reale, determina, quale anticipazione dell'effetto giuridico finale perseguito, il passaggio immediato del possesso del bene medesimo, la cui consegna costituisce, pertanto, atto idoneo ai fini del relativo acquisto per usucapione». Nello stesso senso, v. già Cass., 22 luglio 2003, n. 11415, in *Notariato*, 2005, p. 169; Cass., 13 luglio 1993, n. 7690, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 626.

⁽³⁾ Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, cit.

⁽⁴⁾ Cfr. G. BOZZI, *I contratti preparatori*, in D. VALENTINO (a cura di), *I contratti di vendita*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, 7, Torino, 2007, p. 141, il quale opportunamente ricorda che la qualificazione della posizione del promissario acquirente in termini di possesso o detenzione è rilevante, oltre che ai fini di un'eventuale usucapione ex art. 1158 c.c., anche per l'applicabilità degli artt. 1148, 1168, 2° comma (ovvero anche 1170), c.c., ed in via analogica degli artt. 1585, 1° comma e 844 c.c.

La conseguenza è che il promissario acquirente è titolare di un diritto personale e non reale⁽⁵⁾.

Un ingegnoso *escamotage* di origine dottrinale ha inoltre permesso ai giudici di rinvenire la giustificazione del godimento anticipato dell'immobile a favore del promissario acquirente nell'esistenza di un contratto di comodato collegato al preliminare⁽⁶⁾, essendo il comodatario un detentore qualificato.

Del resto, si dice, la consegna della cosa è un atto neutro⁽⁷⁾: da essa, quale atto reale non negoziale, non può desumersi lo *status* di possessore o di detentore dell'*accipiens*.

Tuttavia, è necessario chiedersi se il profilo causale dell'operazione ne-

⁽⁵⁾ R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 116, secondo i quali «Il creditore che ha diritto di ricevere la proprietà di una cosa determinata è pur sempre un creditore, e non esercita il diritto reale di cui all'art. 1140». Nello stesso senso, v. A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Dig. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 283 ss.; ma v. F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, XIII, t. II, Torino, 2000, p. 584 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. F.M. GAZZONI, *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, in *Riv. not.*, 2001, p. 723 ss., spec. p. 731; G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 150. Analogamente, si è fatto ricorso al mutuo gratuito collegato al preliminare per giustificare la parziale anticipazione del prezzo della vendita non ancora conclusa. Al momento della conclusione del definitivo, le prestazioni di consegna della cosa e di pagamento del prezzo si realizzerebbero, rispettivamente, mediante *traditio brevi manu* e compensazione con l'obbligazione restitutoria delle somme date a mutuo. Sul punto, v. A.P. UGAS, *La consegna anticipata nel preliminare di vendita: spunti di riflessione sul possesso*, in *Contr. e impr.*, 2020, p. 121 ss., nt. 20, la quale osserva però che «la tesi parrebbe ipotizzare che l'estinzione del dovere di restituzione del mutuo e quello di prezzo operi automaticamente; per assumere questa conclusione si dovrebbe quantomeno (ma forse neppure questo potrebbe essere sufficiente) verificare l'esistenza di un accordo di compensazione di cui non sembra affatto esservi traccia nel preliminare ad effetti anticipati».

Nell'ipotesi di promessa di vendita di bene immobile, effettuata da parte di una cooperativa edilizia – tramite prenotazione di alloggio – a favore di un socio della stessa (promissario acquirente), alla quale era seguita la consegna anticipata del bene, la posizione giuridica del socio prima dell'assegnazione definitiva è stata equiparata a quella del conduttore, con conseguente applicabilità dell'art. 1576 c.c., in ordine all'obbligo gravante sulla cooperativa di mantenimento dell'immobile in buono stato locativo: Cass., 8 luglio 2020, n. 14157, in *Corr. giur.*, 2021, p. 501, con nota di M. VITI, *Preliminare ad effetti anticipati: la Cassazione conferma la teoria del collegamento negoziale*.

⁽⁷⁾ In questi termini v. F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., p. 593.

goziale, delineato dagli interessi delle parti, influisca sulla determinazione del valore giuridico della consegna. A nostro avviso, la risposta è positiva. Il giudice civile, infatti, è chiamato a ricostruire gli interessi privati, dei quali si chiede l'attuazione in via coattiva. Questa operazione ermeneutica, ricostruttiva degli interessi, è necessaria per la valutazione di essi, *sub specie* di liceità e meritevolezza della tutela⁽⁸⁾.

Orbene, la fattispecie concreta che ha dato origine alla rimessione della causa innanzi alle Sezioni unite presenta delle peculiarità da considerare attentamente.

Si trattava di un preliminare di vendita di un appartamento, stipulato alla fine degli anni Sessanta; il promissario acquirente – oltre ad accollarsi un mutuo pregresso – aveva corrisposto un acconto assai modesto sul prezzo pattuito, ottenendo la contestuale consegna del bene e impegnandosi a versare ratealmente al promittente alienante la restante somma. Tuttavia, non venivano stabiliti né i termini per i versamenti delle rate, né quello per la conclusione del definitivo, che il promissario si obbligava a concludere a semplice richiesta della controparte. Trascorsi quasi trent'anni dalla stipula del preliminare, il promissario acquirente, non avendo mai ricevuto l'invito a stipulare il definitivo, né versato alcuna rata oltre l'iniziale acconto, chiedeva al Tribunale di Napoli di dichiarare l'intervenuto suo acquisto della proprietà dell'immobile per usucapione. La domanda veniva accolta, ma la Corte d'Appello di Napoli riformava la sentenza, statuendo che la situazione originata dalla consegna del bene in capo al promissario si configurava come detenzione e non come possesso utile all'usucapione.

⁽⁸⁾ In giurisprudenza, *ex plurimis*, v. Cass., 25 gennaio 2022, n. 2173, in *leggiditalia.it*; Cass., 17 novembre 2021, n. 34795, *ivi*; Cass., 14 settembre 2021, n. 24699, *ivi*; Cass., Sez. un., 29 gennaio 2021, n. 2142, *ivi*; Cass., Sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, *ivi*; Cass., Sez. un., 8 marzo 2019, n. 6882, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2690 ss.; Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3015 ss.; Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2460 ss. In dottrina, v., per tutti, A. PALAZZO, *Le donazioni*, 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., 120 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3^a ed., Milano, 2019, p. 409 ss.; ID., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 251 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 588 ss.

Che tipo di interesse giustifica l'inerzia - così a lungo protratta nel tempo - del promittente venditore?

La consistenza minima dell'acconto sul prezzo versato alla stipula del preliminare e l'assenza di qualsiasi iniziativa da parte del promittente venditore in ordine alla conclusione del definitivo per oltre un quarto di secolo, sono segni che lasciano intravedere un interesse di costui così labile da perdere quasi il requisito della patrimonialità. Tuttavia, è forse l'accollo del mutuo residuo da parte del promissario compratore il vero interesse patrimoniale che muove il promittente alla stipulazione.

Viceversa, l'interesse del promissario è marcatamente patrimoniale, come testimoniato dalla immediata consegna dell'immobile in suo favore.

Deriva che il contratto stipulato dalle parti ben potrebbe integrare una vendita obbligatoria conclusa sotto le mentite spoglie di un preliminare⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 980, secondo cui «la categoria italiana del preliminare di vendita è parzialmente mentitoria, perché dissimula nel suo seno la vendita ad efficacia obbligatoria; e la categoria italiana della vendita obbligatoria è essenzialmente mentitoria, perché viene riempita mediante ipotesi di vendita ad efficacia reale sospesa o dilazionata»; ID., *La preparazione del contratto*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno, Obbligazioni e contratti*, 10, II, 4^a ed., Milano, 2018, p. 497.

Un'importante apertura all'obbligo di dare (e non solo e non tanto di fare, cioè prestare il consenso) quale contenuto del preliminare proviene da Cass., Sez. un., 18 maggio 2006, n. 11624 (in *Foro it.*, 2006, I, c. 2009; in *Contratti*, 2006, p. 975; in *Corr. giur.*, 2006, p. 1394; in *Vita not.*, 2006, p. 802), seguita da Cass., 23 novembre 2007, n. 24448 (in *Notariato*, 2008, p. 243), ove la giustificazione dell'applicazione analogica dell'art. 1478 c.c. al caso di ignoranza del promissario acquirente circa l'altruità della cosa promessa in vendita risiede nell'opinione che il preliminare obblighi al trasferimento della proprietà piuttosto che alla conclusione del definitivo tra le medesime parti. Viceversa, è stata esclusa l'applicabilità del rimedio della risoluzione *ex art.* 1479 c.c. fuori del caso di vendita definitiva. Deriva che il promittente venditore di una cosa che non gli appartiene, anche nel caso di buona fede dell'altra parte, può adempiere la propria obbligazione procurando l'acquisto del promissario direttamente dall'effettivo proprietario. Cfr. anche Cass., 30 maggio 2018, n. 13577, in *Imm. e propr.*, 2018, p. 465.

Sulla configurazione del definitivo come atto solutorio, v. A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 96 ss. Sulla complessa questione del rapporto preliminare-definitivo sono fondamentali le riflessioni di P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 118, nt. 82.

L'interesse delle parti è sostanzialmente un interesse di natura *fnale*, mentre la rateizzazione del prezzo fa pensare subito alla vendita con riserva della proprietà (art. 1523 c.c.).

Il compratore, quindi, è possessore, essendo titolare di un diritto reale (proprietà a termine iniziale o condizionata)⁽¹⁰⁾. La consegna è, in questo caso, l'atto di immissione del compratore nel possesso del bene. Coerente, oltre che conforme ad equità, dunque, sarebbe stata l'ammissibilità dell'usucapione ventennale. A tacer d'altro, poi, la situazione possessoria riconosciuta in capo al promissario acquirente avrebbe consentito a costui di esercitare, oltre l'azione di spoglio, anche l'azione di manutenzione *ex art. 1170 c.c.* Non si può, infatti, ritenere che il promittente venditore, il quale non si cura in alcun modo per ventotto anni di riscuotere il prezzo, abbia interesse ad agire entro l'anno dalla turbativa per far cessare molestie che danneggiano soltanto il promissario acquirente-consegnatario.

Chiamare in causa il comodato collegato al preliminare è, in questo caso, operazione ermeneutica errata, perché non tiene conto della specifica conformazione degli interessi dei contraenti.

Costoro non annettono alla consegna altro significato che quello di consentire l'esercizio di facoltà di godimento tipiche del proprietario al promissario acquirente, il quale mostra chiaramente, sotto il profilo dell'*animus*, di non riconoscere l'altruità del possesso; egli, infatti, non si preoccupa minimamente di adempiere il preliminare⁽¹¹⁾.

Inoltre, manca del tutto la funzione di controllo delle sopravvenienze

⁽¹⁰⁾ R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 114.

⁽¹¹⁾ Diversamente, in commento alla sentenza delle Sezioni Unite in esame, v. S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 286: «Se la disponibilità del bene dipende dall'esistenza di un titolo – nel caso in esame dal contratto (di comodato) – ricorre sempre una situazione di diritto: la detenzione. Nessuna rilevanza è attribuita dalla legge all'elemento soggettivo di chi riceve il bene. Se viceversa la disponibilità del bene non è collegata ad un titolo, si configura sempre una situazione di fatto, il possesso. Non occorre quindi fare riferimento all'*animus rem sibi habendi* per distinguere le due fattispecie, che – al contrario di quello che si legge spesso perfino nei Manuali – non sono entrambe situazioni di fatto, poiché situazione di fatto è soltanto il possesso».

che, di regola, caratterizza il preliminare, avuto riguardo agli interessi delle parti emergenti dalla vicenda contrattuale⁽¹²⁾.

Non v'è, infatti, alcun giudizio di convenienza che le parti si riservano di rinnovare alla stipula del definitivo: l'interesse patrimoniale di ciascun contraente è di natura *finale*.

La consegna "anticipata" dell'immobile promesso in vendita, però, può costituire un atto che mira a consentire e facilitare l'attuazione dell'effetto reale, permettendo al promissario acquirente di ottenere subito la materiale disponibilità del bene, senza dover attendere la stipula del definitivo.

Ciò dipende essenzialmente dall'interpretazione del contratto secondo buona fede, al fine di evidenziare gli interessi dei contraenti⁽¹³⁾.

Non si tratta, pertanto, di anticipazione degli effetti del definitivo, ma di consegna immediata della *res* per soddisfare l'interesse del promissario al godimento immediato di essa, in funzione preparatoria dell'effetto reale. Questo interesse patrimoniale del promissario, al pari di quello del promittente, è, quindi, di natura *strumentale* rispetto all'attuazione dell'effetto reale.

Si pensi all'ipotesi di lavori di ristrutturazione urgenti dell'immobile, che il promissario compratore deve realizzare al più presto e che il promittente venditore, deciso a disfarsi del bene, non vuole o non può sostenere a proprie spese. La necessità del preliminare sorgerebbe allora, ad esempio, qualora il promissario compratore non avesse ancora la somma sufficiente per procedere all'acquisto definitivo, oppure se il promittente venditore dovesse ancora liberare l'immobile da ipoteche che gravano su di esso.

La prassi giuridica conosce, poi, il preliminare di permuta di terreno edificabile con appartamento da costruire sul terreno stesso: la consegna immediata dell'immobile è il presupposto indispensabile affinché l'altra parte possa eseguire l'opera⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ Sul controllo delle sopravvenienze e sul vantaggio processuale che ne deriva al promittente acquirente, v. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, pp. 152 ss., 174 ss., 190 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 334 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991, p.

Questa essendo la funzione della consegna contestuale al preliminare, non avrebbe alcun senso ammettere un possesso *ad usucapionem* in capo al promissario-acquirente, altrimenti si traviserebbe lo scopo per il quale è avvenuta la *traditio*.

Il godimento dell'immobile, così come non consegue all'acquisto della proprietà, non può neppure ricollegarsi ad un'attività corrispondente all'esercizio del diritto reale: i contraenti, infatti, condividono la natura meramente strumentale e non finale del godimento medesimo.

Pertanto, il diritto del promissario è un diritto personale e non reale; il titolo costitutivo di esso deve allora essere ricercato necessariamente in un contratto obbligatorio attributivo del (solo) diritto di godimento.

Questo titolo, però ha la struttura del comodato, ma gli interessi perseguiti e condivisi dalle parti (causa) sono diversi da quelli pensati e posti a fondamento dal legislatore per detto contratto, perché il tipo gratuito è strumentale all'attuazione dell'effetto reale⁽¹⁵⁾.

Viceversa, il nesso strumentale tra la consegna ed il contratto definitivo può mancare: ma è compito del giudice individuare gli interessi rilevanti delle parti ed il loro assetto concreto per valutare con esattezza la posizione giuridica del consegnatario.

Secondo la ricostruzione dei giudici di legittimità, il preliminare può avere regolare esecuzione soltanto tramite l'esecuzione del comodato ad esso funzionalmente collegato.

Non v'è, però, nella motivazione della sentenza, alcun riguardo agli interessi delle parti, dai quali, invece, dovrebbe emergere la già esaminata natura strumentale del comodato.

Orbene, abbiamo visto che l'attribuzione patrimoniale può essere effettuata unicamente in vista del vantaggio economico futuro che il promittente venditore si attende dall'esecuzione del preliminare.

Questo motivo dell'attribuzione penetrato nell'atto costituisce la causa di

50 ss.

⁽¹⁵⁾ Secondo S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*, cit., p. 286, lo stesso contratto preliminare potrebbe costituire il titolo richiesto dalla legge per configurare la detenzione.

esso, giustificando l'acquisto della detenzione in capo al promissario acquirente-comodatario.

L'attribuzione del godimento della *res* è quindi compensata e giustificata dal vantaggio che il comodante intende conseguire con la stipula del contratto definitivo di vendita.

Ciò significa, innanzitutto, che l'interesse del comodante è di natura patrimoniale, ma è anche strumentale perché egli riveste la qualità di promittente venditore.

Si tratta di una vera e propria *causa esterna* del comodato, che è resa manifesta dall'esistenza del preliminare.

Inoltre, che il motivo dell'attribuzione sia *condiviso* dai contraenti – divenendo in tal modo fondamento dell'atto – risulta chiaramente dalla coincidenza delle parti e del bene oggetto del contratto gratuito-mezzo, del preliminare ad esso collegato e, infine, del contratto oneroso finale (la vendita da stipulare).

Il comodato *collegato* ad un preliminare di vendita immobiliare è tuttavia soggetto a una disciplina peculiare, derivante dalla natura strumentale dell'interesse delle parti, che viene attratto dall'interesse finale posto a fondamento della vendita, ma non coincide con quest'ultimo.

In questo caso, la causa esterna del comodato impone invece una disciplina del rapporto *idonea a garantire l'attuazione dell'interesse finale*.

Così, ad esempio, non avrebbe alcun senso un'obbligazione restitutoria in capo al comodatario (art. 1809 c.c.), perché è la stessa stipula del definitivo a caducare gli effetti interinali del comodato strumentale. Un eventuale obbligo restitutorio del bene consegnato deriverebbe unicamente dalla risoluzione del preliminare per inadempimento o dal suo scioglimento per mutuo dissenso.

Del pari, un obbligo di custodia del comodatario (art. 1804 c.c.) è addirittura inconcepibile, se lo scopo del comodato è quello di consentire la realizzazione di opere di trasformazione del bene in vista della stipula del definitivo.

Una storica decisione delle Sezioni Unite della S.C. di quasi quarant'anni fa sancì, per la prima volta, che il promittente acquirente di immobile da

costruire può domandare, contestualmente all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, la riduzione del prezzo per la presenza di vizi e difformità nella cosa⁽¹⁶⁾.

Ferma restando, dunque, l'eventuale azione *ex art.* 2932 c.c., rientrante nella disciplina tipica del preliminare, le regole da applicare al comodato devono essere orientate a consentire l'esatta attuazione dell'interesse finale, condiviso dai contraenti, alla realizzazione dell'effetto reale, mantenendo inalterato l'equilibrio sinallagmatico concordato.

Non può stupire, allora, che, ad esempio, la consegna di un bene affetto da vizi comporti rimedi risarcitori che possono ricondursi all'art. 1490 c.c., ma di certo non saranno applicabili gli artt. 1495 e 1497 c.c. per la garanzia dei vizi⁽¹⁷⁾. Viceversa, sarà sempre applicabile l'art. 1460 c.c.⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Cass., Sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1697 ss., con nota di F. MACARIO, *Garanzia per i vizi ed esecuzione coattiva del preliminare «rettificato»*; in *Giust. cin.*, 1985, II, p. 1630, con nota di A. DI MAJO; in *Corr. giur.*, 1985, p. 627, con nota di V. CARBONE; in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, p. 303 ss., con nota di E. GABRIELLI, *Il «preliminare ad effetti anticipati» e la tutela del promissario acquirente*. Nello stesso senso, v. Cass., 18 giugno 1996, n. 5615, in *Corr. giur.*, 1997, p. 48, con nota di A. PALMIERI; Cass., 26 maggio 2004, n. 10148, in *Notariato*, 2004, p. 461; Cass., 14 gennaio 2010, n. 477, in *leggiditalia.it*; Cass., 15 aprile 2016, n. 7584, *ivi*.

⁽¹⁷⁾ Cfr. F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., pp. 590-591.

⁽¹⁸⁾ Cass., 29 aprile 1998, n. 4354, in *Rep. Foro it.*, 1998, *Vendita*, n. 52: «Le norme sulla garanzia per i vizi della cosa venduta, in quanto presuppongono l'avvenuto trasferimento della proprietà della stessa, non trovano applicazione in tema di contratto preliminare di vendita, il quale è caratterizzato dalla mancanza dell'effetto traslativo; pertanto, in caso di preliminare di vendita di un appartamento, con consegna dello stesso prima della stipula dell'atto definitivo e correlativo inizio del pagamento rateale del prezzo da parte del promissario acquirente, la presenza di vizi nella cosa consegnata abilita quest'ultimo - senza che sia necessario il rispetto del termine di decadenza di cui all'art. 1495 c.c. per la denuncia dei vizi della cosa venduta - ad opporre la *exceptio inadimpleti contractus* al promittente venditore che gli chieda di aderire alla stipulazione del contratto definitivo e di pagare contestualmente il saldo del prezzo, e lo abilita altresì a chiedere, in via alternativa, la risoluzione del preliminare per inadempimento del promittente venditore ovvero la condanna di quest'ultimo ad eliminare a proprie spese i vizi della cosa». In senso conforme, v. Cass., 11 ottobre 2013, n. 23162, in *leggiditalia.it*.

Los movimientos disruptivos en la ética europea

[COVADONGA TORRES ASSIEGO^(*)]

SOMMARIO: 1. La ética y los movimientos disruptivos. – 2. La ética frente a los avances sanitarios. – 3. Movimientos disruptivos. – 4. El principio de precaución como paraguas normativo ante la incertidumbre científica.

1. Empezar un viaje filosófico resulta una tarea titánica y pretenciosa, porque no existe en el horizonte un puerto donde arribar y acomodarse una larga temporada. Cuando hablamos de ética, dicha travesía parece no finalizar nunca, ya que depende de los valores y el pensamiento del momento. Se trata de una ruta perpetua y que exige de su tripulación una adaptabilidad espontánea, lo que siempre genera confusión y una opinión pública heterogénea. Su etimología puede disipar alguna niebla que envuelve su comprensión; del griego *ethos*, O “lugar donde se habita⁽¹⁾” ciertamente la raíz es esclarecedora, la ética no se hospeda largas temporadas en un mismo periodo, se transforma y muda sus ropajes en virtud del pensamiento predominante. Sus estancias a lo largo de los siglos se han ido acortando, transformándose en visitas esporádicas.

Dichas vestimentas tienen una esperanza de vida cada día más efímera, cambiando de percha a pasos agigantados. Vivimos en la época de la oxitocina y la dopamina instantánea⁽²⁾, del cortoplacismo. La ética es susceptible

^(*) Universidad Rey Juan Carlos, Madrid. Esta investigación es fruto de la estancia doctoral en la Università degli Studi di Perugia. Departamento de Derecho – Centro de Excelencia Jean Monnet “Baldus”.

⁽¹⁾ L. BOFF, *Ética y moral. La búsqueda de los fundamentos*, ed. Bilbao, Editorial Sal Terrae, 2003.

⁽²⁾ D. CRITIKIÁN, M. MEDINA, *Redes sociales y la adicción al like de la generación z*, en *Revista de Comunicación y Salud*, 2021, 11, pp. 55-76.

de estos cambios alentados por la tecnología, y los últimos descubrimientos en biología y en medicina no son una excepción. Los avances biotecnológicos suscitan los debates éticos más acalorados en los plenos de los países de occidente y oriente medio. Dependiendo del objeto en cuestión algunos se atreven a decir que jugamos a ser Dios, cambiando de alguna manera las leyes naturales como un escultor caprichoso que desea cincelar su obra bajo sus designios más hedonistas.

Podríamos citar la frase por antonomasia de Ortega y Gasset y aproximarnos a este concepto que muta con los movimientos sociales del momento «yo soy yo y mi circunstancia»⁽³⁾. La ética es una creación puramente social, una norma tácita de costumbres y por ello volátil.

Sin importar las raíces antropológicas o históricas, dentro de cada clan existe una ética incluso cuando no son conscientes de la existencia de tal concepto. Se trata de un sistema que asume la regencia hasta que el ordenamiento jurídico asume las riendas de la soberanía. La muerte en batalla podría considerarse un valor ético incuestionable en tiempos donde acudir a la llamada de la fe cristiana en Jerusalén era considerado un honor para el blasón familiar. Una mujer debía llegar intacta al matrimonio, con un comportamiento sumiso y de intachable reputación social al no conocer varón antes que a su futuro marido. Dichos valores carecen ahora de fundamento para los occidentales, no pudiéndose sustentar en principios europeos que sostienen nuestro estado de derecho; el derecho a la vida, la dignidad humana, la integridad física, la no discriminación. En suma, los derechos fundamentales que ampara nuestra carta magna desde 1978.

La fe, las creencias y la ética dependen de las circunstancias sociales, del pensamiento del clan y la fuerza y persuasión del grupo. Muchas de las ideologías actuales germinaron débilmente entre otras dominantes y autoritarias, pero se hicieron hueco entre el pensamiento colectivo. Esto ocurre desde la Segunda Guerra Mundial, cuando el mundo entero se estremeció ante los crímenes del III Reich. Era entonces impensable en pleno siglo XX la existencia de actos esclavistas y deshumanizantes hacia colectivos minoritarios

⁽³⁾ J. ORTEGA, *Meditaciones del Quijote*, Alianza Editorial, 2022.

por razones de raza⁽⁴⁾. Hoy en día, son muchos los estudios que intentan dar respuesta a un cambio tan radical del pensamiento alemán en el período de entreguerras sin obtener un resultado unánime. Entre esas atrocidades, destacó mucho una tipología deshumanizante, la experimentación con seres humanos.

Los años en los cuales los campos de concentración se edificaban lejos de las críticas miradas europeas, fueron fructíferos para aquellos científicos que desearon satisfacer un ego tan extenso como sus propias sombras, rompiendo de base con la ética religiosa, deontológica y social⁽⁵⁾. Religiosa, al considerar a un ser humano como heraldo de los designios divinos para moldear a un ser humano en virtud de un filtro eugenésico. Deontológica, ya que la obligación de un médico es preservar la vida, independientemente de los fines científicos últimos, el bien no justifica los medios. Y, por último, la recepción social, la cual se escandalizó ante tales prácticas. En la barraca 10 de Auswitch Birkenau, concretamente en su segunda planta, pueden observarse con horror la experimentación con niños jóvenes, en su mayoría lisiados o gemelos.

Al finalizar la guerra y destaparse aquello, las potencias vencedoras solicitaron la celebración de los homónimos Juicios de Núremberg. Tales juicios tuvieron una doble finalidad; justiciar a los altos mandos y crear un precedente sanitario-conductual para las futuras generaciones, estableciendo un marco del cual no podrían sobrepasarse los trazos éticos sanitarios.

2. Jugar a ser Dios, o más bien, escultores genéticos, es la lectura principal de nuestra ética contemporánea. El pensamiento ético-médico no es ni la sombra de aquellos preceptos que declaraba la escuela hipocrática. Por creencias religiosas y cuestiones de fe, ciertas actividades de la ciencia moderna serían impensables de replicarse en épocas pasadas. En el mismo juramento hipocrático, el médico jura que no practicará ningún aborto. Si bien,

⁽⁴⁾ V. GANNUSCIO, *La voce della (nuova) destra tedesca: la lingua della propaganda populista di ieri e oggi. Il linguaggio dell'odio. Fra memoria e attualità*, Franco Angeli, 2021, pp. 107-122.

⁽⁵⁾ F. GIUNTA, *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comitati etici*, en *Diritto pubblico* 2002, 8.2, pp. 623-644.

este objeto de debate no es el fin de esta tesis, el aborto sigue un patrón ético que jamás deja indiferente por varios factores: por su contenido ético-moral, su consideración social, su contenido biológico-natural e institucional.

Lo mismo podríamos decir de la eutanasia, o comúnmente denominada muerte digna. Hipócrates no sopesaría en aquella época la interrupción voluntaria de la vida de alguno de sus pacientes, cuando la supervivencia era el fin mayor de aquel entonces.

«No daré a nadie, aunque me lo pida, ningún fármaco letal, ni haré semejante sugerencia. Igualmente, tampoco proporcionaré a mujer alguna un pesario abortivo. En pureza y santidad mantendré mi vida y mi arte»⁽⁶⁾.

El galeno rechaza tanto la eutanasia como el aborto explícitamente, entendiendo la labor médica con un único fin, la de la salvaguardia de la vida. Contemplamos una actitud paternalista por parte del médico, el cual velará por el paciente bajo su criterio sin atender a su voluntad⁽⁷⁾. Esto es actualmente inconcebible con el principio de la autonomía de la voluntad. La actitud paternalista es propia de la época y nos recuerda al discurso del Estado paternalista de John Stuart Mill. El liberalismo no obstante introdujo la idea de una voluntad individualista frente al Estado, y este dinamismo entre el Estado-individuo ha desembocado en los mayores dilemas éticos del último siglo.

El fragmento también alude al aborto, debate no escaso de polémica sin ninguna postura conciliadora. El Estado paternalista tradicionalista abogaba junto a la opinión médica que la concepción es el inicio de la vida del ser humano, ergo, un sujeto con derechos inherentes en su desarrollo como nasciturus. En Europa esta práctica ha pasado de su absoluta prohibición a su posibilidad cumpliendo con una serie de plazos o requisitos dependiendo el país. Depende de las creencias y de la carga religiosa de esas naciones la posibilidad o no de abortar y las condiciones. Esta desescalada moralista responden a un cambio de mentalidad que ha mutado y, en consecuencia,

⁽⁶⁾ Consultado en J.M. ISO SANCHEZ-SALVATIERRA, A. TAYPE-RONDAN, *Evolución del Juramento Hipocrático: ¿qué ha cambiado y por qué?*, en *Rev. méd. Chile* [online], 2018, vol. 146, n. 12, pp. 1498-1500, en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872018001201498&lng=es&nrm=iso.

⁽⁷⁾ *Ibidem*.

la ética de los países que previamente no contemplaban esta práctica por motivos de conciencia.

La gestación del nasciturus sigue siendo un debate comprometido. No obstante, han surgido nuevos paradigmas éticos que han acaparado algo de protagonismo frente a la interrupción voluntaria del embarazo: la donación de óvulos, el estudio de células madre, los vientres de alquiler o la llegada de CRISPR/Cas9⁽⁸⁾. Este último movimiento disruptivo resuena con fuerza tanto en el ámbito social como en el económico. Su implantación ha generado crispación y nos ha recordado a la afamada obra de Huxley, *Un mundo feliz* o la película nominada al óscar, *Gátaca*. Recordando el nexo común entre ambos argumentos, los protagonistas viven en sociedades “perfectas” donde los niños se sirven *a la carta* no dejando al azar ciertos aspectos más estéticos que sanitarios; color de ojos del niño, eliminar el vello en determinadas partes del cuerpo, una musculatura más potente, etc.

Estos fines más puramente estéticos y visuales que funcionales ha avivado también otro debate; la mercantilización del cuerpo y el compromiso de la dignidad humana. Algunos psiquiatras como Marian Rojas declaran que, en sus estudios sobre la obsesión con alcanzar el cuerpo perfecto, avivada por el empleo de las redes sociales, observan la proliferación de egocentrismo nocivo y narcisismo⁽⁹⁾. Quizás, engendrar un niño que se ajuste a los cánones de belleza del momento sea un mero instrumento para cubrir ciertas carencias afectivas o para satisfacer esa necesidad de aceptación social. Todo ello, sin aludir a las empresas que facturan cantidades ingentes de dinero por aportar estos servicios. Existen actualmente ciertas conductas *remuneradas*, que a costa de hacer temblar el principio de dignidad nos invita a la reflexión. Por ejemplo, los vientres de alquiler⁽¹⁰⁾.

La mercantilización del cuerpo se contemplaba hasta hace poco en el sujeto principal, el afectado. No obstante, diseñar a niños desde el embrión

⁽⁸⁾ F. MONTALVO, *Bioconstitucionalismo*, Aranzadi, 2020.

⁽⁹⁾ M. ESTAPE, *How to Make Good Things Happen: Know Your Brain, Enhance Your Life*, The Countryman Press, 2021.

⁽¹⁰⁾ M. SANDEL, *What money can't buy: the moral limits of markets*, Tanner Lectures on Human Values, 2000, 21, pp. 87-122.

a golpe de tijeretazo del genoma defectuoso abre un debate que hasta entonces se había contemplado únicamente en las obras de ficción. Nuevas prácticas médicas nos invitan a contemplar una duda que podría marcar una nueva estela normativa europea.

Esta mercantilización responde, bajo mi juicio, a un cambio moral transgeneracional, a un movimiento disruptivo, a un cambio de era. Esta transición del sistema de valores y de sistema de creencias se ha gestionado en un breve espacio temporal. Las tendencias no duran meses, son efímeras, la sobreinformación solapa rápidamente una desgracia por otra, un acontecimiento por otro, una circunstancia en por otra. El pensamiento ético occidental no está en pleno desarrollo, es sujeto de múltiples acontecimientos que no solidifican antes de que comience otro movimiento disruptivo y rompedor. No acaban de cristalizar las creencias o los juicios morales porque rápidamente los medios y la ciencia nos bombardean con una nueva polémica.

De alguna manera, esta sobreinformación digna de una distopía huxleyana⁽¹¹⁾, ha acelerado los planteamientos y creencias europeas que son objeto de la moralidad. Algunos inducen a los radicalismos ideológicos, a la ausencia de templanza o de virtud aristotélica del término medio. Hemos pasado de prohibir bajo una serie de requisitos el aborto a considerarlo un derecho legítimo de la mujer mediante la interrupción voluntaria de la gestación en las primeras catorce semanas del embarazo en España, es decir, hasta casi el cuarto mes de embarazo. La eutanasia no se había contemplado hasta la última década, hasta la sensibilización de situaciones personales y comprometidas como la de Ramón Sampedro en 1998. Nuestro legislativo sería el cuarto país del mundo en regular la muerte voluntaria en 2021 bajo una serie de requisitos. La Ley Orgánica 3/2021 del 24 de marzo incorpora a nuestro Ordenamiento Jurídico el suicidio asistido. Entre el mediático caso del desafortunado Ramón Sampedro hasta la aprobación de la eutanasia, han pasado nada más y nada menos que veintitrés años.

⁽¹¹⁾ J. CAYTON, *The modern synthesis: Genetics and dystopia in the huxley circle. Modernism/modernity*, 2016, vol. 23, no. 4, pp. 875-896.

3. Podemos aludir a muchos más fenómenos que hemos incorporado a nuestro sistema normativo. La población mundial tuvo que recluirse en sus propias viviendas, haciendo frene a la incertidumbre y a las secuelas psicológicas y afectivas. Todo ello en cuestión de horas, días o semanas en virtud del protocolo de actuación de cada país. Una vez finalizado el confinamiento, comenzó otro fenómeno; el debate ético de la vacunación masiva que incendió los telediarios y la opinión pública sobre su obligatoriedad. En algunas Comunidades Autónomas se implementó el pasaporte covid o *green pass*. Finalmente, sería el Tribunal Supremo fallaría en contra de su implantación. El reino de taifas sanitario supuso un verdadero quebradero de cabeza normativo, hasta el que Tribunal Constitucional declaró el Estado de Alarma ilegal⁽¹²⁾. La pandemia fue un verdadero fenómeno ético disruptivo, con constantes cambios y regulaciones que debía acatar la población creando una verdadera confusión. La obligatoriedad de mascarilla en exteriores, posteriormente en interiores y finalmente en transporte público y centros sanitarios, el toque de queda, la suspensión de la libre circulación y el *green pass*. Cuesta creer que todo esto se halla prolongado dos años, permitiendo casos excepcionales como los países escandinavos. Un virus puso en jaque la normalización de actitudes que no hubiéramos tolerado salvo la salvaguarda de la integridad física y moral.

Otra consideración ética disruptiva es la ponderación de dos principios: la autonomía de la voluntad frente a la dignidad. Hasta ahora, jamás nos habíamos planteado en la salvaguarda de la dignidad humana la posibilidad de considerar el principio de la autonomía de la voluntad como una rendija con el espacio suficiente por el cual vulnerar derechos fundamentales o la propia dignidad. La evolución histórica de la dignidad humana hasta finales del siglo XX no se habría planteado esta posibilidad más allá de la negativa a consumir ciertos remedios por parte del galeno. Cabría preguntarse de esta manera ¿la dignidad ha cambiado?, y de ser así, ¿podría ser vulnerada por la propia autonomía de la voluntad? ¿es la dignidad el centro de la ética demo-

⁽¹²⁾ Así lo declare el Tribunal Constitucional español en su declaración en su nota informativa 74/2021.

crática? Un ejemplo reciente es la tentativa de la legalización en nuestro país de la gestación subrogada.

Sin embargo, arribamos de nuevo a un delta ético, que se expande incluso a las corrientes económicas liberales. Nos preguntamos si la dignidad humana es inherente al ser humano o una consideración de la tribu, de la colectividad y por ello no valen todas las prácticas. Algunos podrían considerar que lo ético, lo socialmente aceptado sería lo moralmente válido y, por ende, digno. La idea de dignidad humana sería consecuencia de una petrificación moral, de una evolución del pensamiento sobre el papel del ser humano. Reconocer a la persona como en fin en sí mismo, considerar la dignidad como valor inherente a su propia esencia. Ese reconocimiento expreso por parte de los ordenamientos jurídicos, sostienen las instituciones occidentales modernas. Tal reconocimiento jurídico es moderno, de finales de siglo XVIII. La dignidad actual se encuentra a caballo entre la Guerra de Independencia de Estados Unidos y la Revolución Francesa. Germinaría de tal manera la primera semilla que instauraría los derechos humanos. Los derechos humanos como conocemos actualmente en la normativa internacional, comunitaria y nacional se fundamentan en la dignidad. Pero esa dignidad prematura de los primeros textos constitucionales jamás fue interpretada o considerada con las circunstancias ético-sociales actuales.

Un ejemplo es el nuevo fenómeno que acontece en nuevas corrientes éticas que alertan de nuevos retos jurídicos, como los algoritmos, las IA y las redes sociales. Los usuarios desconocen a primera vista que el uso de sus datos personales vale su peso en oro, que los derechos contenidos por ejemplo en la LPDCP sufren vulneraciones constantes mediante políticas de empresa de dudosa actividad. La transferencia de estos datos cosecha cifras millonarias a empresas como META⁽¹³⁾ y los recientes juicios contra el creador de Facebook, Mark Zuckerberg. Recientemente se ha prohibido en el país transalpino la ChatGPT por motivos de intimidad y vulneración de datos personales. Gaznates de la informática como Elon Musk han aconse-

⁽¹³⁾ H. JONES, S. HIRAM, *Facebook: Threats to privacy*, en *Project MAC: MIT project on mathematics and computing*, 2005, 1.1, pp. 1-76.

jado la creación de un código ético para las IA y el uso concienciado de los algoritmos. Apenas existen estudios del efecto de estas nuevas tecnologías en el concepto de dignidad, o si se debiera reformular su significado y su implicación jurídica.

La privacidad es considerada un derecho fundamental y especialmente protegido en nuestra constitución o en la Carta de derechos fundamentales. Aunque el principio del consentimiento se contemple en este intercambio, cabría preguntarse si este ocultismo en el uso de nuestros datos personales podría socavar el principio de dignidad. El concepto de privacidad ha cambiado, este derecho fundamental se enfrenta más que nunca a una disrupción tecnológica en el que deben ponderarse diferentes aspectos como el consentimiento informado por parte del usuario y la intimidad. Surgen mayores complicaciones cuando en el consentimiento informado existe un encubrimiento del uso de los datos personales. Cabría preguntarse hasta que punto esos datos pueden influir en la toma de decisiones del usuario.

Sin ir más lejos, existe una censura en el universo META, donde no tienen cabida diferentes posiciones. No hacemos alusión a los comentarios que incitan el discurso del odio u opiniones despectivas y discriminatorias, sino a la desinformación. Las recientes *fake news* que fluyen por internet son objeto de análisis por parte de los moderadores de internet. La vara de la verdad depende de un moderador anónimo. Surge polémica al preguntarnos el método para contrastar las falacias, la información falsa o sesgada. El hacedor de la verdad o validador no se expone a exámenes más allá de las propias políticas de la empresa.

La tecnología y el mundo virtual ha cambiado también el funcionamiento y el condicionamiento del cerebro. Existe otro posible planteamiento que respondería con mayor facilidad a ciertas cuestiones que va más allá del uso de las redes sociales. Los nuevos descubrimientos médico-sanitarios o tecnológicos.

El concepto de dignidad lo trabajaremos con profundidad más adelante, al tratarse de un concepto indeterminado y de diferente connotación y valor ontológico como hemos observado brevemente con Kant. Pero resulta más difícil definir la dignidad que reconocer una posible vulneración de esta bajo

el *valor del precio*⁽¹⁴⁾. La nueva disrupción generacional abre ese debate que el derecho constitucional o comunitario trata de abordar a *posteriori*⁽¹⁵⁾ regulando la realidad social a tientas de acoger las nuevas políticas o técnicas que no hubiéramos sido capaces de visualizar a principios de milenio.

En este abanico disruptivo de políticas y actividades ya hemos comentado la consideración de las nuevas tecnologías o de la biología. Existen dos ramas transhumanistas que consideran que la nueva disrupción generacional arribará a manos de dos tendencias:

A) Las IA y del metaverso bajo la jerarquía algorítmica. Las “algocracias” manejarán el mercado y los servicios estatales y privados mediante los algoritmos. Mediante los datos que manejan los algoritmos, las aplicaciones invitan o, mejor dicho, incitan al consumo o a la visualización de ciertos contenidos. Las IA se instauran en nuestra sociedad en la actual IV Revolución Industrial, para algunos se alza un gran mercado y muchas facilidades para los consumidores, pero cuenta a sus espaldas con un gran número de detractores. Los detractores esgrimen la pasividad y falta de estímulo creativo que inciten al pensamiento crítico racional. La IA aceleraron su proliferación tras la pandemia y con el medio de redes sociales. Juristas de todo el mundo debaten sobre los derechos de propiedad intelectual de las IA por parte del uso de usuarios. Por ejemplo, cuando la IA realiza un trabajo final de grado. Italia ha sido el primer país del mundo en prohibición de ciertas plataformas, en este caso por motivos de intimidad que abordaremos más adelante. Esta investigación abordará la ética de las IA, los algoritmos y de las redes sociales y como responde esa ética a la dignidad humana.

B) La biotecnología. Otros discrepan, reflexionando sobre las implicaciones de la tecnología en la biología, en la materia viva y en el medioambiente. La nueva rama de la biomedicina ha expandido su territorio a niveles insospechados, si la ciencia podía modificar ciertos atributos del cuerpo después del parto, ahora puede alterar las aptitudes del nasciturus. Durante el desarrollo embrionario se podría alterar el genoma con la afamada edi-

(14) I. KANT, *Critica a la razón pura*, Taurus, 2013.

(15) *Ibidem*.

ción genómica que empieza a popularizarse en EEUU. La biotecnología ha engendrado la bioética. La modificación genómica, la eutanasia, la estación subrogada, los implantes, la nanotecnología en el tratamiento de enfermedades o la modificación del ecosistema mediante la investigación y el uso de transgénicos son algunos de los ejemplos de esta nueva ciencia.

La principal diferencia entre ambas corrientes, tanto transhumanista como trans-robótica, sería el sujeto sobre el que recae la acción, si el avance o mejora recae sobre el ser humano o la máquina. Aunque en la biotecnología esta distinción probablemente se irá diluyendo si tenemos en cuenta los que los últimos avances de mejora sanitaria cuentan con máquinas. Bajo mi humilde criterio, la dicotomía desaparecerá, extinguiendo la bifurcación y crear una única vía del “trans” que unan el hombre y la máquina. La biotecnología es, al fin y al cabo, el empleo de tecnología sobre el cuerpo humano.

No obstante, vertientes transhumanistas coinciden en un punto común, la crisis ética que se alza ante nosotros con un debate hasta ahora desconocido y ajeno al Derecho. Entre las diferentes ramas de las que dispone la ciencia jurídica, y coincidiendo con las observaciones de Federico de Montalvo⁽¹⁶⁾, el derecho debe aportar respuestas a la nueva esencia de ser humano o al nuevo concepto de la naturaleza humana y de la dignidad. Se requiere acción por parte del legislador nacional y comunitario a esta realidad social y económica⁽¹⁷⁾, debiendo ser reconocida por el Ordenamiento Jurídico. La dignidad debe plantearse desde la realidad de los hechos⁽¹⁸⁾, sin poder ignorar el papel de la constitución o de los tratados europeos en la realidad social⁽¹⁹⁾ como garante de derechos.

Reconociendo pues esta nueva realidad, existen tres ramas principales

⁽¹⁶⁾ El profesor entiende que compete a los constitucionalistas y a la Carta Magna atender a la realidad social del momento, aceptarla y reconocerla para un mayor amparo jurídico ético y armonización de los nuevos cambios disruptivos.

⁽¹⁷⁾ Económica, entendiendo la contraprestación del servicio realizado a cambio de un precio.

⁽¹⁸⁾ I. VON MUNCH, *La dignidad del hombre en el derecho constitucional*, 1982, p. 13.

⁽¹⁹⁾ F. MONTALVO, *Bioconstitucionalismo*, Aranzadi, 2022, pp. 55-65.

que pueden considerarse como los principales motores tras el nuevo significado de dignidad:

En el ámbito sanitario, la bioética: los avances en la medicina han abierto la veda a cuestiones propias como la perfección complementaria, que no necesaria, de ciertas aptitudes físicas. Tiempo atrás fue y sigue siendo objeto de debate la cuestión de las operaciones estéticas, pero la “mejora” del cuerpo abre unos horizontes hasta ahora inexplorados de gran contenido ético. La dicotomía entre la mejora del cuerpo humano y la vulneración de la dignidad es muy laxa. Se abren nuevas cuestiones al respecto sobre el diseño a la “carta” de nuestros futuros descendientes. El tratamiento genómico ha removido el fin último de la tecnología en el transhumanismo robótico-tecnológico.

En el ámbito sanitario emergió paralelamente a la evolución y descubrimientos científicos, la bioética. No fue para el gusto de todos la escalada científica que tiene lugar desde la creación de la vacuna a manos del afamado doctor Edward Jenner ⁽²⁰⁾ a finales de siglo XVII como la penicilina de Alexander Fleming en 1928. Ambas fechas son destacables teniendo en consideración la repercusión en la opinión pública. A pesar de las incuestionables vidas salvadas a raíz de ambos inventos, no faltaron detractores en la comunidad científica ⁽²¹⁾.

El concepto se cosecharía con posterioridad, en 1970 la creación de este neologismo se atribuyó al bioquímico americano Van Rensselaer Potter. Bajo una humilde observación, el científico bautizó un fenómeno que ya llevaba siglos adoptando forma. La ética clínica-sanitaria existe desde que un paciente expone su cuerpo a un remedio o inoculación experimental y se manifiesta un sistema de creencias moral, ideológico o religioso ⁽²²⁾. Algunos plantean la bioética como una nueva disciplina, como un nuevo criterio de

⁽²⁰⁾ S. RIEDEL, *Edward Jenner and the history of smallpox and vaccination*, en *Baylor University Medical Center Proceedings*, Vol. 18, No. 1, Taylor & Francis, 2005.

⁽²¹⁾ D. Rothman, *Strangers at the bedside: A history of how law and bioethics transformed medical decision making*, Transaction Publishers, 1991, p.20.

⁽²²⁾ A. ELIZALDE, *Desarrollo humano y ética para la sustentabilidad*, Universidad de Antioquia, 2006.

conducta frente a nuevos fenómenos que transmutan la moral o la ética.

La bioética incluso podría fundirse con las IA en el futuro en la prevención de enfermedades o reconocimiento de las mismas. E incluso de plagas que afectan al ecosistema. Existe dentro de la bioética una nueva rama que paulatinamente asume un rol protagónico en la UE, la defensa del medioambiente. La creación de pesticidas ecológicos, transgénicos, marcas BIO y diferentes medios de cultivo no naturales, forman parte de la bioética e incluso de la tecnología han estrechado esa bifurcación disruptiva previamente comentada. El medioambiente y los aspectos éticos que abordan su defensa política y jurídica han generado movimientos e incluso ideologías políticas por el sistema de creencias global; veganos, especistas, vegetarianos, etc.

He escogido este enfoque sobre la dignidad-ética y el principio de precaución de la Unión Europea por diferentes motivos:

1. No existe demasiada investigación científica ni nacional ni internacional sobre el cambio antropológico que ha sufrido el concepto de dignidad en las últimas décadas. Los avances científicos y tecnológicos nos ofrecen sendos horizontes que explorar, pero pocos se han cuestionado si deben existir unos límites infranqueables o un marco donde desarrollar su actividad y su arte sin salirse del lienzo. No existe tampoco un estudio del posible impacto de nuevas prácticas sobre la salud mental a largo plazo. La falta de investigación científica y la ausencia de normativa que aborde esta realidad, debería ser el acicate necesario para movilizar al ordenamiento jurídico nacional y a las instituciones europeas. Si el concepto de dignidad ha cambiado, esa realidad debe ser reconocida por el Legislador y legalizar ciertas prácticas o actuar bajo una cautela *a priori* que nos permita recopilar la suficiente información científica y social. El derecho debe responder a la sociedad y no actuar por silencio u omisión.
2. La interacción individuo-sociedad. Más que nunca se eleva frente a nosotros el individualismo frente a la colectividad. Cuesta imaginar que el individualismo pueda conciliarse con un valor ético universal. En filosofía ya teníamos a autores como Dumont lo aborda en su holismo, pero

sin esclarecer dudas actuales, Sí, el hombre individualista es una realidad, reconociéndose como sujeto independiente y con autonomía de la voluntad, con derechos que le son inherentes. Pero, ese mismo sujeto vive en un mundo social, en todas sus formas. Me cuestiono si ciertas prácticas pueden escudarse bajo el principio de la autonomía de la voluntad y si el propio sujeto, a pesar de ser libre en tal toma de decisiones no es consciente del posible mal que pueda causarse así mismo. Y, si tal mal no es socialmente reconocido, sería el momento de reconocer la realidad social, la que nos induce a redefinir de nuevo la dignidad humana. Véase, la edición del genoma, la gestación subrogada o la prostitución.

3. La necesidad de actualizar nuestra legislación a la realidad social *a priori*. Bien es cierto, que es imposible que la legislación “prevea” toda la actividad científica y los cambios sociales originados por la misma, no justifica su inactividad y su ausentismo u omisión. Incito pues una mayor perspectiva del principio de precaución para abordar contingencias actuales y futuras *a priori* y no *a posteriori*. Esta cautela puede servir como respuesta prudencial a contingencias que no podamos presumir actualmente, pero sí disponer de las herramientas necesarias para responder a dilemas éticos minimizando los posibles estragos que pudieran producirse ateniendo al interés general y al bien común.
4. A raíz de este estudio, sobre la relación del derecho con la realidad social, considero la posibilidad de desarrollo de una nueva rama dentro de la filosofía del derecho. No se da el espacio que merece para interpretar nuestros derechos fundamentales. La filosofía y la ética interaccionan entre sí para brindar al legislador no una respuesta absoluta, pero si una consideración de las posibles posturas, una interpretación más aproximada de la voluntad del individuo. La bioética, el transhumanismo robótico, la biotecnología son nuevos retos de una elevada carga deontológica, que merecen una mirada por las ciencias jurídicas, sin olvidar que la esencia del derecho es la razón, la justicia y la prudencia.

4. El principio jurídico de *dignidad humana* ha sido, quizás, el principio que más ha sufrido alteraciones conceptuales en la última década. Este principio es considerado por muchos juristas la matriz del cual se desprenden los derechos fundamentales o las libertades públicas⁽²³⁾. De la dignidad se sedimenta, por ejemplo, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen que se recoge en el art. 18.4 de nuestra constitución.

El texto constitucional establece unos límites inquebrantables para amparar los derechos fundamentales o la dignidad humana. No obstante, lo que concebíamos hace quince años como principio de dignidad ha cambiado en diferentes ramas del conocimiento: la dignidad humana en el uso de tecnologías con las redes sociales o algoritmos, la dignidad humana en la reciente crisis sanitaria con los protocolos de actuación, el *green pass* y el consentimiento informado covid, son meros ejemplos de la distancia temporal real entre el mundo moderno y nuestra obsoleta normativa.

No solo hablamos del contexto nacional, la normativa comunitaria tampoco puede seguir el ritmo de las nuevas tecnologías, de los descubrimientos y hallazgos científicos o el reciente *metaverso*. Sería pretencioso exigir del legislador comunitario o nacional una respuesta inmediata a estos cambios frenéticos. Sin embargo, considero que podemos prevenir ciertas prácticas bajo el *principio de prevención*⁽²⁴⁾.

Dichas prácticas pueden alterar el concepto que tenemos ya asimilado por dignidad, son grietas morales que pueden atentar contra la misma. Los algoritmos manejados por haciendas millonarias o investigaciones respaldadas bajo un consentimiento informado precario no pueden desarrollar su actividad sin responder a ciertos principios éticos. Para ello, el principio de dignidad puede servir, a priori, como un impermeable normativo para evitar inundarnos de negligencias médicas con efectos adversos o de

⁽²³⁾ R. ANDORNO, *El principio de dignidad humana en el bioderecho internacional*, en *Enciclopedia de Bioética*, disponible en enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-vozes/184-el-principio-de-dignidad-humana-en-el-bioderecho-internacional.

⁽²⁴⁾ Este principio es un concepto jurídico indeterminado de carácter *ius cogens*, reconocido en el art 191 del TFUE.

secuelas económicas y de salud mental a costa de unos *likes* de la algocracia⁽²⁵⁾.

El principio de prevención se formuló para la salvaguarda de la salud, y del medioambiente. Se formuló por primera vez en la COM (2000) y se contempla en el artículo 191.2 del TFUE. Su relevancia para la salvaguarda de la biodiversidad dota a este principio de fuerza *ius cogens*. Este principio analiza los posibles riesgos derivados de alguna política institucional o actividad privada que pueda entrañar un riesgo potencial. Cabría preguntarse si este principio es idóneo para analizar los posibles riesgos que puedan derivar de ciertas actividades transhumanistas y trans-robóticas que analizaremos a lo largo del trabajo. La prevención podría minimizar las posibles vulneraciones que, a mi juicio, puedan socavar el principio de dignidad tras la aplicación de ciertas políticas y prácticas sin un mesurado control. No existe suficiente consenso científico en cuanto a los efectos sobre la salud mental de ciertas prácticas.

No obstante, resulta importa destacar que con tal precaución no se pretende, como indica acertadamente Federico de Montalvo, frenar todo el avance científico. Se invita y se incita a su desarrollo mediante una reflexión meditada. Se invita a los investigadores a sopesar con madurez y serenidad más alternativas. Al contrario, se alienta a la comunidad científica a una mayor investigación aportando una mentalidad estoica, buscando alternativas mejores y más idóneas frente a la incertidumbre científica. Si existe una incertidumbre científica frente a un posible riesgo, debemos pensar en las consecuencias. Empero, algunos han interpretado este principio como un obstaculizador, sin interpretar que mediante esta vía la comunidad científica puede orientar sus investigaciones a la prevención, generando nuevos descubrimientos.

Se requiere de un nexo causal entre el potencial riesgo y los posibles daños que puedan causarse. Fuera como fuere, se requieren dos elementos circunstanciales para aplicar este principio.

⁽²⁵⁾ D. SANTIBÁÑEZ GUERRERO, *Algocracia y dilema de las manos sucias, una lectura del problema de la relación ética-política en el siglo XXI*, 2020.

1. Un contexto de incertidumbre científica⁽²⁶⁾ que no existan estudios de ensayo-error al respecto. Esta incertidumbre puede estrecharse mediante las correspondientes investigaciones científicas. Nuevamente se incita a la investigación y al desarrollo.
2. Que se produzcan daños graves y que puedan ser incontrolables e irreversibles. Estos efectos pueden derivar de políticas, actividades o productos. Un buen ejemplo ha sido la prohibición de ciertas IA como el ChatGPT en Italia⁽²⁷⁾ ante la posible vulneración de datos confidenciales de los usuarios.

Rescato el informe de Tecnología y Ciencia (COMEST) de la UNESCO, concretamente su informe 2005 sobre el principio de precaución. La institución invita a la proporcionalidad, declarando que no podemos considerar cualquier amenaza, sino que debemos considerar peligros de mayor envergadura y que afecten a la colectividad. La fragilidad de la salud y el medioambiente o la vulneración de los derechos humanos son algunos de los indicadores para aplicar el principio de precaución. Prohibir una actividad en su totalidad tampoco es una opción plausible, ya que no daría lugar al desarrollo científico, se consideran medidas cautelares sin ser excesivamente restrictivas y que ofrezcan posibilidades o alternativas de actuación.

Este problema se observa en alguna normativa, sin observarse cláusulas de revisión o similares.

La implicación del principio de precaución no establece un *status quo* normativo o una quietud legal. Aunque se estudie a priori los efectos de posibles amenazas y políticas, lo idóneo sería una continuidad, un *continuum*, un seguimiento del desarrollo del principio y una evaluación *ex post* para evitar una obsolescencia normativa⁽²⁸⁾. Reconociendo Una evaluación a priori de una política mediante este principio no significa que no deba

⁽²⁶⁾ F. MONTALVO, *Bioconstitucionalismo*, cit.

⁽²⁷⁾ Italia se ha convertido en el primer país en prohibir este tipo de IA al detectar indicios de ilegalidad en cuanto a la Protección de Datos Personales. Italia solicita documentación que sustente las políticas de almacenamiento de datos para esclarecer el manejo de la información.

⁽²⁸⁾ Montalvo, F., *bioconstitucionalismo*, Aranzadi, 2020

seguirse un correspondiente seguimiento, lo que enriquecería investigaciones posteriores, se favorecerían protocolos de actuación para futuras contingencias.

Spunti critici in tema di possesso

[OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA^(*)]

1. Il possesso, anche in ragione del fatto che ha una origine risalente nel tempo, è stato oggetto di dotte e raffinate analisi da parte degli operatori giuridici. Tuttavia le molteplici complessità⁽¹⁾ che l'istituto presenta non sempre hanno consentito l'acquisizione di risultati soddisfacenti. Tale complessità è indotta da molteplici motivazioni, tra le quali assume un particolare rilievo la disciplina, riservata all'istituto che, anche in prospettiva storica, non appare del tutto lineare⁽²⁾.

A stare all'art. 1140 c.c. «il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale», prosegue la norma disponendo che «si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa».

^(*) Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Il presente lavoro è destinato agli *Scritti in memoria di R. Sacco*.

⁽¹⁾ Ricorda C. SALVI, *Proprietà e possesso*, in *Trattato del diritto privato*, Torino, 2021, p. 199, che «il fondatore della teoria moderna del possesso [Savigny] apre la sua trattazione osservando che le ricerche sul tema iniziano di solito con un commento sopra le straordinarie difficoltà». Ed, infatti, F.K. VON SAVIGNY, *Il diritto del possesso*, trad. it., Firenze, 1859, ad apertura della trattazione, dedicata all'istituto, osservava che «è di stile premettere alle ricerche sul possesso un lamento sopra la loro straordinaria difficoltà. Alcuni si sono abbandonati così sul serio a siffatti lamenti, che sono caduti in una specie di disperazione». In concreto, l'istituto del possesso ha subito considerevoli complicazioni, in seguito alla riflessione kantiana. L'autore, infatti, riunificava l'intero diritto patrimoniale – compreso il diritto di famiglia – in una unica categoria *a priori*, vale a dire nella categoria del possesso intellegibile, il quale «non è affatto un concetto empirico» bensì sintetico (I. KANT, *La metafisica dei costumi*, trad. it., Bari, 1973, p. 64).

⁽²⁾ Sulle vicende, che ha subito il possesso nelle diverse codificazioni, cfr. C. SALVI, *Proprietà e possesso*, cit., p. 199 ss.; R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, 3^a ed., in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2014, p. 65 ss.

Dalla disciplina positiva dell'istituto sembra possibile desumere alcune soluzioni: innanzi tutto la norma appena riferita istituisce uno stretto collegamento tra il possesso ed il diritto proprietà⁽³⁾, visto che il primo – nonostante dia luogo ad un potere sulla cosa – viene contemplato come un'attività di esercizio di quest'ultimo diritto. La norma, inoltre, suggerisce che, accanto al possesso ed alla proprietà, esiste la detenzione, la quale dovrebbe anch'essa individuare l'esistenza di un rapporto materiale tra uomo e cosa.

In definitiva, dunque, i rapporti tra uomini e beni possono dar luogo alla configurazione o della detenzione o del possesso o, infine, della proprietà. Abbiamo, dunque, in primo luogo il proprietario che, essendo titolare della facoltà di godimento, ha, dunque, la disponibilità materiale – o, se si vuole, la detenzione – del bene, a meno non abbia costituito sullo stesso diritti reali o personali di godimento. Anche il possessore ha la disponibilità materiale del bene, visto che egli è colui che esercita un potere sulla cosa, che si manifesta in un'attività corrispondente al diritto di proprietà; vi è, infine, il detentore, che dispone del bene per conto del proprietario o del possessore.

Come possano distinguersi, sotto il profilo giuridico, queste relazioni il codice non lo indica espressamente, ma gli operatori giuridici si con fatti carico di supplire a questa lacuna normativa attraverso l'ausilio dell'interpretazione.

Al riguardo, sembra sia possibile chiarire che il detentore è colui che ha una relazione materiale con il bene non ulteriormente qualificata; un esempio in tal senso lo offrono i diritti personali di godimento, i quali danno luogo ad un rapporto materiale tra bene e soggetto, rapporto che, tuttavia, non può essere considerato possesso.

La detenzione del possessore, poi, sarebbe qualificata dall'elemento soggettivo dell'*animus possidendi*, mentre la detenzione del proprietario sarebbe qualificata dalla presenza di un titolo.

È stato di recente osservato che il diritto «regola i conflitti tra persone,

⁽³⁾ Al riguardo la letteratura è sterminata, senza pretesa di completezza, cfr. G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, II, *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1971, p. 80; P. BONEFANTE, *Corso di diritto romano, Diritti reali*, rist., Milano, 1972, pp. 167-169; R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., pp. 9-10 e *passim*.

cui danno luogo il godimento, lo sfruttamento, l'utilizzazione e la percezione del valore delle cose»⁽⁴⁾.

Nel risolvere gli eventuali conflitti, poi, il diritto interviene, scegliendo «una persona o una pluralità di persone, e assegna loro una posizione privilegiata, a tal fine disponendo che le altre si astengano da questa o quella ingerenza nella cosa, e mettendo a disposizione delle prime rimedi adatti per rendere effettivo quest'obbligo di astensione, per reagire all'ingerenza lesiva, e per rimuovere gli ostacoli che impedirebbero questa reazione»⁽⁵⁾.

Orbene, per individuare il soggetto, a cui assegnare una posizione privilegiata nell'eventuale conflitto determinatosi nel godimento di una cosa, l'ordinamento segue criteri diversi. È possibile che l'individuazione venga operata, come avviene rispetto al possesso, sulla base di un criterio, fondato sul rapporto che intercorre tra una persona ed un bene.

Ma l'individuazione del soggetto, a cui apprestare tutela, può essere operata, prescindendo dalla relazione, eventualmente, esistente tra bene e persona: in tal caso l'individuazione sarà operata a favore del soggetto titolare di un titolo ieratico⁽⁶⁾.

Questa impostazione, che sembra presupporre l'esistenza nel nostro sistema di una duplicità di schemi di appropriazione delle risorse, può essere per il momento condivisa, salvo le precisazioni che saranno in seguito apportate.

2. Occorre adesso soffermarsi, in maniera più dettagliata, sugli istituti, che si stanno analizzando.

È stato poc'anzi accennato, che il codice civile non offre sufficienti indicazioni, in ordine alla configurazione del possesso. L'art. 1140 c.c., infatti, dopo aver precisato che il possesso è un potere sulla cosa, che si traduce in un'attività corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà o di altro diritto reale contrappone il possesso alla detenzione.

⁽⁴⁾ R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 3.

⁽⁵⁾ R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, loc. ult. cit.

⁽⁶⁾ R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 4.

Il 2° comma della norma in esame dispone, poi, che si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa. Il possesso, dunque, si differenzia dalla detenzione, ma il codice non chiarisce quale differenza sussista tra i due istituti, visto che sia il possessore che il detentore hanno una relazione materiale con la cosa.

Esiste, però, una cospicua e risalente tradizione giuridica che segnala che, a qualificare la detenzione come possesso, sarebbe l'*animus possidendi*, che, per stare alla Relazione ministeriale, si identifica con l'intenzione del possessore di esercitare sulla cosa il diritto di proprietà o di un diritto reale minore (533). Tale formula, però, è all'evidenza tautologica, poiché, se il possessore è colui che ha un potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà, è evidente che egli ha l'intenzione di esercitare sulla cosa il diritto di proprietà o altro diritto reale.

La storia del così detto *animus possidendi* è stata una delle più controverse del diritto privato: al riguardo si contrappongono due tesi. Una prima assume tale elemento in senso oggettivo⁽⁷⁾ ed una seconda lo assume in senso soggettivo⁽⁸⁾. Una concezione intermedia sembra emergere dalla Relazione ministeriale (n. 533), dove si pone in luce che il possesso è costituito da due elementi: «il primo è costituito dall'intenzione di esercitare un diritto reale sulla cosa; il secondo dalla forma con cui, attuandosi il potere sulla cosa, l'intenzione si rende esternamente palese».

In questa visione, l'*animus possidendi* è sì un mero intento, ma è anche un intento che ha una dimensione oggettiva, visto che esso è reso palese – dunque, ancorato a un dato oggettivo – dalle modalità di esercizio del potere sulla cosa.

Ciò posto, se, per ovvi motivi di riconoscibilità, è indiscutibile che sussista l'esigenza di ancorare l'elemento in esame a dati oggettivi, non di meno una tale soluzione non sembra del tutto appagante, se è vero che essa non dà

⁽⁷⁾ Cfr. F. DE MARTINO, *Del possesso*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968, p. 2; C. SALVI, *Proprietà e possesso*, cit., p. 204.

⁽⁸⁾ Cfr. R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 99; F. ALCARO, *Il possesso*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2002, p. 13; sul problema cfr. le puntuali osservazioni di G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, Napoli, 1983, p. 37 ss.

ragione di tutta una serie di ipotesi, quale, ad esempio, il possesso del ladro⁽⁹⁾.

Detto questo, occorre aggiungere che, ancorando il requisito dell'*animus possidendi* ad una concezione soggettiva, non si riesce, ad esempio, a capire in quale situazione venga a trovarsi il possessore, nel caso in cui egli attribuisca a terzi – in ipotesi attraverso la conclusione di diritti personali di godimento-la detenzione del bene (art. 1140, 2° comma, c.c.). In tali evenienze, risulta quanto meno problematico supporre che il possessore rimanga titolare del solo *animus possidendi*.

L'esigenza di ancorare il possesso a dati oggettivi, dunque, sussiste, visto che, richiamando l'intento o l'*animus*, si finisce per dare rilievo ad elementi di carattere soggettivi difficilmente conoscibili.

Tuttavia, perché sia possibile acquisire risultati più soddisfacenti, è indispensabile riesaminare il problema, allorché saranno analizzate le tematiche relative alla configurazione del possesso.

3. Una volta acquisito che, per la configurazione del possesso, è indispensabile non solo che il soggetto abbia una relazione materiale con la cosa, ma anche che tale relazione sia assistita dal c.d. *animus possidendi* – inteso nel senso che si è tentato di chiarire – è indispensabile svolgere alcune considerazioni.

Poiché il possesso si concreta in un'attività corrispondente al diritto di proprietà o ad altro diritto reale, ne consegue che al possessore spettano facoltà in parte analoghe a quelle che spettano al proprietario o al titolare di altro diritto reale.

Nel possesso corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà, al possessore spetta, quindi, la facoltà di godere del bene in maniera piena ed esclusiva⁽¹⁰⁾; mentre, nel caso in cui il possesso corrisponde all'esercizio di altro diritto reale, la facoltà di godimento del possessore subisce i limiti, che la legge prevede in questi casi (cfr., ad esempio, artt. 981, 1021, 1022 c.c.).

⁽⁹⁾ R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, loc. ult. cit.

⁽¹⁰⁾ R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 73.

Si consideri, però, che nel possesso, corrispondente al diritto di proprietà, il possessore, contrariamente a quanto accade rispetto alla proprietà, non ha il «diritto di godere» (art. 832 c.c.) della cosa, prova ne sia che l'art. 1140 c.c., non opera alcun riferimento ad un supposto diritto del possessore di godere del bene.

Ciò perché il fondamento dell'attività di godimento del possessore va individuato nell'effettività di tale attività. Come dispone il codice, il possessore, infatti, è tale, perché svolge un'attività ed è chiaro che tale attività tendenzialmente si risolve in un'attività di godimento.

Da un'attenta analisi dell'istituto in esame, si desume, peraltro, che al possessore non spettano tutte le facoltà, che la legge attribuisce al proprietario, visto che si deve ritenere che al primo non spetti la facoltà di disposizione.

Tale problematica viene, abitualmente, affrontata dai vari autori, quando vengono analizzate le modalità di acquisto del possesso. Ed in tale prospettiva si distingue tra l'acquisto a titolo originario del possesso ed il suo acquisto a titolo derivativo.

Si ritiene che nel primo caso l'effetto acquisitivo sarebbe ricollegato all'apprensione, mentre nel secondo tale effetto conseguirebbe alla tradizione⁽¹¹⁾.

Tuttavia, le soluzioni prospettate dagli operatori giuridici, se sono suscettibili di lineari applicazioni rispetto ai beni mobili, diversamente stanno le cose rispetto ai beni immobili.

Orbene, per quel riguarda l'acquisto del possesso a titolo originario, esso, però, è precluso rispetto ai beni immobili, giacché alla loro apprensione osta la regola, enunciata dall'art. 827 c.c., il quale, come è noto, dispone che i beni immobili che non sono in proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato.

Rispetto all'acquisto a titolo derivativo, sorge il problema di individuare il titolo, in cui trova la propria fonte la tradizione, visto che ciò è reso necessario dal fatto che quest'ultima è una vicenda, che, normalmente, consegue alla conclusione di un contratto.

⁽¹¹⁾ Ometto di soffermarsi sulle distinzioni operate tra tradizione effettiva o simbolica. Sul problema, cfr. F. DE MARTINO, *Del possesso*, cit., pp. 8-9; F. ALCARO, *Il possesso*, cit., pp. 74-75; R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 240 ss.

Ebbene rispetto al possesso, che si traduce in un'attività corrispondente ad altro reale non sorge alcun problema: in questi casi, infatti, la tradizione trova la sua fonte nel contratto costitutivo di un diritto reale minore, con la conseguenza che il primo costituisce il titolo di quest'ultimo.

Ma il possesso, che «si manifesta in un'attività corrispondente al diritto di proprietà» (art. 1140 c.c.), non può trovare la sua fonte in un titolo contrattuale. Ciò perché nel nostro sistema non è dato rinvenire schemi contrattuali, che consentano al proprietario di dare luogo alla costituzione di diritti, che attribuiscono al loro titolare la possibilità di esercitare un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà.

Per pervenire ad una soluzione diversa la dottrina è stata costretta a richiamare ipotesi alquanto improbabili e, in ogni caso, del tutto marginali.

Al riguardo, viene richiamata l'ipotesi in cui la proprietà di un bene venga trasferita sulla base di un contratto invalido.

Orbene, in tal caso, se le parti danno esecuzione al contratto, si viene a creare una situazione di fatto diversa dalla situazione di diritto, poiché il contratto invalido, se non ha l'attitudine a produrre il trasferimento della proprietà, può dare luogo al trasferimento del possesso, con la precisazione che tale vicenda è determinata dal contratto, bensì dalla consegna del bene⁽¹²⁾.

A parte la marginalità di tale ipotesi, si deve osservare che essa si caratterizza anche in ragione della sua instabilità: infatti, colui che ha trasferito la proprietà del bene può, in qualsiasi momento, far valere l'invalidità dell'atto di trasferimento, con la conseguenza che colui che si trova nella disponibilità materiale del bene trasferito deve restituirlo al proprietario.

Ancora, è stata ipotizzata la possibilità di configurare un contratto – atipico – di immissione nel possesso, caratterizzato da un consenso bilaterale e da un'attività materiale⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 22.

⁽¹³⁾ B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, Napoli, 2003, p. 44 ss.; ma cfr. anche M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, Napoli, 2007, pp. 78 ss. e 83 ss., dove viene richiamato l'istituto dell'accessione nel possesso, in un contesto in cui la consegna materiale del bene, che sarebbe accompagnata in chi dà dalla volontà di trasmettere il possesso e «in chi riceve quello di averlo».

Tale prospettiva intende porre in luce che l'immissione nel possesso, presuppone l'esistenza di un consenso sia da parte di chi effettua l'immissione che da parte di chi la riceve.

Ebbene, l'immissione nel possesso è sempre un effetto, che consegue ad atti costitutivi o traslativi del diritto di proprietà o di diritti reali o personali di godimento; ma, per quanto ci si sforzi, non si riesce ad ipotizzare contratti che si propongono esclusivamente la finalità di trasferire il possesso.

Alla luce delle osservazioni, che precedono, non può, pertanto, essere condivisa la tesi di chi ritiene che esistano regole di circolazione del possesso⁽¹⁴⁾.

Concludendo, dunque, si può affermare che solo nel caso in cui la relazione tra il soggetto ed il bene si costituisce a prescindere dall'esistenza di un titolo, si venga a configurare la relazione possessoria corrispondente a quella prevista dall'art. 1140 c.c.

In altri termini, tenendo conto che il possesso, che corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà, si può costituire solo in assenza di un titolo contrattuale, si può concludere, affermando che l'istituto in esame possa trovare applicazione, solo nei casi la relativa relazione si è instaurato occultamente o violentemente.

In questo contesto, è possibile rimeditare la problematica dell'elemento del c.d. *animus possidendi*. A qualificare il possesso di colui che esercita sulla cosa un'attività corrispondente ad altro diritto reale, è il titolo che ha dato luogo alla costituzione del rapporto; con la conseguenza che in tal caso l'*animus possidendi* ha basi oggettive.

Al contrario, a qualificare il possesso di colui che esercita un'attività corrispondente al diritto di proprietà -proprio perché esso non può trovare la propria fonte in un titolo- è il c.d. *animus rem sibi habendi*, che in questo caso deve essere assunto in senso soggettivo.

⁽¹⁴⁾ R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 23. Sui problemi connessi alla problematica del trasferimento del possesso, cfr. anche F. ALCARO, *Il possesso*, cit., p. 68 ss.

4. L'art. 1140, nell'individuare la nozione di possesso – potere sulla cosa – nonché le modalità attraverso cui esso si manifesta – attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale –, delinea una fattispecie, al realizzarsi della quale la legge ricollega le conseguenze da essa previste, che vanno dal regime di acquisto dei frutti (artt. 1148 ss. c.c.), all'usucapione (artt. 1158 ss. c.c.) e, infine, alle azioni a difesa del possesso (artt. 1168 ss. c.c.).

Se, dunque, come è stato più volte ripetuto, il possesso è un potere su una cosa, esso presuppone anche lo svolgimento di un'attività da parte del possessore. In altri termini, il potere sulla cosa del possessore non è, dunque, astratto: esso, intanto si può dire che sussista, in quanto il possessore svolga un'attività, *lato sensu*, di appropriazione.

In questo caso è, dunque, l'attività a costituire il titolo dove trova fondamento l'intera disciplina che la legge riserva al possesso. Sotto tale aspetto non è un caso che la norma, che individua il possesso, al contrario di quello che accade rispetto alla proprietà, non attribuisca al possessore diritti (art. 832 c.c.: «diritto di godere»; «diritto di disporre»).

I poteri del possessore, naturalmente, trovano il proprio fondamento nella legge, la quale dà riconoscimento all'attività del possessore. Un significativo riscontro a tale osservazione, lo offrono le norme in tema di tutela del possesso. È chiaro che la fonte di tali azioni è nella legge (e, segnatamente, negli artt. 1168 ss. c.c.).

Ma, al contrario di quello che accade, ad esempio, rispetto alle azioni petitorie, gli operatori giuridici hanno individuato il fondamento delle azioni possessorie nell'esigenza di evitare che i privati si facciano ragione da sé.

Orbene, gli operatori giuridici si sono affaticati, allo scopo di inquadrare l'attività, che rappresenta l'esercizio del possesso. Poiché tale attività, evidentemente, si dipana in una sequenza di atti tra di loro collegati: al riguardo, è stato fatto riferimento agli atti giuridici, al cui perfezionamento, secondo qualche autore, sarebbe necessario il concorso della volontà⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 85; Sul problema le puntuali considerazioni di A. FALZEA, voce *Comportamento*, in *Voci di teoria generale*, Milano, 1985, p. 684 ss.; B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., p. 24 ss.; ma anche F. ALCARO, *Il possesso*, cit.,

Sebbene il problema sembri avere più che altro ricadute teoriche, tuttavia, sembra eccessivo ritenere che gli atti, che compongono l'attività del possessore, siano riconducibili tra gli atti volontari; ciò perché, quand'anche tali atti venissero posti in essere senza il concorso di una volontà specifica del possessore, ad essi la legge ricolleggerebbe ugualmente le conseguenze – la normativa – previste in materia di possesso.

Si discute, ancora, se il possesso integri la fattispecie della posizione giuridica soggettiva, quesito al quale va senz'altro data risposta positiva, visto che anche in tal caso la norma individua la posizione in cui viene a trovarsi un soggetto –possessore- rispetto alla legge ed agli altri consociati.

Detto questo, però non credo che sia possibile sostenere che tale posizione integri la fattispecie del diritto soggettivo⁽¹⁶⁾.

Tale soluzione si desume agevolmente se si considera la tutela, che la legge riserva al possesso. Non vi è dubbio che l'azione principale posta a tutela del possesso sia l'azione di reintegrazione, dal momento che essa ha la finalità di far recuperare al possessore la disponibilità del bene.

Orbene, uno dei presupposti di tale azione è che il possessore sia stata privato della disponibilità del bene attraverso un'azione violenta od occulta (art. 1168 c.c.). Tale previsione è all'evidenza ovvia, poiché se la perdita della disponibilità del bene avviene, in virtù di un'azione palese e non violenta, si deve supporre che il possessore abbia acconsentito a tale vicenda⁽¹⁷⁾. Pur tuttavia la norma richiede che lo spoglio sia stato violento od occulto, quasi per ribadire che la tutela viene apprestata al possesso, ha il precipuo scopo di scongiurare possibili forme di autotutela.

p. 18 ss.

⁽¹⁶⁾ Il problema è da tempo discusso tra gli operatori giuridici, senza pretesa di completezza, cfr. F. ALCARO, *Il possesso*, cit., p. 14 ss.; B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., p. 34 ss.; M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., p. 94 ss.

⁽¹⁷⁾ Al riguardo i requisiti dell'«occultamento» e del «violentemente», sebbene prima venissero assunti in senso letterale (F. DE MARTINO, *Del possesso*, cit., p. 108 ss.), più di recente sono stati sottoposti a profonda revisione critica da parte degli operatori giuridici: cfr. R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 295 ss.; C. SALVI, *Proprietà e possesso*, cit., pp. 236-237; in giurisprudenza, Cass., 3 giugno 2014, n. 12416, in *Guida al dir.*, 2014, 36, p. 75; Cass. 29 maggio 2006, n. 12740, in *Ced Cassazione*.

Se è certamente vero che tutte le forme della tutela civile, assumono, in definitiva, lo scopo di scongiurare l'autotutela, per rendersi conto di quale rilievo tale finalità assume rispetto al possesso, occorre tener conto delle differenze, che sussistono tra le azioni petitorie e quelle possessorie. Infatti, nell'azione di rivendicazione, al contrario di quanto accade rispetto all'azione di spoglio, la tutela del proprietario è legata solo alla perdita della disponibilità del bene.

A parte i presupposti, su cui mi sono poc'anzi soffermato, la tutela del possesso è collegata anche all'effettività dell'attività del possessore: quest'ultimo deve, quindi, essere reintegrato nella disponibilità del bene, visto che anteriormente allo spoglio ne aveva la disponibilità.

Sebbene, dunque, il possesso non integri la figura diritto soggettivo, esso tuttavia è posizione giuridica soggettiva, con peculiari specificità, che sono determinate dal fatto che i poteri del possessore hanno il proprio fondamento nell'attività da questi esercitata⁽¹⁸⁾. E la peculiarità, che caratterizza tale situazione soggettiva, si specifica nella tutela che il nostro codice riserva al possessore, che, come ho tentato di spiegare poc'anzi, ha, essenzialmente, il suo fondamento nell'esigenza di scongiurare dell'autotutela⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ Al riguardo, cfr. e lucide considerazioni di R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., pp. 526-527.

⁽¹⁹⁾ Da tempo gli operatori giuridici individuano la giustificazione della tutela del possesso, nell'esigenza di evitare il proliferare dell'autotutela. Sul problema è, senza pretesa di completezza, cfr. R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 17 ss.; F. ALCARO, *Il possesso*, cit., p. 186 ss.; ma cfr. anche le classiche e contrapposte posizioni di F.K. VON SAVIGNY, *Il diritto del possesso*, cit., pp. 3-4; R. VON JHERING, *Sul fondamento della protezione del possesso*, trad. it., Milano, 1872, p. 37.

Composizione negoziata della crisi e continuità aziendale

[MARIA VITTORIA MARTINIELLO^(*)]

SOMMARIO: 1. Continuità aziendale in situazioni di crisi. – 2. Composizione negoziata della crisi. – 3. Le fasi del procedimento e il ruolo centrale dell'esperto. – 4. L'intervento del Tribunale e i relativi provvedimenti. – 5. Gli sbocchi della composizione negoziata. – 6. Le misure premiali.

1. La crisi economica degli ultimi anni ha determinato diversi interventi del legislatore, con la finalità di sostenere i tentativi delle aziende in difficoltà di rimanere operative sul mercato, evitando la liquidazione giudiziale o altre procedure concorsuali. Favorire l'emersione anticipata della crisi, prima che gli effetti si ripercuotano irreparabilmente sull'impresa e sul mercato e quindi garantire la continuità aziendale evidenzia un punto centrale della riforma del codice della crisi e dell'insolvenza.

Nella stessa Relazione illustrativa è, infatti, specificato che «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».

Occorre dare all'imprenditore in difficoltà la possibilità di accedere a misure volte al risanamento quando questo obiettivo è ancora perseguibile e reimmetterlo appieno nel circuito economico, in quanto la chiusura di una realtà imprenditoriale comporta la perdita di posti di lavoro, nonché la perdita di conoscenze e competenze. Il legislatore considera il riequilibrio dell'azienda e la continuità aziendale beni da tutelare.

La nuova nozione di "crisi", definita come «lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di

^(*) Università degli Studi di Perugia.

cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi»⁽¹⁾, è intesa come probabilità di futura insolvenza e si avvicina a una visione tipicamente aziendalistica. Vuole spingere l'imprenditore a guardare in maniera prospettica al fine di rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta e attivarsi, senza indugio, per evitare il dissesto.

L'imprenditore che rischia la crisi oggi è sicuramente diverso da quello del passato, in quanto gli scenari socio economici attuali e i fattori di rischio sono radicalmente mutati. Le imprese si trovano ad affrontare una maggiore complessità sia interna che esterna, occorre, infatti, una pianificazione strategica, un'accurata programmazione e un puntuale controllo di gestione; è necessario definire gli obiettivi da raggiungere e le relative strategie da intraprendere e identificare i rischi per limitare le situazioni di criticità. Si rivela, per tali ragioni, utile e necessario dotarsi di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile in grado di monitorare e rilevare situazioni patologiche che potrebbero eventualmente sfociare in una crisi⁽²⁾. Una puntuale condivisione delle informazioni ai vari livelli e un frequente aggiornamento delle previsioni contribuiscono al buon andamento aziendale. Sicuramente un imprenditore attento e dotato di adeguati strumenti è in grado di riconoscere i sintomi e intervenire prontamente salvaguardando non solo l'interesse dell'impresa, ma anche quello dei creditori e degli altri stakeholders.

2. Il 15 luglio 2022 è entrato in vigore il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Con il d.lgs. n. 83 del 2022, il Governo ha provveduto a dare attuazione alla direttiva UE 2019/1023 (c.d. direttiva Insolvency) e ha fatto

⁽¹⁾ P. BASTIA, *Crisi e insolvenza dopo il codice della crisi, in ilcaso.it*.

⁽²⁾ G. BIANCHI, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, in Aa.Vv., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2020, p. 149 ss.; A. QUAGLI, A. PANIZZA, *Gli adeguati assetti amministrativi e contabili* in A. DANOVÌ, G. ACCIARO (a cura di), *Adeguati assetti societari per la prevenzione della crisi*, Milano, 2022, p. 99 ss.; A. PANIZZA, *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi, contabili e codice della crisi: aspetti (teorici ed) operativi*, in *ilcaso.it*.

confluire nel Codice le disposizioni sulla composizione negoziata della crisi, introdotte dal d.l. n. 118 del 2021⁽³⁾. L'obiettivo, così come si legge nella Relazione tecnica al citato decreto, è quello di contrastare gli effetti che la crisi ha prodotto sulle imprese. La mutata situazione economica, infatti, ha messo in luce la necessità di sostituire le previgenti misure di allerta, considerate troppo rigide e macchinose, con la composizione negoziata⁽⁴⁾, uno strumento giuridico innovativo, più snello ed efficace, introdotto per sostenere le imprese in difficoltà e dove viene garantita maggiore autonomia alle parti direttamente coinvolte, quali l'imprenditore e i suoi creditori.

La "composizione negoziata della crisi" è un istituto la cui finalità è quella di «agevolare il risanamento di quelle imprese che, pur trovandosi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario tali da rendere probabile la crisi o l'insolvenza, hanno le potenzialità necessarie per restare sul mercato, anche mediante la cessione dell'azienda o di un ramo di essa». Rientrano pertanto tutte quelle situazioni di pre-crisi, crisi e insolvenza ancora reversibile, opinione condivisa anche da buona parte della giurisprudenza⁽⁵⁾. Non vi sono requisiti dimensionali di accesso, qualsiasi imprenditore commerciale e/o agricolo è, infatti, legittimato ad accedervi.

⁽³⁾ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *ilcaso.it*.

⁽⁴⁾ Tra i vari commenti al d.l. n. 118 che evidenziano il cambio di registro rispetto all'allerta della prima versione del codice della crisi, v. S. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *ilcaso.it*; I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata e viceversa*, in *Dir. crisi*, 2021; A.I. BARATTA, *I nuovi strumenti disciplinati dal d.l. 118/2021: le mutate esigenze a seguito della pandemia*, in G. SANCETTA, A.I. BARATTA, C. RAVAZZIN, *La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, Milano, 2022, p. 1 ss.; S. LEUZZI, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal d.l. 118 del 2021*, in *Dir. crisi*, 2021.

⁽⁵⁾ Trib. Bologna, 8 novembre 2022, in *ilcaso.it*, nel cui provvedimento si osserva che non è condivisibile la tesi secondo la quale l'accesso alla composizione negoziata della crisi d'impresa è precluso alle imprese già insolventi e che l'istituto è dunque applicabile alle sole insolvenze sopravvenute nel corso del percorso di composizione negoziata, in quanto apparirebbe incongrua la scelta del legislatore di costruire una norma applicabile alle rare ipotesi in cui l'impresa divenga insolvente nell'arco di tempo dei pochi mesi di durata delle trattative.

Detto istituto non costituisce una procedura concorsuale⁽⁶⁾, ma si tratta di un percorso di tipo negoziale, di ausilio alle imprese in difficoltà e adeguato alle mutate esigenze economiche e sociali.

È uno strumento stragiudiziale, per cui l'imprenditore non è tenuto a rivolgersi al tribunale se non ove intenda fruire delle misure protettive di cui all'art. 18, o di finanziamenti prededucibili, riservato, in quanto tutte le parti coinvolte sono tenute a osservare l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative, e su base volontaria, poiché è l'imprenditore in difficoltà a presentare la domanda.

3. L'imprenditore commerciale o agricolo, così come stabilito all'art. 12, 1° comma, in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza può chiedere al segretario generale della camera di commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa la nomina di un esperto indipendente, quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.

L'esperto non ha la funzione di sostituire l'imprenditore ma di agevolare le trattative tra lo stesso, i creditori, e altri soggetti eventualmente interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni rappresentate. Egli è terzo rispetto a tutte le parti ed opera in modo professionale, riservato, imparziale e indipendente. La sua presenza serve a dare forza e credibilità alla posizione dell'impresa e a rassicurare i creditori e le altre parti interessate. Il possesso delle competenze e un'adeguata formazione sono elementi essenziali nello svolgimento di tale funzione⁽⁷⁾. La normativa che disciplina la composizione negoziata della crisi attribuisce all'esperto

⁽⁶⁾ In argomento v. Cass., 31 dicembre 2021, n. 42093, in *Ced Cassazione*; S. AMBROSINI, S. PACCHI, *Composizione negoziata della crisi, concordato semplificato e segnalazioni per l'emersione anticipata della crisi*, in S. PACCHI, S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, 2ª ed., Bologna, 2022, p. 87 ss.

⁽⁷⁾ A. DANOVI, D. COMBA, G. ACCIARO, *Negoziiazione e mediazione, la comunicazione efficace*, in A. DANOVI, D. COMBA, G. ACCIARO, *Mediazione e negoziiazione nella soluzione della crisi d'impresa*, Milano, 2022, p. 23.

una serie di compiti cruciali per il raggiungimento del risanamento, richiede specifici requisiti per l'accesso all'elenco degli esperti in termini di professionalità e anzianità, nonché l'aver maturato esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa.

L'imprenditore, al momento della presentazione dell'istanza tramite la piattaforma telematica nazionale gestita dal sistema delle Camere di Commercio, deve inserire la seguente documentazione:

- a) i bilanci degli ultimi tre esercizi, se non già depositati presso l'ufficio del registro delle imprese, oppure, per gli imprenditori che non sono tenuti al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta, nonché una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima della presentazione dell'istanza;
- b) un progetto di piano di risanamento redatto secondo le indicazioni della lista di controllo di cui all'art. 13, 2° comma, e una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative industriali che intende adottare;
- c) l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti scaduti e a scadere e dell'esistenza di diritti reali e personali di garanzia;
- d) una dichiarazione resa ai sensi dell'art. 46 del d.P.R. n. 445 del 2000 sulla pendenza, nei suoi confronti, di ricorsi per l'apertura della liquidazione giudiziale o per l'accertamento dello stato di insolvenza e una dichiarazione con la quale attesta di non aver depositato ricorsi ai sensi dell'art. 40, anche nelle ipotesi di cui agli artt. 44, 1° comma, lett. a) e 54, 3° comma;
- e) il certificato unico dei debiti tributari di cui all'art. 364, 1° comma;
- f) la situazione debitoria complessiva richiesta dall'Agenzia delle Entrate-Riscossione;
- g) il certificato dei debiti contributivi e dei premi assicurativi di cui all'art. 363, 1° comma;
- h) un estratto delle informazioni presenti nella Centrale dei rischi gestita dalla Banca d'Italia non anteriore di tre mesi rispetto alla presentazione dell'istanza.

I documenti sopra elencati forniscono, sostanzialmente, un quadro generale della situazione contabile e debitoria dell'impresa.

La piattaforma telematica permette di effettuare un test pratico, con funzione di auto-diagnosi, utilizzabile dall'imprenditore anche in via preventiva rispetto al deposito dell'istanza, che consente di verificare la situazione in cui si trova e l'effettiva perseguibilità del risanamento⁽⁸⁾.

L'esperto, entro due giorni lavorativi dalla ricezione della nomina, verificata la propria indipendenza e il possesso delle competenze e della disponibilità di tempo necessarie per lo svolgimento dell'incarico, deve comunicare all'imprenditore l'accettazione e contestualmente inserire nella piattaforma telematica la dichiarazione di accettazione. Esaminata la domanda e i documenti caricati sulla piattaforma, che consentiranno di avere una prima conoscenza dell'impresa, procede, all'immediata convocazione dell'imprenditore per valutare l'effettiva perseguibilità del risanamento. L'imprenditore può partecipare personalmente o farsi assistere dai propri consulenti. Le prospettive devono essere concrete ma qualora dovesse constatare uno stato di insolvenza ritenuto comunque reversibile non è tenuto a interrompere il percorso.

Svolge un ruolo attivo nelle trattative, individua con l'imprenditore le parti con le quali è opportuno che vengano intraprese le stesse, valuta l'opportunità di condurle in modo congiunto o con sedute separate. Mette in atto una serie di strategie per ripristinare gli equilibri e aiuta l'imprenditore a negoziare con i propri creditori soluzioni condivise che consentano la continuità aziendale⁽⁹⁾. Compie un'attività meramente strumentale al raggiungimento dell'accordo⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ L. RUGGIERO, P. BARISONE, *Composizione negoziata e verifica della perseguibilità del risanamento*, in *mementopiù.it*.

⁽⁹⁾ D. COMBA, *Strategie di negoziazione collaborativa*, in A. DANOVÌ, D. COMBA, G. ACCIARO, *Mediazione e negoziazione nella soluzione della crisi d'impresa*, Milano, 2022, p. 38: «Le domande appropriate costituiscono il metodo per acquisire informazioni sulla relazione tra le parti e sui punti dove la stessa si è incrinata e, allo stesso tempo, la modalità più efficace di stimolare il dialogo tra le parti, spina dorsale della trattativa».

⁽¹⁰⁾ F. LAMANNA, *Composizione negoziata e nuove misure per la crisi d'impresa*, Milano, 2021, p. 49.

In dottrina vi è chi ritiene che l'assoluta terzietà e il suo ruolo di facilitatore nella comunicazione fanno avvicinare in modo significativo la sua figura a quella del mediatore civile e commerciale⁽¹¹⁾.

L'istanza di nomina dell'esperto non apre il concorso dei creditori e non determina alcuno spopolamento del patrimonio dell'imprenditore, il quale, pur essendo obbligato a garantire una gestione non pregiudizievole per i creditori e in linea con gli obblighi previsti dall'art. 2086 c.c., prosegue nella gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa e può eseguire i pagamenti spontanei. In riferimento al compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non siano coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento l'imprenditore è tenuto a informare preventivamente l'esperto per mettere in condizioni lo stesso di vagliare l'opportunità dell'atto alla luce delle esigenze di risanamento e della tutela dei creditori.

Il rapporto tra l'imprenditore e l'esperto, al pari del rapporto con tutte le parti coinvolte nelle trattative, dovrà essere improntato ai principi di buona fede e correttezza⁽¹²⁾; tutti hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto rispettando l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative. Nell'espletamento dell'incarico l'esperto potrà chiedere all'imprenditore e ai

⁽¹¹⁾ D. COMBA, A. DANOVI, G. ACCIARO, *La centralità della mediazione nel modello consensuale*, in A. DANOVI, G. ACCIARO (a cura di), *Esperto indipendente e crisi d'impresa*, Milano, 2021, p. 9: «Il successo della figura dell'esperto proposta dalla nuova normativa dipende dall'impegno che verrà profuso nel far comunicare l'imprenditore in crisi e i suoi creditori più che nel dispiegamento di un sapere economico, contabile e giuridico che pure è necessario ma deve essere strumentale al raggiungimento di un accordo nelle trattativa: lo stesso mestiere dei mediatori nelle liti civili e commerciali».

⁽¹²⁾ S. AMBROSINI, *I "principi generali" nel codice della crisi d'impresa*, in *ilcaso.it*, significativamente integrato nel volume *Diritto dell'impresa in crisi*, Pisa, 2022, p. 31 ss.; R. RORDORF, *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principi generali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le crisi d'impresa e del consumatore, dopo il d.l. 118/2021*, Bologna, 2021, p. 3 ss.; G. D'ATTORRE, *I principi generali del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. crisi*, 2022; L. PANZANI, *I doveri delle parti*, in: M. FABIANI, *Introduzione ai principi generali e alle definizioni del codice della crisi*, in *Fallimento*, 2022, p. 1173 ss.

creditori tutte le informazioni ritenute utili e necessarie e avvalersi di professionisti terzi, di sua fiducia, cui affidare una *due diligence*.

Tra le attività dell'esperto rientra anche quella di invitare le parti alla rideeterminazione, secondo buona fede, del contenuto dei contratti a esecuzione continuata o periodica oppure a esecuzione differita, qualora la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa o si sia alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute e tali da pregiudicare la continuità aziendale dell'impresa.

L'incarico dell'esperto si considera concluso:

- a) quando l'imprenditore non compare davanti all'esperto senza addurre giustificazioni;
- b) quando l'esperto ritenga che non sussista o sia venuta meno ogni concreta prospettiva di risanamento;
- c) alla decorrenza del termine di 180 giorni dall'accettazione della nomina o del maggior termine richiesto da tutte le parti per la prosecuzione delle trattative, se l'esperto vi ha acconsentito;
- d) quando, anche prima del termine di 180 giorni, viene individuata una delle soluzioni di cui all'art. 23 del codice della crisi.

Al termine dell'incarico l'esperto redige una relazione finale che inserisce nella Piattaforma contenente il resoconto dell'attività compiuta e della condotta tenuta dall'imprenditore e dalle parti che hanno partecipato alle trattative, l'eventuale accordo raggiunto o la mancata individuazione di una soluzione.

4. Nel percorso di composizione negoziata potrebbe presentarsi l'esigenza di dover proteggere il patrimonio da iniziative che possano turbare il regolare corso delle trattative e mettere a rischio il risanamento dell'impresa. L'imprenditore in questi casi può chiedere l'applicazione di misure protettive del patrimonio con l'istanza di nomina dell'esperto o con successiva istanza⁽¹³⁾; l'esigenza di ottenerle potrebbe sorgere anche in un momento

⁽¹³⁾ Sull'argomento M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel*

posteriore rispetto al deposito della domanda di accesso⁽¹⁴⁾. Sono misure temporanee richieste dal debitore il cui fine è quello di cristallizzare la situazione esistente e pertanto evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte nell'ambito del percorso stragiudiziale della composizione negoziata. La richiesta può essere limitata a determinate iniziative intraprese dai creditori o a determinati creditori o categorie di creditori.

Con la pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese, unitamente all'accettazione dell'esperto, i creditori interessati non possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore né possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa. Non sono inibiti i pagamenti e non possono riguardare i crediti dei lavoratori.

Le misure protettive producono i loro effetti dal momento della pubblicazione ma è necessario chiedere la conferma delle stesse al Tribunale competente entro il giorno successivo dalla pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese.

Per evitare che dette misure possano compromettere la prosecuzione dell'attività d'impresa, l'art. 18 del CCII stabilisce che i creditori nei cui confronti operano le stesse non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza.

L'imprenditore, con la medesima istanza, potrà chiedere anche la conces-

sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa: brevi notazioni, in *ilcaso.it*; A. CARRATTA, *Misure protettive e cautelari e composizione negoziata della crisi*, in *ilcaso.it*; A. DIDONE, *Appunti su misure protettive e cautelari nel d.l. 118/2021*, in *ilcaso.it*; ID., *Le misure protettive/cautelari*, in *Fallimento*, 2022, p. 1251 ss.; A. PERNIGOTTO, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi: una ricognizione minima di questioni e possibili soluzioni*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice*, Bologna, 2022, p. 283 ss.; S. AMBROSINI, *La composizione negoziata compie un anno: breve itinerario fra le prime applicazioni*, in *ilcaso.it*.

⁽¹⁴⁾ S. AMBROSINI, *La composizione negoziata compie un anno: breve itinerario fra le prime applicazioni*, cit., p. 13.

sione di misure cautelari necessarie per condurre a termine le trattative⁽¹⁵⁾. Si tratta, secondo la definizione del CCII, di «provvedimenti cautelari emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative e gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza». Si ricorre ad esse solo se sono concretamente funzionali allo scopo perseguito. Secondo la dottrina appare ragionevole ritenere che le misure cautelari siano dirette a ottenere la sospensione o lo scioglimento dei contratti in corso⁽¹⁶⁾.

Nel corso della composizione negoziata l'imprenditore che intenda contrarre finanziamenti prededucibili deve essere autorizzato dal tribunale; i suddetti finanziamenti dovranno essere funzionali al risanamento e alla prosecuzione dell'attività aziendale. È necessaria l'autorizzazione del tribunale anche in caso di trasferimento di azienda o di un ramo di essa, senza gli effetti di cui all'art. 2560, 2° comma, c.c. La cessione di azienda così come i finanziamenti prededucibili rientrano tra gli atti di straordinaria amministrazione e, pertanto, potrebbe essere sufficiente per l'imprenditore informare l'esperto; invero l'autorizzazione alla cessione si rende necessaria, non per la validità e la piena efficacia del contratto traslativo dell'azienda o di suoi rami, ma per far conseguire all'acquirente il beneficio dell'esenzione dalla responsabilità solidale per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta che risultino dai libri contabili⁽¹⁷⁾. La deroga al regime ordinario incentiva all'acquisto i potenziali acquirenti. Restano salvi i diritti dei lavoratori sanciti dall'art. 2112 c.c., per cui i rapporti di lavoro proseguono con il cessionario. Nel fare le valutazioni il tribunale deve verificare la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori.

⁽¹⁵⁾ In argomento, cfr. M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa: brevi notazioni*, cit.; A. CARRATTA, *Misure protettive e cautelari e composizione negoziata della crisi*, cit.

⁽¹⁶⁾ G. COSTANTINO, *Le misure cautelari e protettive. Note a prima lettura degli artt. 6 e 7 d.l. 118/2021*, in www.inexecutivis.it/approfondimenti/2021/ottobre/le-misure-cautelari-e-protettive.

⁽¹⁷⁾ G. D'ATTORRE, *Il trasferimento dell'azienda nella composizione negoziata*, in *Dir. crisi*, 2021, p. 2 ss.

Gli atti autorizzativi del tribunale, ai sensi dell'art. 22, conservano i loro effetti anche in caso di esito negativo delle trattative e di successivo intervento di una delle seguenti procedure: accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un piano di ristrutturazione proposto ai sensi dell'art. 64-*bis* omologato, l'apertura della liquidazione giudiziale, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria o il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 25-*sexies* omologato.

5. La composizione negoziata può avere diversi sbocchi⁽¹⁸⁾. Quando è individuata una soluzione idonea al superamento della crisi le parti possono alternativamente:

- a) concludere un contratto, con uno o più creditori, che produce gli effetti di cui all'art. 25-*bis*, 1° comma, se, secondo la relazione dell'esperto di cui all'art. 17, 8° comma, è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni;
- b) concludere la convenzione di moratoria ai sensi dell'art. 62;
- c) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui agli artt. 166, 3° comma, lett. *d*), e 324.

Se all'esito delle trattative non è individuata una soluzione tra quelle sopra elencate, l'imprenditore può, in alternativa:

- a) predisporre il piano attestato di risanamento di cui all'art. 56;
- b) domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli artt. 57, 60 e 61. La percentuale di cui all'art. 61, 2° comma, lett. *c*), è ridotta al 60% se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto;
- c) proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 25-*sexies*;
- d) accedere ad uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza disciplinati dal codice e dalle norme sull'amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi.

⁽¹⁸⁾ V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *Dir. crisi*, 2021.

La composizione negoziata presenta molteplici soluzioni, tra di loro alternative e tutte caratterizzate da un ampio grado di autonomia nella scelta da parte dell'imprenditore. Sicuramente le soluzioni previste dal 1° comma dell'art. 23 del CCII sono quelle più auspicabili e rappresentano il vero successo del percorso, ma, anche in mancanza di un accordo, l'imprenditore ha la possibilità di accedere a una delle soluzioni previste dal 2° comma che, pur essendo procedure più costose e articolate, rappresentano ugualmente uno sbocco dove l'imprenditore può sfruttare le conoscenze e le informazioni acquisite durante le trattative⁽¹⁹⁾.

6. Le misure premiali sono misure di natura tributaria riconosciute all'imprenditore in difficoltà al fine di agevolare il percorso di risanamento e incentivare l'accesso alla composizione negoziata⁽²⁰⁾. Il legislatore detta di una serie di misure e in particolare:

- dall'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto e sino alla conclusione delle trattative con una delle soluzioni previste dall'art. 23, 1° e 2° comma, lett. *b*), gli interessi che maturano sui debiti tributari dell'imprenditore sono ridotti alla misura legale;
- le sanzioni tributarie per le quali è prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine dalla comunicazione dell'ufficio che le irroga, sono ridotte alla misura minima se il termine per il pagamento scade dopo la presentazione della istanza;
- le sanzioni e gli interessi sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza di cui all'art. 17 e oggetto della composizione negoziata sono ridotti della metà;
- in caso di pubblicazione nel registro delle imprese del contratto di cui all'art. 23, 1° comma, lett. *a*) e dell'accordo di cui all'art. 23, 1° comma, lett. *c*), l'Agenzia delle entrate concede all'imprenditore che lo richiede,

⁽¹⁹⁾ S. PACCHI, *Gli sbocchi della composizione negoziata e, in particolare, il concordato semplificato*, in *Ristrutt. aziendali*, consultabile in *ilcaso.it*.

⁽²⁰⁾ In tal senso, L. PANZANI, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del Covid*, in *Dir. crisi*, 2021, p. 34; S. BONEATTI, *Profili della composizione negoziata della crisi d'impresa. Esito della procedura: il "contratto biennale" e la Convenzione di moratoria*, *ivi*, 2022.

con istanza sottoscritta anche dall'esperto, un piano di rateazione fino ad un massimo di settantadue rate mensili delle somme dovute e non versate a titolo di imposte sul reddito, ritenute alla fonte operate in qualità di sostituto d'imposta, imposta sul valore aggiunto e imposta regionale sulle attività produttive non ancora iscritte a ruolo, e relativi accessori.

Rappresentano un effettivo sostegno per l'imprenditore ed evidenziano ancora una volta l'obiettivo primario: la salvaguardia dell'impresa.

Contenuti online e documento digitale

[MARCO GAMBULI^(*)]

SOMMARIO: 1. Persistenza dei contenuti online e diritto all'oblio. – 2. Documenti digitali, forma e dematerializzazione. – 3. Documento informatico e onere della prova. – 4. Firme digitali.

1. La tutela dei dati personali e, segnatamente, il diritto alla riservatezza incontrano il loro naturale limite nella libertà di informazione, la libertà di pensiero, libertà di espressione e diritto di cronaca.

Uno degli ambiti nei quali si sono registrate frizioni tra queste due contrapposte istanze è proprio quello dell'oblio, come necessità che si contrappone alla memoria, alla persistente divulgazione di contenuti.

L'espressione "diritto all'oblio" appare per la prima volta nella pronuncia Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 13 maggio 2014, resa nella causa C-131-12 (caso *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos e Costeja González*), nella quale è stata affermata la responsabilità del motore di ricerca ove, a seguito di richiesta dell'utente di rimozione di determinati risultati relativi a *query* correlate a dati personali, non intervenga per effettuare la deindicizzazione dei contenuti pubblicati da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tali dati non vengano cancellati dalle pagine web di cui trattasi o anche nel caso in cui tale pubblicazione risulti in sé lecita.

La Corte ha affermato che i motori di ricerca devono valutare se le informazioni in questione siano "inesatte, inadeguate, irrilevanti o eccessive" e se è di interesse pubblico che tali informazioni restino disponibili nei risultati

(*) Avvocato del Foro di Perugia

di ricerca, pervenendo all'affermazione di responsabilità correlata al trattamento illegittimo di dati personali.

Con l'adozione del GDPR la disciplina relativa al diritto all'oblio è stata tipizzata all'art. 17, unitamente al diritto alla cancellazione.

Le due nozioni, invero, appaiono eterogenee, poiché il diritto all'oblio consiste nella pretesa dell'individuo di poter essere dimenticato ogni qualvolta quest'ultimo ritenga che non vi sia più la necessità o una ragione che giustifichi il trattamento dei suoi dati personali. In tale accezione il diritto alla cancellazione risulta essere una conseguenza del diritto all'oblio⁽¹⁾.

La menzionata disposizione prevede la possibilità di chiedere la cancellazione nel caso in cui: *a)* i dati personali non siano più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; *b)* l'interessato revochi il consenso su cui si basa il trattamento e se non sussista altro fondamento giuridico per il trattamento; *c)* l'interessato si opponga al trattamento e non sussista alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento; *d)* i dati personali sono stati trattati illecitamente; *e)* i dati personali debbano essere cancellati per adempiere un obbligo giuridico previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; *f)* i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione.

Il principale elemento di novità contenuto nel GDPR è la tipizzazione del "diritto all'oblio" come pretesa della persona fisica alla rimozione dei dati estesa allo spazio digitale, che si sostanzia nel dovere posto a capo del titolare del trattamento di assumere le vesti di *intermediario necessario* tra l'interessato e chiunque altro stia trattando i suoi dati personali. Infatti, ai sensi del par. 2 dell'art. 17, il titolare del trattamento, su cui grava l'obbligo di cancellazione, «tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali».

⁽¹⁾ G. CORAGGIO, *Privacy e data protection*, Vicenza, 2022, p. 59.

Si è osservato che l'obbligo posto in capo al titolare del trattamento si configuri come un'obbligazione di mezzi, essendo sufficiente per il titolare ai fini dell'adempimento di dimostrare di aver adottato, per quanto ragionevolmente possibile, misure tali per cui possa essere data attuazione alla richiesta di cancellazione anche da parte dei destinatari⁽²⁾.

Deve dirsi che, all'infuori dell'ipotesi di trattamento illegittimo di dati, il diritto all'oblio non si configura come una facoltà illimitata, ma affinché possa essere esercitato esso deve superare un giudizio di bilanciamento rispetto agli interessi del titolare, connessi allo specifico trattamento.

I canoni alla cui stregua operare tale valutazione sono previsti al par. 3 dell'art. 17, laddove è prescritto che la cancellazione non si applica «nella misura in cui il trattamento sia necessario: *a)* per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione; *b)* per l'adempimento di un obbligo giuridico che richieda il trattamento previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; *c)* per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica [...]; *d)* a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici [...]; *e)* per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria».

La previsione regolamentare lascia quindi un ampio margine discrezionale, con valutazione che non potrà che essere condotta caso per caso, anche alla luce delle *linee guida* elaborate dal Gruppo di Lavoro "Articolo 29" (WP225)⁽³⁾.

⁽²⁾ G. CORAGGIO, *Privacy e data protection*, loc. cit.

⁽³⁾ Nelle *linee guida* si indicano alcuni criteri per la valutazione della domanda dell'interessato, tra cui la verifica se: - i dati risultanti dalla ricerca concernano una persona fisica; / - i dati risultanti dalla ricerca appaiano in seguito a una ricerca effettuata a partire dal nome dell'interessato; / - l'interessato rivesta un ruolo nella vita pubblica o sia un personaggio pubblico; / - l'interessato sia un minore; / - i dati siano esatti; / - i dati siano pertinenti e non eccessivi; / - i dati si riferiscono alla vita professionale dell'interessato; / - i risultati della ricerca rinviino a informazioni considerabili discorsi di incitamento all'odio/diffamazioni/ oltraggio o reati analoghi nell'ambito dell'espressione contro il richiedente; / - i dati riflettano un'opinione personale o sembrino essere fatti accertati; / - l'informazione sia

Da ultimo, occorre menzionare un recente arresto delle Sezioni Unite della Suprema Corte, che con la sentenza n. 19681 del 22 luglio 2019 hanno preso posizione rispetto al bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca, con particolare riferimento alla cd. rievocazione storica.

La vertenza aveva ad oggetto una pubblicazione giornalistica nel quale veniva trattata e rilanciata la vicenda relativa ad un uxoricidio avvenuto ventisette anni prima, in occasione del quale era intervenuta la confessione del marito. L'autore dei fatti, condannato in via definitiva, aveva scontato interamente la condanna e si era reinserito nel proprio contesto sociale, conducendo uno stile di vita con scarsa esposizione pubblica, lavorando come artigiano.

Rispetto a tale vicenda le Sezioni Unite della Cassazione dapprima hanno ribadito i consolidati limiti che, per acquisizione pacifica giurisprudenza sia civile che penale, incontra il diritto di cronaca, vale a dire: (a) l'utilità sociale dell'informazione, (b) la verità oggettiva o anche solo putativa dei fatti e (c) della forma civile dell'esposizione, che deve essere sempre rispettosa della dignità della persona.

La sentenza, inoltre, identifica le tre differenti situazioni soggettive che rientrano nell'alveo del diritto all'oblio: *i*) quella - tradizionale - di chi desidera non vedere nuovamente pubblicate notizie su vicende che lo riguardano, in passato legittimamente diffuse, quando è trascorso un certo tempo tra la prima e la seconda pubblicazione; *ii*) quella, connessa all'uso di internet ed alla reperibilità delle notizie nella rete, consistente nell'esigenza di collocare la pubblicazione, avvenuta legittimamente molti anni prima, nel contesto attuale; *iii*) quella trattata nella sentenza *Google Spain* della Corte di Giustizia

di natura delicata ai sensi dell'articolo 8 della direttiva 95/46/CE; / - i dati siano o meno aggiornati e siano disponibili più a lungo di quanto necessario per le finalità del trattamento; / - il trattamento dei dati arrechi un pregiudizio all'interessato e/o abbiano un impatto negativo eccessivo sull'interessato; / - il risultato della ricerca rimandi a informazioni che mettono a rischio l'interessato; / - il contenuto sia stato pubblicato volontariamente dall'interessato; / - l'interessato fosse ragionevolmente a conoscenza che il contenuto sarebbe stato reso pubblico; / - il contenuto originario sia stato pubblicato a scopi giornalistici; / - l'editore dei dati abbia il potere o l'obbligo giuridico di rendere pubblicamente disponibili i dati personali; / - i dati riguardino un reato.

dell'Unione Europea, nella quale l'interessato fa valere il diritto alla cancellazione dei dati (diritto al delisting).

A valle di tale percorso argomentativo, la Cassazione è pervenuta alla conclusione per cui nel caso di specie non venga tanto in rilievo il bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca, quanto piuttosto quello tra il diritto all'oblio e il diritto alla *rievocazione storiografica* di eventi risalenti, ossia il diritto di diffondere nuovamente, nel momento presente, una notizia del passato, che al tempo della sua prima pubblicazione era stato legittimo diffondere sulla base del diritto di cronaca⁽⁴⁾.

Inquadrata la vicenda in questi termini, la sentenza ha affermato che il Giudice di merito «ha il compito di valutare l'interesse pubblico, concreto ed attuale alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti. Tale menzione deve ritenersi lecita solo nell'ipotesi in cui si riferisca a *personaggi che destino nel momento presente l'interesse della collettività*, sia per ragioni di notorietà che per il ruolo pubblico rivestito. In caso contrario, prevale il diritto degli interessati alla riservatezza rispetto ad avvenimenti del passato che li feriscano nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva».

2. L'ordinamento non fornisce una definizione positiva di documento e, tuttavia, il codice civile ne appronta una dettagliata disciplina. Si rinvencono disposizioni sulla forma dei documenti, sulla loro efficacia quali mezzi di prova e come condizione di validità degli atti giuridici.

In esse il documento è trattato in senso lato, senza alcuna distinzione tra documento analogico o digitale, scelta sistematica dalla quale si può desumere l'intento del Legislatore di trattare il documento digitale non già come una categoria a sé stante, bensì come una particolare declinazione della categoria documentale che si differenzia dalle altre unicamente per il tipo di supporto impiegato.

Occorre, quindi, preliminarmente fornire una succinta definizione e inquadramento della nozione di documento, che è stato definito come uno

⁽⁴⁾ G. CALABRESE, *Rievocazione storica e diritto all'oblio*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 604.

strumento che consente la formulazione di un giudizio circa l'esistenza di un fatto o atto, nonché la possibilità di sussumere il fatto o atto sotto una fattispecie normativa⁽⁵⁾.

Esso risponde all'esigenza primaria, non solo in ambito giuridico, di rappresentare fatti e/o attività rilevanti e di rendere tale rappresentazione stabile e immutabile nel tempo e nello spazio⁽⁶⁾.

Il documento rappresenta quindi una modalità con cui tali fatti o attività vengono realizzati, conservati e, all'occorrenza, provati.

Come accennato, occorre operare una distinzione tra il documento come supporto, la *res* sulla quale un soggetto giuridico imprime segni o tracce, che in un momento successivo saranno in grado di rappresentare un atto o fatto⁽⁷⁾, dal suo contenuto, vale a dire il fatto documentabile. Una specifica menzione deve poi farsi al mezzo della documentazione che può essere considerato sotto un duplice profilo: come modo di comunicare, che potrà essere verbale (testo scritto) o figurativo (immagine), ovvero come strumento con cui imprimere i segni rappresentativi, ed allora può essere dei più vari (penna, matita etc.)⁽⁸⁾.

In base al contenuto si possono poi distinguere due macrocategorie di documenti: narrativi, quei documenti che contengono l'esposizione di un fatto, e dichiarativi, quei documenti che raccolgono una dichiarazione proveniente da chi forma il documento stesso; questi ultimi vengono a loro volta divisi in testimoniali e dispositivi, categoria, quest'ultima, in cui vengono ricompresi i negozi giuridici e i provvedimenti giudiziari.

Ciò posto, la documentazione degli atti giuridici concreta una delle *forme*

⁽⁵⁾ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2000, II, p. 197 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999, p. 451 ss.; G. VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 2000, II, p. 86 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 1999, II, p. 94 ss.; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, p. 675 ss.; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 842 ss.; L. MONTESANO, G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, Torino, 1999, II, p. 162 ss.; S. SATTI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1992, p. 357; S. PATTI, *Della prova documentale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 1996, p. 7.

⁽⁶⁾ G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2020, p. 113.

⁽⁷⁾ P. MILITE, *Documento e documentazione*, in www.rivistagiuridica.it.

⁽⁸⁾ P. MILITE, *Documento e documentazione*, cit.

che gli stessi possono assumere e proprio alla forma scritta, l'ordinamento riconosce un valore preminente, al punto di divenire condizione per la validità dell'atto giuridico, c.d. forma scritta *ad substantiam* (art. 1350 c.c.), ovvero la prova dell'esistenza dell'atto medesimo, cd. forma scritta *ad probationem* (artt. 1888, 1928, 1967, 2556 c.c.).

Per quel che concerne la prima accezione, la 'forma' è la manifestazione dell'atto, e quindi rappresenta l'essenza stessa della sua esistenza, talvolta finanche coincidendo proprio con il "tipo giuridico" che appunto si formalizza⁽⁹⁾. Quanto alla seconda accezione, la 'forma' è invece un requisito che deve essere soddisfatto affinché l'ordinamento giuridico riconosca validità ed efficacia all'atto compiuto, ovvero la prova del suo perfezionarsi e/o del suo contenuto⁽¹⁰⁾. In questa ultima ipotesi la forma non condiziona la validità dell'atto, ma interviene sul piano dell'accertamento processuale, andando a limitare l'ammissibilità della prova testimoniale⁽¹¹⁾.

L'evoluzione tecnologica, introducendo nell'uso comune la documentazione informatica, ha imposto un adeguamento della disciplina, sì da offrire le medesime garanzie che erano apprestate dalla documentazione cartacea (o analogica) e consentendo, altresì, di beneficiare degli ovvi vantaggi connessi alla dematerializzazione.

Ad ogni evidenza, infatti, il "passaggio al digitale" offriva e offre vantaggi di vario tipo, che incidono direttamente sulle abitudini dei consociati, nella loro vita privata, nei rapporti economici ed in quelli con la Pubblica Amministrazione con ricadute significative anche di tipo economico.

Solo per citare gli aspetti più evidenti, basti pensare alla riduzione degli spazi di archiviazione, all'efficientamento delle modalità e dei tempi di ricer-

⁽⁹⁾ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., Napoli, 2002, p. 125 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 135 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008, p. 219 ss.

⁽¹⁰⁾ F. DI GIOVANNI, *La forma*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, Torino, 2006, p. 887 ss.

⁽¹¹⁾ E. REGGIANI, *Forma e firma digitale: struttura e valore probatorio del documento informatico*, in *Documenti giustizia*, 1998, p. 1587; E. MARMOCCHI, *Scrittura privata*, in *Enc. giur.*, Roma, XXVIII, 1992, p. 1.

ca, sia quella avente ad oggetto il documento, sia quella all'interno del contenuto del documento stesso; vi sono poi ulteriori benefici in punto di rischio di perdita di dati, di smarrimento, usura o errori di compilazione.

Si rileva, poi, la drastica semplificazione dei processi di condivisione documentale, anche con riferimento ai tempi di trasmissione. Da ultimo la dematerializzazione documentale consente l'implementazione di processi lavorativi più efficienti ed efficaci ed offre la possibilità di analisi impensabili con tecnologia analogica (es. analisi dei big data, deep data, etc.).

3. Dal punto di vista tecnico il documento informatico è definito come un «insieme di dati organizzato in un singolo file, che può essere opportunamente riprodotto su differenti supporti in formato elettronico o cartaceo e al quale si può accedere da dispositivi differenti che condividono gli standard e i formati nei quali il documento è stato realizzato» (Treccani).

La prima comparsa del documento informatico nella legislazione nazionale si è registrata con la L. 23 dicembre 1993, n. 547, che ha introdotto l'art. 491-*bis* c.p., con il quale veniva parificata la tutela apprestata alla falsificazione del «documento informatico pubblico avente efficacia probatoria» a quella già prevista per gli atti pubblici e le scritture private (analogici).

In detta disposizione, oggi non più in vigore, si affermava che «per documento informatico si intende qualunque supporto informatico contenente dati o informazioni aventi efficacia probatoria o programmi specificamente destinati ad elaborarli».

Poco più di tre anni dopo, con la l. 15 marzo 1997, n. 59, all'art. 15, 2° comma il documento informatico faceva la sua comparsa anche nella disciplina civilistica e amministrativistica, prevedendo che «gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge».

In seguito, si sono succeduti vari interventi legislativi grazie ai quali la nozione di documento informatico ha progressivamente acquisito contorni giuridici più definiti.

In particolare, si ricorda nello stesso anno l'emanazione del d.P.R. 10 novembre 1997, n. 513, recante criteri e modalità per la formazione, l'archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici, poi trasfuso nel T.U. in materia di documentazione amministrativa n. 445/2000, nel quale veniva fornita la prima definizione positiva di documento informatico e di firma digitale. Anche tale testo è stato successivamente abrogato, con l'entrata in vigore del Codice dell'Amministrazione Digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, c.d. CAD), tuttora vigente.

A tale disposizione si è poi affiancato il reg. UE 2014/910 del 23 luglio 2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno (c.d. eIDAS).

Il CAD, nella sua attuale stesura, definisce all'art. 1 il documento *informatico*, come «il documento *elettronico* che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti».

Il documento informatico viene descritto e tipizzato in contrapposizione al documento *analogico* (quello *cartaceo*), che indicato come «la rappresentazione *non informatica* di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti».

L'attuale formulazione del CAD (riscritto con il d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217) ha operato l'armonizzazione con la disciplina comunitaria, che all'art. 3, punto 35, del Regolamento eIDAS definisce il documento elettronico come «qualsiasi contenuto conservato in *forma elettronica*, in particolare testo o registrazione sonora, visiva o audiovisiva».

Ai sensi dell'art. 20, comma 1-*bis*, CAD, «il documento informatico soddisfa il requisito della *forma scritta* e ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 c.c. 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'art. 71 con modalità tali da garantire la *sicurezza*, *integrità* e *immodificabilità* del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua *ric conducibilità 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».

Viene quindi estesa al documento informatico piena valenza probatoria fino a querela di falso in ordine alla provenienza delle dichiarazioni di chi ha sottoscritto il documento, secondo la disciplina prevista in via generale dal codice civile per la scrittura privata.

Detto valore probatorio viene riconosciuto al documento informatico in presenza di idonee garanzie di sicurezza, integrità, immutabilità dello stesso e riconducibilità all'autore, garanzie che si presumono sussistenti nel caso di apposizione di firma digitale o altra firma elettronica qualificata o avanzata o attraverso diverso procedimento conforme alle disposizioni dell'AgID.

In assenza del rispetto di tale requisito formale, il valore probatorio del documento sarà liberamente apprezzabile dal Giudice.

Coerentemente con tale disposizione, l'art. 21, comma 2-*bis*, CAD, afferma che «salvo il caso di sottoscrizione autenticata, le scritture private di cui all'art. 1350, comma 1, nn. 1-12, c.c.», vale a dire gli atti con forma scritta *ad substantiam*, «se fatte con documento informatico, devono essere sottoscritte, a pena di nullità, con *firma elettronica qualificata* o con *firma digitale*. Gli atti di cui all'art. 1350, n. 13, c.c. redatti su documento informatico o formati attraverso procedimenti informatici devono essere sottoscritti, a pena di nullità, con *firma elettronica avanzata, qualificata* o *digitale* ovvero sono formati con le ulteriori modalità di cui all'articolo 20, comma 1-*bis*, primo periodo».

Da tale disposizione si ricava, altresì, che per tutte le altre scritture informatiche, per le quali non è prevista la forma scritta *ad substantiam*, è possibile ricorrere a qualsiasi tipo di firma elettronica (anche semplice)⁽¹²⁾.

In conclusione del presente paragrafo, è opportuno concentrare l'attenzione sulla riproduzione del documento informatico e la sua eventuale sostituzione col documento analogico.

Il CAD negli artt. dal 22 al 23-*quater* prevede una dettagliata disciplina della riproduzione dei documenti informatici, che rappresenta una questione centrale nel processo di trasformazione digitale, focalizzando l'attenzione

⁽¹²⁾ A. SIGNORELLI, *Il valore giuridico del documento informatico*, in www.ilprocessotelematico.it.

sulle garanzie di integrità dei contenuti e di identità degli elementi costitutivi del documento, che ne assicurino la validità legale e l'efficacia probatoria in termini di provenienza e data certa, possibilmente opponibile a terzi⁽¹³⁾.

La soluzione approntata dal legislatore verte essenzialmente intorno all'*attestazione di conformità*, che è sempre richiesta (ad eccezione del duplicato informatico) per garantire alla copia la stessa efficacia e valore probatorio dell'originale da cui è tratta.

Il CAD prevede due diverse modalità di sostituzione del documento analogico: la copia informatica del documento analogico: «il documento informatico avente *contenuto* identico a quello del documento analogico da cui è tratto» (art. 1, 1° comma, lett. *i-bis*) CAD); e la copia per immagine di documento analogico: «il documento informatico avente *contenuto e forma* identici a quelli del documento analogico da cui la copia è tratta» (art. 1, 1° comma, lett. *i-ter*) CAD).

Per ciò che concerne la duplicazione del documento informatico le fattispecie trattate nel CAD sono la copia analogica di documento informatico (art. 23 CAD), processo inverso a quello sopra descritto, e le due modalità di duplicazione da documento informatico a documento informatico: la copia informatica di documento informatico e il duplicato (art. 23-*bis* CAD)⁽¹⁴⁾.

Mentre il secondo ha lo stesso valore probatorio del documento informatico originale da cui è tratto e non ha bisogno di attestazione di conformità, la copia informatica acquisisce la stessa efficacia probatoria del documento originale in presenza di attestazione di conformità (o, in alternativa, se la loro conformità non è espressamente disconosciuta). Tale diverso regime discende da un diverso dato tecnico, poiché il duplicato è un file derivato dal documento informatico originario che contiene la sua stessa sequenza di valori binari (bit); al contrario, la copia informatica presenta valori binari differenti rispetto al documento originale, pur presentando lo stesso contenuto dell'originale.

⁽¹³⁾ M. GUERCIO, *Documenti digitali: la disciplina delle copie, ecco cosa prevede il quadro normativo*, in www.forumpa.it.

⁽¹⁴⁾ Il successivo art. 23-*ter* disciplina i documenti amministrativi informatici.

4. Come sopra accennato, la sottoscrizione del documento informatico riveste un ruolo centrale per riprodurre in ambiente digitale quanto accade a livello analogico.

Per la disciplina di riferimento occorre ancora una volta far riferimento al Codice dell'Amministrazione digitale ed al Regolamento eIDAS. In tale testo all'art. 3 viene definito il firmatario come la «persona fisica che crea una firma elettronica»; nel CAD, invece, si dà prevalenza al rapporto giuridico tra la persona fisica e la titolarità della strumentazione di firma: il *titolare di firma elettronica* è definito come «la persona fisica cui è attribuita la firma elettronica e che ha accesso ai dispositivi per la sua creazione nonché alle applicazioni per la sua apposizione della firma elettronica».

Per ciò che concerne la definizione di firma elettronica occorre nuovamente far riferimento all'art. 3, reg. eIDAS, laddove viene descritta come «dati in forma elettronica, *acclusi* oppure *connessi* tramite associazione logica ad altri dati elettronici e utilizzati dal firmatario per firmare».

Vengono poi previste due particolari modalità di firma elettronica, definite avanzata e qualificata.

La prima viene definita come «una firma elettronica che soddisfi i requisiti di cui all'articolo 26», che sono i seguenti: a) è connessa *unicamente* al firmatario; b) è idonea a *identificare* il firmatario; c) è creata mediante dati per la creazione di una firma elettronica che il firmatario può, con un *elevato livello di sicurezza*, utilizzare sotto il proprio esclusivo controllo; d) è *collegata ai dati sottoscritti* in modo da consentire l'*identificazione di ogni successiva modifica* di tali dati.

La firma elettronica *qualificata* costituisce una specie del più ampio genere delle firme elettroniche avanzate, che si distingue in quanto «creata da un dispositivo per la creazione di una firma elettronica qualificata e basata su un certificato qualificato per firme elettroniche».

Si arriva, quindi, alla definizione di firma digitale contenuta nel CAD, che costituisce un particolare tipo di firma qualificata, disciplinata dalla sola normativa nazionale, con la peculiarità di essere «basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare di firma elettronica tramite la chiave privata e a un soggetto terzo tra-

mite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici».

Il combinato della normativa nazionale e comunitaria descrive, quindi, quattro tipologie di firme elettroniche che, in base alle diverse soluzioni tecniche impiegate, offrono un diverso grado di attendibilità in ordine a: riferibilità al solo firmatario, identificazione del firmatario, utilizzo da parte del solo firmatario, integrità del documento informatico e, con riferimento alle qualificate, l'impiego di certificati qualificati e dispositivi di firma sicura.

Solo con la firma elettronica avanzata, la firma elettronica qualificata e la firma digitale vengono garantiti la *paternità*, l'*integrità*, la *non modificabilità* e la *non ripudiabilità* del documento.

In particolare, la firma elettronica qualificata differisce dalla firma elettronica avanzata per la presenza di un certificato qualificato, mentre la firma digitale si basa su un certificato qualificato e sul combinato operare della c.d. funzione di Hash e di un sistema di chiavi crittografiche asimmetriche⁽¹⁵⁾. Nella coppia di chiavi asimmetriche, quella privata è destinata a essere conosciuta dal solo soggetto titolare, mentre quella pubblica è resa di pubblico dominio.

Se per l'apposizione della firma elettronica è sufficiente un qualunque dispositivo e/o applicativo a ciò destinato, la creazione di una firma elettronica avanzata richiede l'impiego di dispositivi con requisiti stringenti, volti alla prevenzione di contraffazioni. Segnatamente, alla firma elettronica avanzata devono accompagnarsi specifici certificati, che colleghino i dati di convalida di una firma elettronica ad una determinata persona fisica.

Ciò che distingue la firma elettronica qualificata è proprio il fatto che il certificato di firma sia stato rilasciato da un *prestatore di servizi fiduciari qualificato* (Qualified Trust Service Provider) che abbia ottenuto tale qualifica da un apposito organismo di vigilanza (Reg. eIDAS, art. 3, 1° comma, n. 20), in Italia individuato nell'AgID. Spetterà a detto provider qualificato, allor-

⁽¹⁵⁾ A. SIGNORELLI, *Il valore giuridico del documento informatico*, cit.

ché rilascia un certificato, il compito di certificare l'identità di chi appone la firma ed eventuali attributi specifici del soggetto, ai sensi della normativa nazionale. La firma dovrà essere generata mediante un dispositivo sicuro, in conformità ai protocolli standard definiti da ETSI (European Telecommunications Standards Institute).

Ai sensi dell'art. 24, reg. eIDAS, il prestatore di servizi fiduciari qualificato ha l'obbligo di registrare nella propria banca dati, oltre al rilascio del certificato qualificato, anche la sua revoca.

La medesima disciplina comunitaria stabilisce che una firma elettronica qualificata ha effetti giuridici equivalenti a quelli di una firma autografa (art. 25).

Viene, inoltre, affermato il principio per cui alle firme elettroniche (semplici) non possono essere negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della loro forma elettronica o perché non soddisfano i requisiti per firme elettroniche qualificate. Ai sensi della normativa nazionale il loro valore probatorio sarà rimesso al libero apprezzamento del Giudice, anche mediante il ricorso a presunzioni semplici, non potendone negare *tout court* la valenza come mezzo di prova, a differenza, ad esempio, di un documento del tutto privo di sottoscrizione⁽¹⁶⁾.

Per ciò che riguarda la firma digitale, trattandosi di uno standard presente nella sola normativa nazionale, i relativi dispositivi e certificati possono essere rilasciati esclusivamente da prestatori di servizi fiduciari qualificati registrati all'AgID e non anche in altri Stati membri dell'Unione Europea. In ogni caso, risultando conforme anche agli standard previsti dal Reg. eIDAS, la firma digitale potrà essere riconosciuta quale firma elettronica qualificata in tutti gli altri Stati membri, ai sensi dell'art. 25 Reg. eIDAS.

L'impiego della firma digitale consente, altresì, di attribuire al documento una data ed un orario certi ed opponibili ai terzi, oppure l'individuazione esatta della veste nella quale un certo soggetto agisce (una stessa persona potrà utilizzare una firma quando agisce in nome proprio ed un'altra quando

⁽¹⁶⁾ A. SIGNORELLI, *Il valore giuridico del documento informatico*, cit.

agisce quale legale rappresentante di una società), rinvenendosi nel certificato anche la qualifica soggettiva del titolare firmatario⁽¹⁷⁾.

La firma digitale rappresenta certamente la modalità di sottoscrizione informatica più sicura e attendibile e tuttavia la disciplina del Regolamento eIDAS si orienta nel senso dell'equiparazione – seppur, chiaramente, “gradata” dalla diversa vis probatoria delle differenti tipologie di sottoscrizione elettronica – della scrittura privata analogica alla scrittura privata informatica.

Tale equiparazione del documento munito di firma elettronica (semplice) al documento redatto in forma scritta con sottoscrizione autografa appare in linea con il principio di non discriminazione, codificato nell'art. 46 Regolamento eIDAS con riferimento sia alle firme elettroniche che al documento elettronico (UE)⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2020, p. 113, cit., p. 127.

⁽¹⁸⁾ A. SIGNORELLI, *Il valore giuridico del documento informatico*, cit.

In memory of Rodolfo Sacco (Antonio Palazzo)

Issue 2022 of Review “Diritto e Processo” in memory of Rodolfo Sacco (Fossano, 1923, 21th November – Torino, 2022, 21th March), University professor, jurist, writer, mentor and friend.

Rodolfo Sacco è stato uno dei più importanti Maestri del diritto civile e del diritto comparato. Ancora studente universitario, nell’inverno del 1944 si unisce alla banda partigiana “cattolica” e, in seguito, aderisce alle formazioni autonome della Val Chisone e nel novembre dello stesso anno assume il comando di un battaglione. Si laurea in Giurisprudenza discutendo una tesi sul concetto di interpretazione del diritto con Mario Allara. Assistente di Paolo Greco, successivamente insegna presso le Università di Trieste e di Pavia. Dal 1971 ha ricoperto la cattedra di Diritto civile e Diritto privato comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Torino. Professore emerito, socio corrispondente dal 1988 e nazionale dal 1996 dell’Accademia dei Lincei, membro dell’Accademia nazionale delle Scienze di Torino, è considerato uno dei massimi esponenti del diritto comparato a livello internazionale.

È stato destinatario di numerosi riconoscimenti al valore militare e di carattere scientifico, tra i quali ultimi le lauree *honoris causa* delle Università di Paris 2, Genève, Toulon e Mc Gill, la medaglia conferitagli dall’Académie Internationale de Droit Comparé/International Academy of Comparative Law, la presidenza dell’International Association of Legal Sciences e la chiamata a far parte di numerose Accademie italiane e straniere.

La sua attività di ricerca, contenuta in numerosi lavori monografici, saggi, voci enciclopediche ed articoli, si è incentrata essenzialmente sui temi di teoria generale e del diritto privato patrimoniale. Fondamentali anche gli apporti agli studi comparatistici: dall’analisi della circolazione dei modelli alla scomposizione dei sistemi in formanti, solo per citare qualche esempio, che si rinvengono nei celeberrimi saggi *Introduzione al diritto comparato* (1980) e *Sistemi giuridici comparati* (2018, 4^a ed. con A. Gambaro), divenuti classici tradotti in numerose lingue.

Ha anche coltivato studi storici, linguistici, antropologici. Basti segnalare al riguardo gli approfondimenti sui sistemi socialisti, dell’estremo oriente e, soprat-

tutto, dell'Africa subsahariana e, ancora, l'avvio degli studi di traduttologia giuridica, nonché le ampie ricerche di antropologia giuridica di cui testimoniano opere come *Antropologia giuridica* (2007) e *Diritto muto* (2015), anch'esse tradotte all'estero.

Ha fondato e diretto uno dei più importanti Trattati di diritto civile, dove è autore di vari volumi, e diretto la quarta edizione del Digesto. Ha altresì fondato e diretto il Trattato di diritto comparato.

In memory of Paolo Grossi (Antonio Palazzo)

Issue 2022 of Review “Diritto e Processo” in memory of Paolo Grossi (Firenze, 1933, 29th January – 2022, 4th July), University professor, jurist, writer, mentor and friend.

Paolo Grossi è stato uno dei più importanti Maestri del diritto. Compiuti gli studi giuridici presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Firenze, ove si laurea nel 1955 in Storia del diritto italiano, discutendo con Ugo Nicolini una tesi sul regime giuridico delle abbazie benedettine nell’Alto Medioevo, è stato profondamente influenzato dal civilista Enrico Finzi e, soprattutto, dallo storico del diritto canonico Pietro Agostino D’Avack.

Prima assistente dello stesso Nicolini, nell’anno accademico 1960-1961 è professore incaricato presso l’Università degli Studi di Siena. Dal 1963 assume la cattedra presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Macerata. Dal 1964 al 1966 è Preside di Facoltà. Dal 1966 sino al 2006 è docente di Storia del diritto italiano e del diritto medievale e moderno presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Firenze, ove ha insegnato anche Diritto comune, Storia del diritto canonico e Diritto canonico, ed è stato Preside dal 1972 al 1975. Dal 2006 al 2009 è docente di Storia del diritto medievale e moderno presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli. È stato nominato Giudice costituzionale dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano. È stato Presidente della Corte dal 24 febbraio 2016 al 23 febbraio 2018.

La sua attività di ricerca, contenuta in numerosi lavori monografici, saggi, voci enciclopediche ed articoli, si è incentrata essenzialmente sui temi di teoria generale coniugati tra storia del diritto e diritto attuale. Tra quelli monografici, oltre ai classici *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995 (3^a ed. accresciuta 2006), *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, tra le più recenti, vogliamo ricordare: *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005; *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006;

Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso, Bologna, Il Mulino, 2008; *Nobiltà del diritto. Profili dei giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008 (vol. I), 2014 (vol. II); *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015; *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

In memory of Giorgio Cian (Antonio Palazzo)

Issue 2022 of Review “Diritto e Processo” in memory of Giorgio Cian (Treviso, 1935, 17th December – Padova, 2022, 7th August), University professor, jurist, mentor and friend.

Giorgio Cian è stato uno dei più eminenti studiosi del diritto civile. Laureatosi con lode nel 1958 discutendo una tesi in diritto civile sotto la guida di Alberto Trabucchi, del medesimo divenne allievo, dedicandosi esclusivamente alla ricerca scientifica. Nel 1966 ha ottenuto la libera docenza in diritto civile e nel 1970 la cattedra. Ha insegnato per lunghi anni nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara, inizialmente Istituzioni di diritto privato e poi Diritto civile. È stato Direttore dell’Istituto Giuridico e poi Preside della Facoltà stessa. In questi anni, in collaborazione con l’Università di Trieste, ha costituito il Centro interuniversitario per la documentazione e lo studio delle relazioni giuridiche fra Italia e Germania, di cui è stato Direttore. Nel 1999 è chiamato nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Padova, dove ha insegnato nella cattedra di Diritto civile appartenuta al suo Maestro Alberto Trabucchi. È stato socio dell’Accademia galileiana di scienze, lettere ed arti e dell’Istituto veneto di scienze, lettere ed arti.

I suoi studi, contenuti in scritti pubblicati anche all’estero, hanno spaziato dal diritto delle obbligazioni e dei contratti, al diritto di famiglia, al fatto illecito, ai rapporti fra Diritto civile e Diritto commerciale. Alla fine degli anni Settanta ideò, con Alberto Trabucchi, la collana dei Commentari brevi (*Breviaria iuris*), il cui primo volume (*Commentario breve al codice civile*) venne pubblicato nel 1981. La collana, ispirata al modello tedesco dei *Kurzkommentare*, spazia in tutti i settori dell’ordinamento giuridico con oltre trenta diversi titoli pubblicati nel corso degli anni. In particolare, Giorgio Cian condusse il *Commentario breve al codice civile* sino alla quindicesima edizione, pubblicata nel 2022 sotto la sua direzione. Nel 1989 ha curato la riedizione anastatica del *Codice di Napoleone per il regno d’Italia* del 1806. Tra i suoi molteplici saggi vogliamo in questa sede ricordare: *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell’illecito civile*, Padova, Cedam, 1966; *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, Cedam, 1969 (rist. Napoli,

ESI, 2013); *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 523 ss.; *Hundert Jahre BGB aus italienischer Sicht*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 1998, p. 215 ss.; *Sui vizzi del volere nella dichiarazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1206 ss.

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, p. 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 22° – 2022