ISSN 1128-2142

rivista di diritto privato

3 anno XXV - luglio/settembre 2020

rivista di diritto privato 3 anno XXV - luglio/settembre 2020

Comitato scientifico
Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Paolo Spada
Giuseppe Vettori

Direzione
Giorgio De Nova
Massimo Franzoni
Enrico Gabrielli
Pietro Antonio Lamorgese
Raffaele Lener
Edoardo Marcenaro
Giuseppe Minniti
Stefano Pagliantini
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio

CACUCCI
EDITORE

Pubblicazione trimestrale – Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in abbonamento postale – D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB S1/BA

rivista di
diritto privato

Pubblicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

www.cacuccieditore.it – e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Telefono 080/5214220 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

Comitato scientifico: Giorgio De Nova, Enrico Gabrielli, Natalino Irti, Pietro Rescigno, Paolo Spada, Giuseppe Vettori

Direttore: Giorgio De Nova

Direzione: Giorgio De Nova, Massimo Franzoni, Enrico Gabrielli, Pietro Antonio Lamorgese, Raffaele Lener, Edoardo Marcenaro, Giuseppe Minniti, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo, Giuliana Scognamiglio

Comitato di valutazione scientifica: Pietro Abbadessa, Fabio Addis, Maria Teresa Alvarez Moreno, Franco Anelli, Ciro Caccavale, Roberto Calvo, Carmelita Camardi, Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Donato Carusi, Angelo Chianale, Alessandro Ciatti, Mario Cicala, Nicola Cipriani, Paoloefisio Corrias, Carlos De Cores, Francesco Delfini, Enrico del Prato, Angelo Federico, Luis Leiva Fernàndez, Giovanni Furgiuele, Andrea Fusaro, Gregorio Gitti, Carlo Ibba, Raffaele Lener, Francesco Macario, Vincenzo Meli, Enrico Minervini, Massimo Miola, Salvatore Monticelli, Romulo Morales Hervias, Mario Notari, Gustavo Olivieri, Fabio Padovini, Pascal Pichonnaz, Paolo Pollice, Giuseppe B. Portale, Vincenzo Ricciuto, Davide Sarti, Michele Sesta, Michele Tamponi, Federico Tassinari, Daniela Valentino, Gian Roberto Villa, Lihong Zhang, Andrea Zoppini.

Comitato editoriale: Giorgio Afferni, Andrea Azzaro, Ernesto Capobianco, Lisia Carota, Matteo Dellacasa, Fabrizio di Marzio, Massimo Di Rienzo, Amalia Diurni, Aldo Angelo Dolmetta, Fiorenzo Festi, Antonio Fici, Giancarlo Laurini, Giorgio Lener, Renato Marini, Giacomo Oberto, Paolo Pardolesi, Andrea Pisani Massamormile, Mariano Robles, Rita Rolli, Renato Rordorf, Luigi Salamone, Luigi Salvato, Laura Schiuma, Maurizio Sciuto, Marco Tatarano, Giovanni Maria Uda, Carlo Venditti, Francesco Venosta, Fabrizio Volpe

Redazioni

Roma: Maria Barela, Marco Nicolai, Benedetta Sirgiovanni

Bari: Adriana Addante, Claudia Morgana Cascione

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009 Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti: Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Abbonamento annuale: Italia € 135,00 – Estero € 270,00.

Prezzo singola copia: € 38,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza: Cacucci Editore S.a.s. – Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.
Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,
Via Nicolai, 39, 70122 Bari.
Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777,
e-mail: riviste@cacuccieditore.it

INFORMATIVA SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

Informativa ex art. 13 Codice Privacy ed ex artt. 13 e 14 del Regolamento UE 27 aprile 2016 numero 679 ("GDPR")

L'informativa completa è disponibile e scaricabile dal sito ufficiale della Rivista (http://www.rivistadirittoprivato.it).

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

La valutazione di tutti i contributi oggetto di pubblicazione viene effettuata in totale anonimato secondo il sistema "*double blind*", in osservanza di quanto prevede il Regolamento ANVUR, da un soggetto terzo, di volta in volta, individuato dalla Direzione, secondo le sue specifiche competenze nelle aree tematiche di pertinenza del contributo sottoposto a valutazione nell'ambito del Comitato di Valutazione composto da soggetti autonomi rispetto agli Organi della Rivista. Solo in casi eccezionali la Direzione assume direttamente la responsabilità della pubblicazione segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.
L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazione, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:
– la attualità del contributo;
– la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo con le materie trattate dalla Rivista.
In caso di accettazione del contributo per la sottoposizione alla procedura di referaggio, il Direttore, o un componente della Direzione, invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati preferibilmente fra i componenti del Comitato di Valutazione.
Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:
– correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
– originalità dello scritto;
– adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza citate;
– chiarezza espositiva.
Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblicazione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o integrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio di non idoneità alla pubblicazione.
In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisione finale verrà assunta dal Direttore.
In caso di contributi provenienti da Autori di particolare fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità, può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo alla procedura di referaggio.

Regole per l'autore soggetto a revisione: ciascun autore che invia un articolo deve segnalare se il proprio nome è presente nelle proprietà nascoste del file; indicare quali parti dell'articolo potrebbero rivelare la sua identità e mettere in evidenza la presenza nelle note di eventuali rimandi alle proprie opere.

CODICE ETICO

Il **Codice Etico** è disponibile e scaricabile dal sito ufficiale della Rivista (http://www.rivistadirittoprivato.it).

rivista di diritto privato

2020

Comitato scientifico
Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Paolo Spada
Giuseppe Vettori

Direzione
Giorgio De Nova
Massimo Franzoni
Enrico Gabrielli
Pietro Antonio Lamorgese
Raffaele Lener
Edoardo Marcenaro
Giuseppe Minniti
Stefano Pagliantini
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio

CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 3/2020

Saggi e pareri

Accertamento negoziale e costituzione del titolo dell'acquisto
di Giuseppe Minniti 327

Osservazioni preliminari per uno studio sul riutilizzo dei *big healthcare data*
di Nicolò Muciaccia 345

Sulla perdita della cittadinanza europea: da Rottmann a Tjebbes, e poi?
di Angela Maria Romito 395

L'assegno di divorzio nell'evoluzione giurisprudenziale
di Francesca Zagaria 411

Autorità e autonomia nelle fondazioni: i controlli gestori
di Giuliano Zanchi 449

Saggi e pareri

Accertamento negoziale e costituzione del titolo dell'acquisto*

di Giuseppe Minniti**

Abstract. The amendment to Article 2643 of the Civil Code, which allowed the transcription of mediation agreements that assess adverse possession, entail a review of debate on the admissibility of assessment of legally relevant situations by private subjects.
The analysis of the norm shows the need to distinguish the legal effect of the purchase of the right, by the negotiating nature of the deed, which certifies the occurrence of this effect, subjecting each profile to the appropriate rule.

SOMMARIO: 1. Cenni sul dibattito dottrinale in merito all'ammissibilità di un accertamento negoziale, prima della novellazione dell'art. 2643 c.c. – 2. Il problema del rapporto tra la situazione preesistente, incerta o controversa, e quella accertata dalle parti. – 3. I limiti al potere di accertamento dei privati nell'interpretazione giurisprudenziale. – 4. L'accertamento dell'usucapione da parte dei privati, quale costituzione negoziale del titolo dell'acquisto in capo al soggetto usucapente. – 5. Le imprecisioni nella formulazione del n. 12-bis dell'art. 2643 c.c. – 6. Tipologia di accordi suscettibili di pubblicizzazione ex art. 2643, n. 12-bis, c.c.

1. Il decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, convertito nella legge 9 agosto 2013 n. 98, nell'apportare, tra l'altro, rilevanti innovazioni alla disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, di cui al decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, ha modificato l'art. 2643 del codice civile, inserendo, nell'elencazione degli atti che "*si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione*", gli "*accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato*".

Con tale norma, di discutibile quanto sintetica formulazione, il legislatore ha inteso risolvere i problemi legati alla trascrivibilità dell'accordo di mediazione avente ad oggetto il riconoscimento dell'intervenuta usucapione, al contempo fugando i dubbi sorti, in dottrina e giurisprudenza, in ordine alla stessa ammissibilità di un accertamento, quale esercizio di autonomia negoziale. Come noto, infatti, la figura del negozio di accertamento ha costituito per lungo tempo, presso la dottrina più attenta, oggetto di un dibattito che, per evidenti motivi, non è possibile ripercorrere in questa sede, se non in modo estremamente sintetico e per ciò stesso approssimativo, al limitato fine di evidenziare alcuni profili particolarmente rilevanti.

* Lo studio è destinato al volume celebrativo del settantennale della Scuola di Notariato "Anselmo Anselmi" di Roma.

** Notaio, dottore di ricerca in diritto civile.

A tal proposito, occorre richiamare, da una parte, l'autorevole orientamento[1] che ha inteso negare in radice l'ammissibilità di un accertamento negoziale, quanto meno nell'accezione più rigorosa che a tale concetto si intenda riferire. Evidenziato come la dottrina precedente[2], nel riconoscere ai privati un potere di accertamento – postulato quale *minus*, rispetto al (più esteso) potere di disposizione[3] – sovrapponesse considerazioni di carattere funzionale a considerazioni sulla struttura dell'atto di autonomia privata[4], finendo in pratica per configurare una nozione di accertamento talmente ampia e generica da risultare meramente descrittiva[5], si è affermata una sorta di incompatibilità ontologica, prima ancora che tecnico-giuridica, tra l'attività dispositiva, in cui si sostanzierebbe l'autonomia negoziale[6], e l'attività di accertamento (in senso proprio), che si è ritenuta riservata, *ex* art. 2907 c.c., all'autorità giudiziaria[7].

A fronte di tale netta presa di posizione, contraria all'ammissibilità di un accertamento negoziale, è dato tuttavia riscontrare un altrettanto autorevole orientamento dottrinale[8] che, prendendo le mosse dall'affermazione della meritevolezza di tutela dell'interesse alla prevenzione ed alla composizione delle controversie, evidenzia come tale interesse possa essere perseguito non soltanto attraverso lo schema tipico della transazione (caratterizzato, come noto, dal profilo delle reciproche concessioni), ma anche per il tramite di un negozio (definito tradizionalmente "*di accertamento*", ma che potrebbe altresì dirsi "*di riconoscimento*") con il quale, pur in assenza dell'*aliquid datum aliquid retentum*, "*una delle parti acceda* in toto *alla pretesa dell'altra*"[9]. Rilevato come il riconoscimento della fondatezza dell'altrui pretesa non debba necessariamente risolversi né in una mera dichiarazione di scienza, né nella

[1] Ci riferiamo in particolare alla tesi sostenuta da F. Santoro-Passarelli in diversi scritti, ora raccolti in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961 (in particolare, cfr. *Nozione della transazione*, *ivi*, p. 287 ss.; *L'accertamento negoziale e la transazione*, *ivi*, p. 303 ss.; *Negozio e giudizio*, *ivi*, p. 335 ss.) ed esemplarmente compendiata ne *La transazione*, Napoli, 1986, in particolare p. 21 ss. Nello stesso senso, sostanzialmente, R. Corrado, *Negozio di accertamento*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, p. 201 s.

[2] Mutuando formulazioni della dottrina germanica (sulle quali diffusamente L. Bozzi, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000, in particolare p. 24 ss.), e tuttavia non considerando come l'astrattezza del *transfert*, propria degli ordinamenti germanici, non risulti compatibile con il principio di causalità, che invece permea il nostro sistema giuridico.

[3] Così G. Stolfi, *La transazione*, Napoli, 1931, p. 177. Si vedano anche, in diverse prospettive, T. Ascarelli, *Arbitri e arbitratori. Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 223 s.; A. Falzea, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, I, in particolare p. 209 ss.; R. Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, negli *Annali dell'Università di Messina*, vol. VII, 1934-1935, ed ora in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, in particolare p. 389 ss.

[4] F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., p. 25 ss.

[5] Fondata essenzialmente sull'idea del conseguimento della *certezza* della situazione giuridica, e della eliminazione dell'incertezza da cui la situazione preesistente era caratterizzata, senza ulteriori indagini sulle modalità con cui si perviene a tale risultato. In proposito, F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., p. 28.

[6] Id., *ibid.*, p. 26 s.

[7] Id., *ibid.*, p. 19. Estremamente critico nei confronti della categoria concettuale, da ultimo, A. Gentili, *Autonomia privata e potere di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1367 ss.

[8] Per tutti M. Giorgianni, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. Dir.*, I, p. 227 ss.

[9] Id., *ibid.*, p. 232.

volontà di sostituire una situazione certa ad una incerta o controversa (come invece avviene, tipicamente, nella transazione), si è rinvenuto l'effetto di tale riconoscimento nella *fissazione* della situazione preesistente, la quale continuerebbe a costituire la fonte del rapporto, laddove l'accertamento negoziale ne determinerebbe "*il contenuto*"[10].

Tale effetto, *preclusivo* della possibilità di far valere la difformità tra la situazione giuridica preesistente e quella risultante dall'accertamento negoziale[11], si realizzerebbe, a seconda delle diverse prospettazioni, per il tramite di una specifica obbligazione, in tal senso assunta dalle parti[12]; ovvero, quale conseguenza (diretta) dell'efficacia *immediata* dello schema negoziale[13]; o, ancora, in virtù della *innovazione* operata dall'atto di autonomia privata[14]; ferma restando, in ogni caso, la necessità di riconoscere al negozio "*di accertamento*" una natura sostanzialmente dispositiva[15], la quale varrebbe a distinguerlo dalle mere dichiarazioni di scienza, rilevanti esclusivamente sul piano probatorio.

In tale prospettiva, l'accertamento negoziale condividerebbe la caratteristica efficacia sostanziale della confessione stragiudiziale – per la quale, non a caso, è richiesta la capacità di disporre del diritto cui i fatti confessati si riferiscono (art. 2731 c.c.) – concretizzantesi nella peculiare vincolatività (cosiddetta "*prova legale*") nei confronti del giudice, chiamato a ricostruire la situazione fattuale ed a valutarne la rilevanza giuridica.

Sotto questo profilo, si è evidenziato come l'accertamento negoziale non possa essere propriamente qualificato come "*prova*", nella misura in cui esso, oltre ad esonerare dall'onere probatorio, preclude al giudice l'accertamento di una situazione fattuale difforme da quella fissata autonomamente dai privati, con un effetto sostanziale che andrebbe sì oltre il mero "*porre fuori contestazione il rapporto*" – (l'*Ausserstreitsetzung* della dottrina germanica) su cui pure, in origine, si era inteso fondare la nozione di negozio di accertamento[16] – ma che, al contempo, non si sostanzierebbe nella sostituzione della situazione preesistente, incerta o controversa, con un nuovo autoregolamento di interessi, come avviene tipicamente nella transazione, ma lascerebbe sussistere tale preesistente situazione, quale risultante dall'intervenuto accertamento.

---

10 Id., *ibid.*, p. 234 s.

11 Sull'effetto *preclusivo*, quale effetto tipico dell'accertamento, cfr. A. Falzea, *op. cit.*, p. 209 ss.

12 Così R. Nicolò, *op. cit.*, p. 389 ss. Nello stesso senso anche E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 264. La conseguenza più rilevante di tale ricostruzione è costituita dalla possibilità di superare l'accertamento, che la stessa postula, fatto salvo il risarcimento degli eventuali danni derivanti dall'inadempimento dell'obbligazione.

13 In tal senso M. Giorgianni, *op. cit.*, p. 212.

14 Così A. Falzea, *op. cit.*, p. 212.

15 Lo rileva puntualmente E. del Prato, *Transazione (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, p. 816 (il saggio è altresì pubblicato come volume autonomo con il titolo *La transazione*, Milano, 1992, ed ora nella raccolta di scritti *Fuori dal processo. Studi sulle risoluzioni negoziali delle controversie*, Torino, 2016).

16 Sul punto M. Giorgianni, *op. cit.*, p. 236 ss.

2. Dalla pur sintetica, e necessariamente sommaria, ricognizione del dibattito dottrinale in ordine alla ammissibilità di un accertamento negoziale di fatti, o rapporti, giuridicamente rilevanti, emerge in tutta evidenza il nucleo della problematica in esame, e cioè la necessità di individuare il rapporto che si viene ad instaurare tra la situazione preesistente, oggetto di accertamento da parte dei privati, e la situazione che si determina a seguito di tale accertamento.

Il problema non viene tanto risolto, quanto piuttosto superato, per così dire, *a monte*, dalla dottrina che esclude l'ammissibilità di un accertamento negoziale in senso proprio. È evidente, infatti, come, nella richiamata prospettiva della natura (necessariamente ed essenzialmente) dispositiva dell'atto di autonomia privata, l'autoregolamento di interessi dettato dalle parti al fine di superare la controversia, o l'incertezza, sia destinato inevitabilmente a sovrapporsi e sostituirsi, in tutto o in parte[17], alla situazione preesistente, ed a porsi esso stesso quale (nuova) fonte del rapporto. In questa prospettiva il problema, a ben vedere, non è tanto quello della ammissibilità di un accertamento negoziale, quanto piuttosto quello della esclusività del tipo transazione (caratterizzato dalle reciproche concessioni), quale strumento negoziale per la composizione, o la prevenzione, delle controversie. Il problema, in altri termini, è di stabilire se i privati, ferma l'efficacia dispositiva ed innovativa del negozio, possano superare la controversia, o l'incertezza, su una situazione giuridicamente rilevante, attraverso un negozio non avente il contenuto tipico della transazione, e segnatamente mediante il riconoscimento della fondatezza della pretesa di una delle parti.

Più complessa, invece, è la questione ove si intenda riconoscere ai privati il potere di porre in essere non soltanto negozi dispositivi degli interessi coinvolti nella vicenda controversa, bensì anche negozi di accertamento in senso proprio, volti a superare la controversia o l'incertezza senza sostituire alla situazione preesistente un nuovo, e diverso, rapporto di natura pattizia.

Ammessa la possibilità, per le parti, di *fissare* il contenuto di una preesistente situazione, senza innovare il rapporto da essa derivante, si pone infatti il problema di determinare le conseguenze di una eventuale difformità tra la stessa situazione preesistente, quale in ipotesi risulti determinata per effetto di ulteriori risultanze probatorie, e la situazione autonomamente "*accertata*" dalle parti. Tale problema appare ineludibile, stante l'inammissibilità, nel vigente ordinamento, di negozi astratti – se non nel senso, affatto limitato e peculiare, della cosiddetta *astrazione processuale*, risolventesi come noto nella (mera) inversione dell'onere della prova[18] – e si presenta in maniera evidente (ancorché non esclusiva) nell'ipotesi di effettiva *inesistenza* del rapporto oggetto di accertamento[19], imponendo all'interprete di farsi carico di que-

[17] In proposito, F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., in particolare p. 77 ss.

[18] Ciò risulta confermato dalla disciplina dettata per il riconoscimento del debito. La letteratura in proposito è estremamente ampia; in questa sede sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a E. La Rosa, *Riconoscimento dei diritti*, in *Enc. Dir.*, XL, p. 584 ss.

[19] Che generalmente si ritiene determini nullità del negozio di accertamento per mancanza di causa. Si veda per tutti M. Giorgianni, *op. cit.*, p. 238 ss. In giurisprudenza, tra le altre, Cass. 29 gennaio 1991, n. 885,

stioni quali quelle relative alla configurabilità di una simulazione nell'accertamento negoziale, ed alla rilevanza dell'errore nel quale fosse eventualmente incorsa una delle parti. E se la soluzione può forse risultare in qualche misura obbligata, in coerenza con la premessa della postulata inidoneità del negozio di accertamento a porsi quale autonoma fonte del rapporto, nelle ipotesi di inesistenza della situazione preesistente e di simulazione, dovendosi modulare la relativa disciplina in ossequio al principio causalistico[20], altrettanto non può dirsi per quanto attiene al problema della rilevanza dell'errore.

In proposito, si è ritenuto potersi applicare in via analogica la disciplina dettata per la transazione (art. 1969 c.c.) e per la confessione (art. 2732 c.c.), escludendo la rilevanza dell'errore di diritto e dell'errore di fatto che cada sul contenuto della situazione incerta, e circoscrivendo, di conseguenza, all'errore di fatto che cada sull'oggetto stesso del negozio l'unica ipotesi di rilevanza dell'errore[21]. In contrario, si è tuttavia rilevato come, da questo punto di vista, l'assimilazione del negozio di accertamento alla transazione non possa considerarsi corretta, divergendo radicalmente le rispettive funzioni nelle modalità di superamento della incertezza o della controversia, atteso che "*col contratto di accertamento le parti intendono dettare un*

in *Foro it.*, 1991, I, c. 1112 ss.

[20] Sembrerebbe doversi escludere, da questo punto di vista, la possibilità di applicare in via analogica la disciplina speciale dettata per la transazione, la quale risulta direttamente conseguente alla peculiare funzione di tale contratto. In proposito, A. Falzea, *op. cit.*, p. 216 ss.; e M. Giorgianni, *op. cit.*, p. 238 ss. La letteratura sul principio causalistico è estremamente vasta. Cfr. tra gli altri, in diverse prospettive, P. Barcellona, *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1 ss.; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., in particolare p. 200 ss.; Id., *Astrazione (negozio astratto)*, in *Noviss. Dig. It.*, II, p. 1469 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 1984, p. 440 ss.; A. Di Maio, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. Giur.*, VI, p. 2 ss.; Id., *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, in particolare p. 69 ss.; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, in particolare p. 355 ss.; F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, p. 224 ss.; F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, in particolare p. 207 ss.; Id., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 52 ss.; M. Giorgianni, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, VI, in particolare p. 564 ss.; G. Gorla, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955, in particolare p. 298 ss.; Id., *La «causa» nel pensiero dei giuristi di Common law*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1951, I, p. 344 ss.; Id., *Causa,* consideration *e forma nell'atto d'alienazione* inter vivos, *ivi*, 1952, I, p. 173 ss.; A. Lener, «Expressio causae» *e astrazione processuale. Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 1 ss.; A. Luminoso, *Appunti sui negozi traslativi atipici. Corso di diritto civile*, Milano, 2007, in particolare p. 7 ss.; G. Palermo, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, in particolare p. 224 ss.; E. Redenti, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, II, Milano, 1962, in particolare p. 79 ss. Per una ricostruzione dell'evoluzione storica della problematica, F. Calasso, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano, 1967, in particolare p. 225 ss.; cui *adde* G.B. Ferri, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Le anamorfosi del diritto civile attuale. Saggi*, Padova, 1994, p. 293 ss.

[21] Così M. Giorgianni, *Accertamento*, cit., p. 240.

autoregolamento che rispecchi la realtà preesistente, con la transazione porre un autoregolamento che ne prescinda"[22].

Diversa, in altri termini, è la rilevanza che, nelle stesse intenzioni delle parti, è destinata ad assumere la situazione preesistente, rispetto all'autoregolamento posto in essere con la transazione o con il negozio di accertamento. Ne consegue che, nella transazione, l'errore retrospettivo sulla questione controversa si traduce in errore *sui motivi* che hanno indotto i contraenti ad una determinazione volitiva, comunque volta a superare la situazione preesistente. Di qui, l'irrilevanza dell'errore di fatto, e la necessità per il legislatore di escludere espressamente la rilevanza dell'errore di diritto (che altrimenti, se determinante, rileverebbe nei termini sanciti dall'art. 1429, n. 4, c.c.)[23]. Nel negozio di accertamento, al contrario, attesa la precipua funzione perseguita dai contraenti, l'erronea determinazione della situazione preesistente configurerebbe un errore (non già sui motivi, bensì) *sull'oggetto* del contratto, rilevante, anche se di fatto, nei limiti della riconoscibilità e della essenzialità tracciati, in generale, dagli artt. 1428 e 1429, n. 1, c.c.[24].

3. A fronte di tale articolato panorama dottrinale, è dato riscontrare un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, sostanzialmente propenso a riconoscere ai privati un potere di accertamento, e tuttavia volto a circoscriverne in termini piuttosto rigorosi l'*oggetto* e l'*efficacia*.

Sotto il primo profilo, infatti, la giurisprudenza, prima dell'entrata in vigore del decreto legge n. 69/2013, era ferma nell'escludere che il negozio di accertamento potesse avere ad oggetto il riconoscimento della sussistenza della proprietà, o di altro diritto reale, in capo ad un determinato soggetto. Nel presupposto che "*l'efficacia probatoria degli atti ricognitivi aventi natura confessoria si esplica, nei casi espressamente previsti dalla legge, soltanto in ordine ai fatti produttivi di situazioni o rapporti giuridici sfavorevoli al dichiarante*", si è infatti escluso costantemente che all'accertamento negoziale possa riconoscersi "*il valore di prova dell'esistenza del diritto di proprietà*", o di altra situazione giuridica soggettiva rilevante *erga omnes*[25].

Quanto agli effetti del negozio di accertamento, la giurisprudenza è altrettanto ferma nel sottolineare come "*la sua efficacia dichiarativa deriv(i) dalla mera ricognizione di obblighi già fissati in altro negozio, quello originario, cui si correla*"[26], e come

[22] E. del Prato, *op. cit.*, p. 821. Nello stesso senso, A. Falzea, *op. cit.*, p. 216 ss.

[23] In tal senso, già F. Santoro-Passarelli, *op. ult. cit.*, p. 158 ss., ed ora E. del Prato, *op. cit.*, p. 821. In giurisprudenza, per tutte Cass. 3 aprile 2003, n. 5139, in *Riv., notariato*, 2004, p. 187 ss.

[24] Così E. del Prato, *op. cit.*, p. 821 s.

[25] Così Cass. 11 giugno 2007, n. 13625, in *Riv. notariato*, 2008, II, p. 445 s., con nota di C. Pastore, *Natura giuridica dell'atto ricognitivo di diritti e sua rilevanza nel processo. In particolare: la ricognizione del diritto reale*, *ivi*, p. 446 ss. Nello stesso senso, tra le altre, Cass. 18 giugno 2008, n. 9687, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 373; Cass. 19 marzo 1999, n. 2526, in *Giur. it.*, 1999, I, c. 2251; e Cass. 20 febbraio 1992, n. 2088, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1302.

[26] Cass. 12 marzo 2008, n. 6739, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 201. In tal senso già Cass. 23 dicembre 1987, n. 9625, in *Corriere giur.*, 1988, p. 253; e Cass. 16 dicembre 1987, n. 9358, in *Vita notarile*, 1988, p. 235. Di

pertanto esso, avendo "*come causa propria quella di imprimere certezza ad un precedente rapporto, o di precisarne definitivamente l'essenza*", sia "*inidoneo, per la sua natura dichiarativa, a costituire diritti o a trasferire beni*"[27].

Coerente con tale impostazione, intesa ad escludere, in ogni caso, che dal negozio di accertamento possa derivare alcuno degli effetti, costitutivi o traslativi di diritti reali su beni immobili, cui il vigente ordinamento richiede venga data pubblicità per il tramite della trascrizione[28], risulta l'orientamento – pressoché totalitario[29], prima della modifica dell'art. 2643 c.c. – volto ad escludere la trascrivibilità dello stesso negozio di accertamento, stante l'asserita tassatività degli effetti giuridici suscettibili di pubblicizzazione[30]. Sia che si individui la funzione dell'accertamento

effetto *preclusivo* si parla invece in Cass. 5 giugno 1997, n. 4994, in *Riv. notariato*, 1998, II, p. 240 ss. (dove si affronta anche il problema della forma del negozio di accertamento); ed in Cass. 20 maggio 2004, n. 9651, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 5.

27 Così già Cass. 11 ottobre 1979, n. 5292, in *Riv. notariato*, 1980, II, p. 200 ss. In senso conforme anche Cass. 6 dicembre 1983, n. 7274, in *Foro it.*, 1985, I, c. 238 ss.; ed ora Cass. 24 agosto 2012, n. 14618, in *Notariato*, 2013, p. 395 ss., con commento di P.E. Merlino; cui *adde* le già citate Cass. 20 febbraio 1992, n. 2088, e Cass. 11 giugno 2007, n. 13625. Parzialmente difforme Cass. 13 ottobre 2004, n. 20198, in *Contratti*, 2005, p. 437.

28 Evidenzia come oggetto della pubblicità sia non già l'atto, bensì l'effetto da questo prodotto, F. Gazzoni (*La trascrizione immobiliare, I, artt. 2643-2645*-bis, nel *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1988, p. 71 ss. e p. 100 ss.; Id., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, nel *Trattato della trascrizione* diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, 1, I, Torino, 2012, p. 62 ss.). *Contra*, nel senso che il riferimento all'effetto individui *per relationem* l'atto, oggetto della trascrizione, G. Mariconda, *La trascrizione*, nel *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. XIX, *Tutela dei diritti*, t. 1°, Torino, 1985, p. 70. Sul punto anche R. Nicolò, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 66 ss., il quale, rilevato come l'atto venga reso pubblico "*per dare pubblicità all'effetto*" (p. 66), richiama la distinzione tra oggetto *immediato* della trascrizione, costituito dall'atto, ed oggetto *mediato*, consistente nell' "*effetto che esso produce ed in vista del quale la pubblicità è disposta*" (p. 67). Nello stesso senso, già S. Pugliatti, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIV-I, t. I, Milano, 1957, p. 395 ss.; e più di recente F.S. Gentile, *Trascrizione*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, p. 519; e R. Triola, *Trascrizione*, in *Enc. Dir.*, XLIV, p. 938. L'individuazione dell'oggetto della pubblicità è questione prettamente teorica, che tuttavia presenta ricadute di carattere pratico di non poco conto, nella misura in cui si ritenga che essa sia "*indispensabile per giudicare della validità della trascrizione effettuata*" (R. Nicolò, *La trascrizione*, cit., p. 68; nello stesso senso G. Mariconda, *op. loc. cit.*).

29 In tal senso, già all'inizio del secolo scorso, N. Coviello (*Della trascrizione*, I, Napoli, 1907, p. 258 s.). In proposito anche G. Baralis, *Negozi accertativi in materia immobiliare, tipologia, eventuali limiti all'autonomia privata. Problemi di pubblicità immobiliare specie per il negozio che accerti l'usucapione. Usucapione "dichiarata" dal cedente e atti dispositivi*, in *Studi e materiali*, quaderni trimestrali del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 2008, 2, p. 519 ss. Isolata è rimasta l'opinione di R. Sacco (*Il possesso*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1988, p. 403). Possibilista in ordine alla trascrivibilità, ma esclusivamente ai fini di mera pubblicità notizia, e sulla base di una disciplina fiscale non più in vigore, R. Nicolò (*La trascrizione*, cit., p. 151 s.).

30 Cfr., tra gli altri, L. Ferri, *Trascrizione immobiliare*, nel *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro VI, *Tutela dei diritti*, Artt. 2643-2696, Bologna-Roma, 1977, in particolare p. 171; F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 593 ss.; Id., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 479 ss.; G. Mariconda, *op. cit.*, p. 77. Per un raffronto con il codice previgente, cfr. R. Nicolò, *La trascrizione*, cit., p. 121 ss. In giurisprudenza l'orientamento è risalente: per tutte, Cass. 5 maggio 1960, n. 1029, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1340; e Cass. 18 febbraio 1963, n. 392, in *Giust. civ.*, 1963, p. 249.

negoziale in una funzione (meramente) dichiarativa, esplicantesi nella *fissazione*, in termini certi, della preesistente situazione incerta o controversa; sia che si ricolleghi il superamento dell'incertezza ad un effetto *obbligatorio*, o altrimenti *preclusivo* della possibilità di perseguire, successivamente alla conclusione del negozio di accertamento, una diversa ricostruzione della situazione preesistente; si deve in ogni caso escludere, infatti, che dal negozio di accertamento, in sé considerato, possa derivare un effetto suscettibile di essere reso pubblico ai sensi dell'art. 2643 c.c., pena una sostanziale negazione della categoria concettuale. Come è stato puntualmente notato, "*diversamente opinando si verrebbe di necessità ad attribuire all'accertamento una funzione modificativa del rapporto originario, con creazione di un rapporto nuovo in funzione estintivo-costitutiva, la quale finirebbe per svuotare di ogni significato l'accertamento, sostanzialmente identificato con una* renovatio contractus"[31].

Di tali argomentazioni aveva fatto puntuale applicazione la giurisprudenza che, prima della introduzione del n. 12-*bis* nel dettato dell'art. 2643 c.c., era stata chiamata a pronunciarsi in ordine alla possibilità, o meno, di trascrivere un accordo conciliativo avente ad oggetto l'accertamento della intervenuta usucapione[32].

Tale possibilità era stata negata dal Tribunale di Roma[33], in considerazione della riaffermata natura negoziale dell'accordo in questione, ancorché formatosi nell'ambito del procedimento di mediazione, e nonostante l'eventuale omologa da parte del Presidente del Tribunale – la quale, si è precisato, "*non altera la natura di esso (negozio), attribuendogli solo delle garanzie prettamente formali*". Il verbale di conciliazione avente ad oggetto l'accertamento dell'intervenuta usucapione, si è detto, non realizza un effetto modificativo, estintivo o costitutivo di un diritto reale immobiliare, ma assume "*il valore di mero negozio di accertamento con efficacia dichiarativa e retroattiva, finalizzato a rimuovere l'incertezza, mediante la fissazione del contenuto della situazione giuridica preesistente*". Come tale, esso, "*non essendo riconducibile ad una delle ipotesi di cui alla disposizione normativa di cui all'art. 2643 c.c., non può in forza di detta norma essere trascritto*". Né esso – come, del resto, il verbale di conciliazione giudiziale – può essere trascritto ai sensi dell'art. 2651 c.c., stante l'espresso riferimento, che il dettato della norma opera, alle sentenze, atteso che nelle sentenze non può essere ricompreso, né alle stesse può essere equiparato, un atto negoziale, "*sia pure produttivo dello stesso effetto dichiarativo o retroattivo delle sentenze di accertamento dell'usucapione*", che conservi inalterata – nonostante l'eventuale partecipazione del giudice alla formazione dell'accordo – la propria natura consensuale, essendo "*gli effetti sostanziali della convenzione (…) stabiliti dalla concorde volontà delle parti, volontà che è quella predominante, sia pure*

[31] Così F. Gazzoni, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 474.

[32] Sul punto A. De Donato, *La trascrizione dell'accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, in *Vita notarile*, 2014, p. 130 ss.

[33] Trib. Roma, 22 luglio 2011, in *Notariato*, 2012, p. 136, con commento di C. Trosi e G. Salito; ed in *Vita. notarile*, 2012, p. 689 ss., con nota di L. Lorenzini-F. Lorenzini, *La trascrivibilità del verbale di mediazione in tema di usucapione*.

favorita ed agevolata dall'opera del giudice" (nel caso del verbale di conciliazione giudiziale) o del mediatore (nell'ipotesi di conciliazione *ex* d.lgs. n. 28/2010).

Alle medesime conclusioni, contrarie alla trascrivibilità del verbale di conciliazione, era pervenuto il Tribunale di Massa[34], evidenziando il diverso ruolo svolto dal mediatore – il quale si limita a facilitare l'incontro delle volontà delle parti – rispetto al giudice – chiamato a dirimere la controversia con una decisione a lui direttamente, ed esclusivamente, riferibile.

Di guisa che, al fine di consentire la trascrizione dell'accordo conciliativo avente ad oggetto l'accertamento dell'intervenuta usucapione, altra giurisprudenza aveva fatto ricorso all'espediente di una diversa qualificazione dell'accordo in questione, non già quale negozio di accertamento in senso proprio (di cui ribadiva la non trascrivibilità), bensì quale atto dispositivo atipico, diretto a regolare la situazione giuridica sostanziale[35], la cui funzione *lato sensu* transattiva, volta alla conciliazione della controversia, sarebbe idonea a giustificare causalmente l'attribuzione posta in essere[36].

4. Questo, in estrema sintesi e con un certo grado di approssimazione, il quadro dottrinale e giurisprudenziale nel quale è venuta ad inserirsi la novellazione dell'art 2643 c.c., suscitando non poche perplessità negli interpreti.

Indulgendo in quella che, nonostante le ripetute critiche della dottrina più rigorosa, sembra destinata a diventare una tecnica di normazione abituale[37], il legislatore è infatti intervenuto sulla disciplina della pubblicità con una disposizione che se, da una parte, contiene elementi di disciplina di carattere sostanziale (che, come tali, avrebbero richiesto l'inserimento in un diverso, più appropriato contesto), per altro verso non risolve affatto quei problemi (di natura, per l'appunto, sostanziale) sui quali si fondava l'asserita impossibilità di procedere alla trascrizione di un accordo negoziale rico-

[34] Trib. Massa, 2 febbraio 2012, richiamata in M. Krogh, *Ammissibilità di un accordo conciliativo, ai sensi del D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, avente ad oggetto il riconoscimento di un acquisto a titolo di usucapione e sua trascrivibilità*, in *Studi e materiali*, quaderni trimestrali del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 2013, I, p. 265 s. Sulla figura del mediatore, e sulla disciplina ad essa applicabile, A. Flamini, *La mediazione per la conciliazione e la figura del mediatore*, negli *Studi in onore di Antonino Cataudella*, II, Napoli, 2013, p. 943 ss.

[35] Così Trib. Como, sezione distaccata di Cantù, 2 febbraio 2012, in *Giur. merito*, 2012, p. 1077. A soluzione sostanzialmente analoga era pervenuto, sotto il vigore del precedente codice, I. Luzzati (*Della trascrizione. Commento teorico-pratico al titolo XXII, libro III del codice civile italiano*, vol. I, *Atti soggetti a trascrizione (Articoli 1932-33-34)*, Torino, 1878, p. 123).

[36] In tal senso Trib. Palermo, sezione distaccata di Bagheria, 30 dicembre 2011, in *Giur. merito*, 2012, c. 1078.

[37] Fenomeno analogo si era già verificato in precedenza, in occasione dell'inserimento nel Libro VI del codice civile prima dell'art. 2645-*bis*, sulla trascrizione del contratto preliminare, e quindi dell'art. 2645-*ter*, sulla trascrivibilità degli atti di destinazione allo scopo. Si vedano in proposito, quanto alla prima norma, le considerazioni di A. Luminoso, *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in A. Luminoso – G. Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, Padova, 1998, p. 5 s.; e, per la seconda, le osservazioni critiche svolte da quasi tutti gli intervenuti alla tavola rotonda tenutasi a Roma il 17 marzo 2006 presso la Facoltà di Scienze Statistiche dell'Università di Roma "La Sapienza", raccolte nel volume a cura di M. Bianca, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2007.

gnitivo dell'intervenuta usucapione[38]. In termini figurati, potremmo dire che il legislatore ha frettolosamente provveduto a "curare il sintomo", espressamente consentendo la trascrizione del verbale di conciliazione avente ad oggetto l'accertamento dell'usucapione, senza tuttavia rimuovere la "patologia" che tale sintomo determinava, con ciò rimettendo all'interprete l'arduo compito di collocare armonicamente la disposizione in un sistema organico, rispetto al quale essa appare affatto aliena.

A tal fine, risulta fondamentale il dato normativo, caratterizzato dall'inserimento dell'accordo in esame nell'elencazione degli atti suscettibili di essere pubblicizzati, contenuta nell'art. 2643 c.c.; e, quindi, dalla previsione della trascrizione dello stesso accordo nel contesto di quel sistema di opponibilità ai terzi degli acquisti a titolo *derivativo*, definito *con efficacia tipica*[39], delineato dall'art. 2644 c.c. e completato dal principio di continuità disposto dall'art. 2650 c.c.[40].

Alla luce della richiamata impostazione del sistema della trascrizione sull'*effetto*, piuttosto che sull'*atto*, oggetto di pubblicità, tale inserimento dell'accordo conciliativo nell'elenco dell'art. 2643 c.c., piuttosto che nell'art. 2651 c.c. (relativo alle sentenze di accertamento dell'intervenuta usucapione), potrebbe risultare contraddittorio, stante il tradizionale, e pressoché unanime, inquadramento dell'usucapione tra gli acquisti a titolo originario – o, quanto meno, la non controversa sua esclusione dal novero degli acquisti a titolo derivativo[41]. Di guisa che l'aver previsto la trascrivibilità dell'accordo conciliativo ai sensi dell'art. 2643 c.c., e conseguentemente l'aver assoggettato lo stesso al tipico regine di opponibilità delineato dall'art. 2644 c.c., potrebbe apparire, a prima vista, un *escamotage* adottato dal legislatore, in spregio alle più elementari istanze di logica giuridica ed alle esigenze di intrinseca coerenza del sistema, per venir incontro pragmaticamente alle necessità di carattere pratico, ben evidenziate dalla dottrina e della giurisprudenza, di circoscrivere i peculiari, rilevanti effetti nei confronti dei terzi[42], conseguenti al carattere originario

[38] Per una ricognizione dei problemi che, prima dell'introduzione del n. 12-*bis* nell'art. 2643 c.c., si riteneva ostassero non solo alla trascrizione dell'accordo conciliativo, ma anche alla astratta possibilità per il notaio di autenticare accordi aventi ad oggetto l'accertamento dell'avvenuta usucapione, cfr. M. Krogh, *Ammissibilità di un accordo conciliativo, ai sensi del D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, avente ad oggetto il riconoscimento di un acquisto a titolo di usucapione e sua trascrivibilità*, cit., p. 282 ss.

[39] Così già R. Nicolò, *La trascrizione*, cit., p. 117 ss.; e più di recente R. Triola, *op. cit.*, p. 947 s.; e G. Mariconda, *op. cit.*, p. 77 ss.

[40] Cfr. in proposito F. Gazzoni, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 67 ss.

[41] Sul problema della natura giuridica dell'acquisto per usucapione, S. Ruperto, *Usucapione (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XLV, p. 1024 s., cui si rimanda anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

[42] Si pensi in particolare alla così detta "*usucapio libertatis*". Nel senso che l'usucapione estingue le iscrizioni e trascrizioni effettuate nei confronti del soggetto usucapito, Cass. 28 giugno 2000, n. 8792, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 520, con nota di V. Severi, *Sulla retroattività dell'acquisto effettuato per usucapione*. Sul punto anche Cass. 3 febbraio 2005, n. 2161, in *Giur. it.*, 2005, I, c. 2275, ove si precisa come tale effetto estintivo prescinda dalla trascrizione della sentenza accertativa dell'usucapione; e più di recente Cass. 23 dicembre 2015, n. 25964, in *Rep. Foro it.*, 2015, *Usucapione*, n. 11.

dell'acquisto per usucapione, alle sole fattispecie sottoposte al vaglio dell'autorità giudiziaria[43].

Nel tentativo di superare questa, apparentemente insanabile, contraddizione tra la natura originaria dell'acquisto per usucapione, e la previsione di una sua opponibilità ai terzi nei termini, ed alle condizioni, tipici degli acquisti a titolo derivativo, qualora il medesimo effetto acquisitivo risulti accertato non già attraverso un provvedimento giurisdizionale, bensì mediante un atto di autonomia privata, si è ipotizzata una sorta di "ibridazione" tra i due sistemi di acquisto, cui conseguirebbe la necessità di mantenere distinti i profili di rilevanza dell'atto, a seconda che si tratti di individuarne gli effetti tra le parti, ovvero nei confronti dei terzi[44]. Più precisamente, si è sostenuto che l'accordo conciliativo tra le parti "*non avrà ad oggetto il trasferimento di diritto ma avrà ad oggetto l'accertamento (…) dei presupposti su cui si fonda l'usucapione, con effetti preclusivi tra le parti stesse*", mentre "*rispetto ai terzi (…) l'opponibilità dell'accordo stesso seguirà le regole degli acquisti a titolo derivativo disciplinati dagli artt. 2644 e 2650 cod. civ.*"[45].

Non sembra, tuttavia, che la mera descrizione del sistema di opponibilità ai terzi, delineato dal legislatore, sia sufficiente a cogliere l'essenza del fenomeno, né a risolvere i problemi che questo presenta. Ragionando in termini di opponibilità *del diritto*, ci troviamo infatti di fronte alla necessità di ipotizzate situazioni sostanzialmente differenti nei rapporti interni ed in quelli esterni, con una sorta di "schizofrenia giuridica" difficilmente sanabile, potenzialmente idonea ad indurre incertezza in ordine alla titolarità del diritto, ed a frustrare, di conseguenza, le finalità perseguite dal legislatore nel predisporre un sistema di pubblicità delle vicende circolatorie.

È proprio in quest'ottica, della circolazione giuridica, che invece è necessario porsi, per cogliere l'effettiva natura dell'atto di accertamento; rispetto alla quale la disciplina dettata dal legislatore, lungi dal risultare contraddittoria, appare del tutto

---

43 Esemplari, sotto questo profilo, le preoccupazioni espresse dal Tribunale di Roma nel richiamato provvedimento del 22 luglio 2011, ove si legge che "*consentire la trascrizione* ex *art. 2651 c.c. del verbale di conciliazione in esame, equiparabile per il suo valore ad un negozio di accertamento, andrebbe a minare la funzione di certezza dei rapporti giuridici cui è anche preordinato l'istituto della trascrizione, ben potendo le parti utilizzare tale istituto non per la composizione di una lite effettiva, ma per dissimulare operazioni negoziali ai danni di terzi, con seri pregiudizi alla circolazione dei beni*" (*loc. cit.*, p. 137). La presunta "sacralità" dell'accertamento giudiziale, tuttavia, deve essere notevolmente ridimensionata, ove correttamente ripensata alla luce del principio dispositivo e del principio di acquisizione, che da sempre dominano il processo civile; del principio di non contestazione, oggi consacrato nell'art. 115, comma 1, c.p.c.; e più in generale della limitata efficacia soggettiva del giudicato. In tal senso, puntualmente, D. Amadei, *Riflessioni sull'accertamento negoziale e giurisdizionale dell'usucapione*, in M. Bove (curatore), *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, in particolare p. 8 ss.; e T. Galletto, *Orientamenti (e disorientamenti) in tema di procedimento di mediazione e usucapione*, in *Foro Padano*, 2013, II, 61 ss.

44 Così M. Krogh, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*, studio n. 718-2013/C, approvato il 31 gennaio 2014, reperibile sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato.

45 Id., *ibid.*

coerente. Come ormai da tempo chiarito dalla dottrina più attenta[46], il fenomeno della cosiddetta circolazione giuridica (per certi versi, colpevolmente trascurato dagli studiosi) risponde a logiche e principi propri, del tutto svincolati dalla assolutezza – e, per quanto ciò possa apparire a prima vista paradossale, dalla stessa titolarità – del diritto oggetto della vicenda circolatoria[47].

Le vicende circolatorie, e l'opponibilità su cui esse risultano fondate, attengono non già *al diritto*, quanto piuttosto *al titolo*, e si sostanziano in un meccanismo di risoluzione dei conflitti di interesse affatto formale, che prescinde *in toto* dalla effettiva, sostanziale titolarità della situazione giuridica soggettiva, come esemplarmente confermato dalla prevalenza, in spregio al principio consensualistico consacrato nell'art. 1376 c.c., del secondo acquirente rispetto al primo, sol che anteriore risulti la trascrizione del suo acquisto dal comune autore.

In questa prospettiva, l'accertamento negoziale dell'intervenuta usucapione si caratterizza quale *costituzione convenzionale di un titolo* in favore del soggetto usucapente; titolo che, in quanto tale, condivide la stessa natura, ed è soggetto alla medesima disciplina, di qualsiasi altro titolo di origine negoziale[48].

Tale ricostruzione è idonea a dar conto anche di quella caratteristica *efficacia costitutiva*, che il negozio di accertamento condivide con qualsiasi altro atto di autonomia privata[49], e che la dottrina più sensibile ha da tempo colto[50], pur non riuscendo a conciliarla – nell'ottica assorbente del rapporto *inter partes* – con il contenuto, per definizione non dispositivo, del negozio stesso.

La peculiarità degli accordi in questione risiede, a ben vedere, nella circostanza che al *modus adquirendi*, fonte della formale investitura della titolarità del diritto in capo all'*avente causa*, non corrisponde un *titulus adquirendi* di carattere negoziale, come generalmente avviene con i negozi dispositivi, bensì una fattispecie acquisitiva che trova la propria origine direttamente nella legge. La corrispondenza tra *titulus* e

---

46 Ancora attuali, sotto questo profilo, i rilievi di F. Carnelutti, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, rist. Camerino, 1981, in particolare p. 61 ss.

47 Id., *ibid.* Cfr. in proposito anche G. Palermo, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, in particolare p. 19 ss.

48 In senso analogo, ancorché in una prospettiva parzialmente differente, A. Gentili, *op. cit.*, in particolare p. 1393 ss. *Contra*, C.M. Bianca, *La trascrizione del verbale dell'accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, in *Vita notarile*, 2016, p. 119 ss., il quale attribuisce rilevanza assorbente al profilo della originarietà dell'acquisto per usucapione, rispetto a quello della natura negoziale del titolo che tale acquisto consacra.

49 L'efficacia costitutiva degli atti di normazione è stata oggetto di approfondita analisi soprattutto ad opera di autorevoli filosofi del diritto, i quali hanno individuato in essa l'essenza del fenomeno giuridico, inteso quale *species* del più ampio *genus*, costituito dal fenomeno linguistico. Anche se la questione travalica palesemente i confini della presente trattazione, appare opportuno richiamare in proposito i fondamentali contributi di G. Carcaterra, e segnatamente i saggi su *Le norme costitutive*, Milano, 1974; *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1986; ed *Il normativismo e la forza costitutiva delle norme*, Roma, 1998; i quali offrono al civilista preziosi spunti per una ricostruzione, in tal senso, dell'autonomia negoziale.

50 In proposito A. Falzea, *op. cit.*, p. 206. Ritiene che il riconoscimento negoziale sia connotato da una *funzione dichiarativa* ed una *struttura costitutiva* R. Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, cit., p. 389 ss.

modus adquirendi non costituisce tuttavia un dato indefettibile delle vicende circolatorie. Ché, al contrario, è dato rinvenire nel sistema diverse fattispecie, nelle quali autoregolamento di interessi e titolo dell'acquisto – generalmente compenetrati nell'atto dispositivo, a seguito della adozione, nel vigente ordinamento, del principio consensualistico – tornano a scindersi, risultando ciascuno assoggettato ad una disciplina coerente con la propria natura[51]. È questo, ad esempio, il caso del contratto preliminare, e più in generale di tutte quelle fattispecie in cui la formale consacrazione dell'investitura del diritto in capo all'acquirente consegua ad un *obbligo di dare* che, in deroga al principio consensualistico, non si sia tradotto in un "*dare*" immediatamente opponibile ai terzi, e debba pertanto essere fatto risultare in un distinto, apposito atto negoziale, costitutivo del titolo di acquisto (rispetto al quale l'art. 2932 c.c. pone come alternativa, ed equivalente, la formazione giudiziale del titolo stesso)[52]. Ed è questo, soprattutto, il caso della simulazione, fattispecie che più di ogni altra, forse, si avvicina a quella in esame, e la cui disciplina può verosimilmente risultare utile per la soluzione dei problemi che la frettolosa disposizione del decreto n. 69/2013 ha lasciato irrisolti. Nella prospettiva delle vicende circolatorie, infatti, la simulazione non si presenta, qual è stata tradizionalmente intesa, come ipotesi di divergenza tra volontà e dichiarazione, o tra due dichiarazioni tra loro discordanti, bensì come fattispecie caratterizzata dalla formazione negoziale di un titolo di acquisto cui non corrisponde un coerente assetto di interessi *inter partes*, o perché la situazione tra le parti resta immutata (simulazione assoluta), o perché essa viene a mutare in modo difforme, rispetto a quanto consacrato nel titolo (simulazione relativa)[53]. In questa prospettiva, la disciplina dettata dal legislatore negli artt.

[51] Cfr. sul punto G. Palermo, *op. ult. cit.*, in particolare p. 35 ss. In diversa prospettiva, ed in relazione alla disciplina del codice previgente, anche G. Gorla, *L'atto di disposizione dei diritti*, Padova, 1937, in particolare p. 73 ss.; Id., *La compravendita e la permuta*, nel *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, Torino, 1937, p. 5 ss. Sull'adozione del principio consensualistico, quale scelta di politica legislativa espressiva di un *favor* per l'acquirente, e più in generale per le esigenze della circolazione giuridica, si vedano anche, in diverse prospettive, C.M. Bianca, *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, negli *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, I, p. 293 ss.; F. Galgano, *Il problema del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 449 ss.; Id., *Negozio giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, p. 932 ss.; G.B. Portale, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 913 ss.; S. Pugliatti, *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1940, I, p. 518 ss., ed in *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 33 ss.; e più di recente P.M. Vecchi, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, cui sia consentito rinviare anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

[52] In tal senso G. Palermo, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, in particolare p. 31 ss. Sembrerebbe orientata verso una, sia pur progressiva e non lineare, adesione a tale impostazione anche la giurisprudenza, la quale tende ad individuare nel contratto preliminare la fonte esaustiva del regolamento *inter partes*, e nel cosiddetto contratto definitivo un atto traslativo con causa esterna, di natura solutoria. In proposito F. Delfini, *Principio consensualistico ed economia privata*, negli *Studi in onore di Antonino Cataudella*, cit., I, in particolare p. 619 ss.

[53] Così G. Palermo, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, cit., p. 56 ss. Nello stesso senso, sia pure in diversa prospettiva, già A. Auricchio, *La simulazione nel negozio giuridico. Premesse generali*, Napoli, 1957,

1414 e seguenti c.c. si pone come riconoscimento, all'autonomia privata, del potere di porre in essere titoli di acquisto rilevanti *in quanto tali*, ovverosia del potere di costituire indici di circolazione destinati a valere *di per sé*, pur in assenza di un corrispondente, coerente assetto di interessi tra le parti.

La scissione tra autoregolamento interno ed indice di circolazione, e la possibilità per i privati di costituire titoli di acquisto che l'ordinamento assume in quanto tali, viene a ben vedere a riproporsi nella fattispecie dell'accordo avente ad oggetto l' "accertamento" dell'usucapione, mediante il quale le parti, nel presupposto dell'intervenuto acquisto, a titolo originario, del diritto da parte del soggetto usucapente, consacrano pattiziamente l'investitura della titolarità del diritto in capo a quest'ultimo, formalizzandola in un titolo che, per sua natura, non potrà che essere opponibile ai terzi secondo l'ordinaria disciplina dettata, per gli indici di circolazione di formazione negoziale aventi ad oggetto diritti reali su beni immobili, dagli artt. 2644 e 2650 c.c.

All'accordo in questione, pertanto, non deve essere riconosciuta un'efficacia dispositiva, né dichiarativa, bensì *costitutiva del titolo* dell'acquisto, ovvero del *modus adquirendi* – il corrispondente *titulus* essendo costituito dalla fattispecie legale. Ed alla disciplina della simulazione – tutta volta alla riconduzione ad unità dell'assetto di interessi *inter partes* e di quanto risultante dal titolo – l'interprete potrà proficuamente far ricorso, in assenza di una specifica disciplina sostanziale, per la soluzione degli analoghi problemi connessi alla mancanza di corrispondenza tra quanto formalizzato nel titolo e la sottostante, preesistente fattispecie in quel titolo consacrata, in tutti quei casi in cui la mancanza di corrispondenza non sia conseguenza di errore.

5. Ricondotto il fenomeno dell'accertamento negoziale alla costituzione volontaria di un titolo, nel quale risulti formalizzata (ed in tal senso *fissata*) la situazione preesistente incerta o controversa, è possibile tentare di individuare una coerente soluzione di alcune questioni di carattere pratico, legate alla non felice formulazione del novellato art. 2643, n. 12-*bis*, c.c.

In proposito viene in considerazione, in primo luogo, il profilo formale dell'accordo, sul quale il legislatore è intervenuto con una disposizione che, a ben vedere, risulta per certi versi superflua, e per altri imprecisa. Ci si riferisce, in particolare, alla previsione che "*la sottoscrizione del processo verbale*", dal quale risulti l'accordo di mediazione che accerti l'intervenuta usucapione, sia "*autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato*".

Con tale disposizione – che subordina la trascrivibilità dell'accordo alla autenticazione delle sottoscrizioni da parte di un notaio (di fatto, unico "*pubblico ufficiale a ciò autorizzato*", secondo la vigente disciplina[54]) – il legislatore ha, verosimilmente,

rist. Camerino, 1978, in particolare p. 15 ss.

[54] Si deve ritenere, infatti, che l'ambito di competenza del notaio sia "*praticamente illimitato, salvi i divieti di legge (…) mentre questa competenza è circoscritta per i funzionari roganti, sia a determinati atti, sia a determinati soggetti pubblici nel cui interesse la forma pubblica amministrativa è eccezionalmente prevista*" (così C. Falzone

inteso superare l'ostacolo, di carattere formale, indicato dagli interpreti e dalla giurisprudenza come ostativo alla trascrivibilità del verbale di conciliazione avente ad oggetto diritti reali immobiliari. La disposizione in esame, tuttavia, risulta a ben vedere superflua, attesa la norma, di carattere generale, contenuta nell'art. 2657 c.c., la quale, nel disciplinare il profilo formale del titolo idoneo alla trascrizione, dispone che questa non possa essere eseguita "*se non in forza di sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente*". Ne consegue che la previsione, nel nuovo numero 12-*bis* dell'art. 2643 c.c., della autenticazione delle sottoscrizioni si possa ritenere assorbita nel più ampio disposto dell'art. 2657 c.c., rispetto al quale la nuova disciplina non può, evidentemente, intendersi come derogatoria, dovendosi senz'altro ammettere la trascrivibilità dell'accordo conciliativo in tutti i casi in cui esso soddisfi, dal punto di vista formale, quanto in quest'ultima norma previsto – e così, ad esempio, nell'ipotesi in cui l'accordo risulti consacrato in un atto pubblico, riproduttivo di quanto convenuto in sede di conciliazione, ovvero nell'ipotesi in cui esso nasca come (mera) scrittura privata, e l'autenticità delle sottoscrizioni venga successivamente accertata giudizialmente.

La disposizione in esame, inoltre, risulta imprecisa sotto il diverso profilo del riferimento all'autenticazione delle sottoscrizioni apposte al "*processo verbale*", nella misura in cui tale riferimento oblitera la distinzione concettuale – e di sovente anche documentale – tra il "*processo verbale*" sottoscritto dalle parti e dal mediatore, nel quale si dà atto dell'esito del procedimento di conciliazione, e l' "*accordo amichevole*", avente natura negoziale, eventualmente raggiunto dalle parti all'esito di tale procedimento. È evidente come sia quest'ultimo (e solo quest'ultimo, nel caso, tutt'altro che infrequente nella prassi, in cui l'accordo non sia documentalmente trasfuso nel verbale di conciliazione, bensì a questo allegato) il titolo soggetto a trascrizione, e quindi necessitante della forma (quanto meno) della scrittura privata autenticata.

Così come è altrettanto evidente che il notaio, chiamato ad autenticare le sottoscrizioni delle parti, stante la natura negoziale dell'accordo conciliativo, sia tenuto non soltanto ad esercitare il controllo di legalità, tipico della sua funzione, ma altresì allo svolgimento delle attività istruttorie e di tecnica redazionale rese necessarie dal contenuto dell'accordo stesso, attenendosi non solo alle regole formali sancite dalla legge notarile[55], ma anche a tutte le prescrizioni imposte dalla disciplina di settore, risultando in ogni caso prevalente il carattere negoziale del titolo che si viene a formare (destinato a rilevare quale indice di circolazione di natura privatistica), rispetto

– A. Alibrandi, *Esercizio della funzione notarile*, nel *Dizionario Enciclopedico del notariato*, II, Roma, 1974, p. 404). Sulla competenza funzionale del notaio, per tutti, M. Di Fabio, *Manuale di notariato*, Milano, 2007, in particolare p. 95 ss. e 133 ss.

[55] Sulla necessità di coordinare la normativa speciale dettata per il procedimento di conciliazione con la generale disciplina dell'attività notarile, M.L. Cenni – V. Rubetelli, *Accordo di conciliazione: regole operative per il notaio autenticante*, in *Studi e materiali*, quaderni trimestrali del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano 2011, 4, p. 1479 ss.

alla natura legale, ed in ipotesi al carattere originario, dell'acquisto che in tale titolo le parti intendono consacrare[56].

6. Un ultimo punto, sul quale appare opportuno soffermarsi, è quello relativo alla tipologia di accordi suscettibili di pubblicizzazione, alla luce del novellato art. 2643 c.c.; e ciò, sia sotto il profilo strutturale, sia sotto quello contenutistico.

Il n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c. dispone infatti, espressamente, la pubblicizzazione degli "*accordi di mediazione che accertano l'usucapione*". Occorre pertanto chiedersi, in primo luogo, se l'ammissibilità, e la trascrivibilità, dell'accertamento negoziale dell'intervenuta usucapione si debbano intendere circoscritte agli accordi conclusi in sede di mediazione, ovvero si estendano a qualsiasi negozio di accertamento dell'usucapione, a prescindere dal procedimento che abbia portato alla sua formazione; e sembrerebbe che la risposta a tale quesito debba essere orientata in quest'ultimo senso. Il sistema di pubblicità fondato sulla trascrizione, infatti, attiene non già *agli atti* elencati nell'art. 2643 c.c. (tra i quali, oggi, figurano anche gli accordi di mediazione), quanto piuttosto *agli effetti* da questi prodotti (nella fattispecie, l'accertamento dell'intervenuta usucapione), giusta il disposto dell'art. 2645 c.c., a mente del quale "*deve del pari rendersi pubblico (…) ogni atro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o diritti reali immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643*". Né, d'altra parte, sembra si possa affermare che l'accertamento negoziale dell'intervenuta usucapione in tanto possa trovare riconoscimento, nel vigente ordinamento, in quanto (e solo se) scaturisca dal procedimento di mediazione disciplinato dal d. lgs. 28/2010. Tale affermazione, infatti, non risulterebbe suffragata da apprezzabili considerazioni sulla *struttura* dell'accordo conciliativo – il quale, ancorché calato nella dimensione procedimentale della mediazione, conserva inalterata la propria natura di atto di autonomia negoziale[57] – né da argomentazioni di carattere, per dir così, *funzionale* – posto che il procedimento di mediazione non sembra apportare alcun elemento ulteriore, in termini di certezza della corrispondenza della situazione accertata pattiziamente alla situazione effettivamente preesistente, e conseguentemente anche di salvaguardia dei diritti dei terzi, atteso che l'intervento del mediatore è volto esclusivamente a favorire il raggiungimento dell'accordo tra le parti, risultando allo stesso preclusa qualsivoglia funzione, istruttoria o decisoria, anche solo latamente assimilabile a quella giurisdizionale. Considerato, altresì, che l'attestazione e certificazione di conformità dell'accordo conciliativo alle norme imperative ed all'ordine pubblico, da parte degli avvocati delle parti del procedimento – prevista (peraltro, esclusivamente ai fini della rilevanza dell'accordo stesso quale titolo esecutivo) dall'art. 12 del d. lgs. 28/2010

[56] Cfr. in proposito M. Krogh, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*, cit.

[57] Sottolinea come i diversi interventi normativi, volti a deflazionare il contenzioso, non incidano sulla natura pattizia degli strumenti di composizione bonaria della lite, E. del Prato, *Gli strumenti contrattuali di negoziazione della lite: tratti di incidenza della dottrina sulla giurisprudenza*, in *Riv. dir. trim. dir. proc. civ.*, I, 2016, p. 175 ss., ed in *Fuori dal processo*, cit., p. 257 ss.

– si può ben ritenere assorbita dal controllo di legalità che il notaio è tenuto ad esercitare nello svolgimento delle proprie funzioni, si deve verosimilmente riconoscere alla disposizione del n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c. una portata più ampia di quella risultante dal suo tenore letterale, e tale da legittimare l'affermazione della ammissibilità di un accertamento negoziale dell'intervenuta usucapione, e della trascrivibilità del relativo atto, a prescindere dalle modalità procedimentali che abbiano condotto alla formazione dell'accordo[58].

Ad opposta soluzione sembra si debba giungere, invece, in relazione al diverso problema dell'ammissibilità di un accertamento dell'intervenuta usucapione oggetto non già di un *accordo*, bensì di una *dichiarazione unilaterale*, ancorché proveniente dal soggetto che assumesse di aver subito l'usucapione.

Nei confronti della ammissibilità di un accertamento unilaterale – pur sostenuta, in linea di principio, da autorevole dottrina[59] – sembrano risultare ostative, nella specifica materia in esame, non solo (e non tanto) considerazioni di carattere letterale (posto che nell'art. 2643, n. 12-*bis*, c.c., come detto, si fa espresso riferimento agli "*accordi*"), ma anche (e soprattutto) valutazioni riconducibili alla evidenziata natura dell'atto di riconoscimento dell'usucapione, inteso quale titolo convenzionale dell'intervenuto acquisto.

Da ultimo, appare opportuno svolgere qualche breve riflessione in ordine al problema del *contenuto* dell'accertamento, suscettibile di essere consacrato in un atto di autonomia negoziale, e conseguentemente pubblicizzato per il tramite della trascrizione.

Premesso come oggetto di un accertamento negoziale non possano propriamente essere le situazioni giuridiche soggettive, quanto piuttosto le vicende a cui queste, eventualmente, conseguano – consistano queste ultime in fatti giuridici in senso stretto, ovvero abbiano la natura di atti o negozi giuridici, rilevando esse, in ogni caso, nella loro dimensione di accadimenti storici, in relazione cui verificarsi le parti intendono eliminare l'incertezza – la dottrina che si era occupata della ammissibilità, e della trascrivibilità, del negozio di accertamento prima della novellazione dell'art. 2643 c.c. aveva individuato una serie piuttosto articolata di fattispecie, teoricamente suscettibili di costituire oggetto di accertamento da parte dei privati, pro-

[58] In tal senso D. Amadei, *op. cit.*, p. 14; e M. Sannino, *Ancora in tema di trascrivibilità del negozio di accertamento*, studio n. 4-2017/C, approvato il 14 giugno 2017, reperibile sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato. *Contra*, A. Gentili, *op. cit.*, p. 1397; e G. Baralis, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione riformata: il senso della trascrizione e i problemi connessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1396. In proposito anche M. Saraceno, *La trascrizione dei negozi di accertamento dell'usucapione nell'ambito del procedimento di mediazione*, *ivi*, 2016, p. 238. Stante il carattere eccezionale della disciplina, e la sua *ratio*, sembrerebbe doversi escludere che le parti, ove l'accordo non consegua alla procedura disciplinata dal decreto legislativo n. 28/2010, possano accedere al regime fiscale agevolato, previsto per gli accordi di conciliazione. Su tale regime, A. Lomonaco, *La tassazione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione di beni immobili*, studio n. 156-2014/T, approvato il 13-14 novembre 2014, reperibile sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato.

[59] Cfr. M. Giorgianni, *op. ult. cit.*, p. 237 s.

spettando per ciascuna di esse altrettanto articolate soluzioni[60]. È necessario chiedersi, di conseguenza, se l'espressa previsione della trascrivibilità di accordi accertativi dell'intervenuta usucapione apra la strada al riconoscimento dell'ammissibilità, e soprattutto della trascrivibilità, di negozi aventi ad oggetto l'accertamento di situazioni ulteriori, quali ad esempio un acquisto a titolo originario diverso dall'usucapione, o l'estinzione per non uso di un diritto reale su bene immobile altrui (in quest'ultima ipotesi, eventualmente, anche attraverso una dichiarazione unilaterale, attesa l'unilateralità e non recettizietà del corrispondente atto dispositivo).

La risposta a tale domanda presupporrebbe una indagine complessa, quale non può svolgersi in questa sede; la quale indagine, tuttavia, dovrebbe essere verosimilmente orientata nel senso della necessità di tornare a scindere i due profili – della ammissibilità del negozio di accertamento e della sua trascrivibilità – che l'intervenuta modifica dell'art. 2643 c.c. porterebbe, in prima istanza, a considerare unitariamente. Se, infatti, la previsione della trascrivibilità degli accordi accertativi dell'intervenuta usucapione sembrerebbe assumere una portata generale sotto il profilo, sostanziale, della consacrazione in un dato normativo positivo del riconoscimento all'autonomia privata di una funzione (non solo immediatamente dispositiva, ma anche) accertativa – sia pure nei termini in precedenza specificati – non sembra altrettanto corretto desumere, da tale previsione, la possibilità di pubblicizzare qualsiasi tipo di situazione suscettibile di accertamento negoziale, ancorché all'interno dei confini tracciati dall'art. 2645 c.c. Per giungere a tale risultato, occorrerebbe infatti dimostrare che il riferimento all'usucapione, contenuto nel n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c., non sia volto a circoscrivere tipologicamente l'effetto suscettibile di pubblicizzazione, bensì semplicemente esemplifichi, richiamandone la fattispecie più frequentemente oggetto di controversia, il possibile contenuto dell'accertamento, da individuarsi, più in generale, in qualsiasi situazione di fatto suscettibile di incidere su diritti reali immobiliari, determinandone il trasferimento, la costituzione o l'estinzione. Tale dimostrazione, tuttavia, potrebbe conseguire soltanto ad una più approfondita ed estesa analisi che, come detto, non può essere svolta in questa sede.

[60] Sul punto E. Minervini, *Il negozio di accertamento*, in L. Ruggeri - E. Minervini, *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, Napoli, 2016, p. 183 ss.. Cfr. anche G. Baralis, *Negozi accertativi in materia immobiliare, tipologia, eventuali limiti all'autonomia privata. Problemi di pubblicità immobiliare specie per il negozio che accerti l'usucapione. Usucapione "dichiarata" dal cedente e atti dispositivi*, cit., in particolare p. 521 ss. Sull'accertamento negoziale dei diritti reali, C. Granelli, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983; C.A. Graziani, *Il riconoscimento dei diritti reali. Contributo alla teoria dell'atto ricognitivo*, Padova, 1979; e più di recente F. Bottoni, *Ricognizione di diritti reali: vecchi timori e spunti normativi*, negli *Studi in onore di Antonino Cataudella*, cit., I, p. 295 ss.

Osservazioni preliminari per uno studio sul riutilizzo dei *big healthcare data*

di Nicolò Muciaccia*

Abstract. The big data, and in particular the open data of the health sector, as production factors for the so-called computational activities, give rise to a series of problems for the jurists, respectively, regarding the identification of a suitable discipline for phenomena (still) unregulated and the elaboration of rules that foster the production of value.
After having tracked the main coordinates deriving from the revised PSI directive and the GDPR, the work aims to operate a new form of balancing the interests involved that takes into account the legal nature of the personal data and the consequent purpose of protecting a patrimonial interest of the rules dedicated to it.
All this leads, in the final part of the essay, to formulate some reconstructive proposals about the contractual and associative tools in a broad sense that allow to fully exploit the economic potential of personal data.

SOMMARIO: 1. I big data *nel panorama della* digital economy *e della* data driven innovation*: una (breve) introduzione. – 2. I* big healthcare data *nel prisma della disciplina sul riutilizzo dei dati del settore pubblico. – 3. Problemi in punto di appartenenza e circolazione dei* big data*. – 4. Il consenso al trattamento dei dati ed il principio di limitazione della finalità nel* GDPR*. – 4.1. Gli* open data *e i principi ispiratori della direttiva* PSI*. – 5. La disciplina applicabile ai* big healthcare data*. – 6. Spunti conclusivi su* big healthcare data*, contratti di licenza e collettività organizzate per l'impresa computazionale.*

1. Da qualche tempo si sta volgendo una sempre maggiore attenzione a fenomeni quali *big data*[1], intelligenza artificiale e *IoT*, forme di innovazione che, a ben ve-

* Dottore di ricerca in Diritto commerciale – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

1 Col termine "*big data*" si fa riferimento a «ingenti quantità di dati disponibili all'interno del nuovo ecosistema digitale, prodotti ad alta velocità e provenienti da una moltitudine di fonti, la cui gestione e analisi richiedono nuovi e più potenti processori e algoritmi». Così da *ITMedia Consulting* con il contributo scientifico dell'Università Bocconi, *L'economia dei dati. Tendenze di mercato e prospettive di* policy, Roma, Gennaio 2018, consultabile al seguente *link*: www.itmedia-consulting.com/it/highlights/1187-l-economia-dei-dati-tendenze-di-mercato-e-prospettive-di-policy-lo-studiofondamentale-sui-big-data-2.html, p. 94.
Osserva Maggiolino, *I* big data *e il diritto* antitrust, Egea, Milano, 2018, p. 24 ss. che, nonostante già dal 2001 si sia parlato delle "*3Vs*" apprezzabili nei *big data* (volume, velocità e varietà), caratteri sempre presenti in questo fenomeno siano, invece ed esclusivamente, la velocità e l'esaustività. Così anche cfr. Kitchin-McArdle, *What makes Big Data, Big Data? Exploring the ontological characteristics of 26 datasets*, in *Big Data & Society* 8 (2016).
Con riferimento alla gestione dei *big data* si vedano, tra i tanti, Califano, *Brevi riflessioni su* privacy *e costituzionalismo al tempo dei* big data, in *Federalismi.it*, 2017; Falce-Ghidini-Olivieri (a cura di), *Informazio-*

dere, poggiano su meccanismi di correlazione – si potrebbe dire, su "strutture di rete" – tesi a consentire alle imprese cc.dd. computazionali[2] di produrre un valore ulteriore e diverso rispetto all'*input* di partenza[3], tanto da indurre alla formulazione di espressioni quali "economia dell'informazione"[4], "economia basata sui dati"[5] e

ne e big data *tra innovazione e concorrenza*, Milano, 2017, *passim*; Orefice, *I "*big data*". Regole e concorrenza (Big Data. Rules and Competition)*, in *Politica del diritto*, 2016, p. 697 ss.; Pitruzzella, *Big data and antitrust enforcement*, in *Italian Antitrust Review*, Vol. 4, No. 1, 2017, pp. 77 ss.; Pizzetti, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018; Zeno-Zencovich, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *MediaLaws Rivista di diritto dei media*, 2018; Id., *Come il mondo dei dati cambia taluni riferimenti tradizionali del giurista*, in Di Ciommo-Troiano (a cura di), *Scritti in onore di Roberto Pardolesi*, Piacenza, 2018, pp. 107-115.

Sul tema si registra l'avvio, in data 30 maggio 2017, dell'indagine conoscitiva sui *Big Data* da parte de l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Garante per la Protezione dei Dati Personali. Tale indagine ha finora prodotto, in data 8 giugno 2018: da parte dell'AGCOM, un "*Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*", reperibile al *link*: https://www.agcom.it/documents/10179/10875949/Studio-Ricerca+08-06-2018/c72b5230-354d-444f-9e3f 5467ca450714?version=1.0; e da parte dell'AGCM, i primi risultati della "*Analisi della propensione degli utenti* on line *a consentire l'uso dei propri dati a fronte dell'erogazione di servizi*", reperibile al *link*: www.agcm.it/stampa/comunicati/9334-ic53-primirisultati-dell-indagine-conoscitiva-sui-big-data-congiunta-con-agcom-e-garante-privacy.html. Tali indagini intermedie sono poi confluite nella "Big data. *Indagine conoscitiva congiunta: linee guida e raccomandazioni di* policy" di luglio 2019 dell'AGCOM, dell'AGCM e del Garante per la Protezione dei Dati Personali, consultabile al *link* https://www.agcom.it/documents/10179/15548181/Documento+generico+02-07-2019/a256e804-f758-4c5f-98cb-4e1524c891d1?version=1.1.

2 Cfr. Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, Torino, 2017, *passim*, ma spec. pp. 13-14, ove l'A. identifica l'imprenditore computazionale come quel soggetto, diverso dall'imprenditore culturale (per una trattazione completa del tema cfr. Bertani, *Impresa culturale e diritti esclusivi*, Milano, 2000, *passim*; Meo-Nuzzo (a cura di), *L'impresa culturale. Una contraddizione possibile*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2007), che svolge l'analisi computazionale e che può operare per finalità differenti, organizzando tale attività ed acquisendone gli strumenti essenziali al fine di elaborare conoscenza nuova secondo i requisiti di professionalità ed economicità di cui all'art. 2082 c.c.

Su un piano generale, una chiara definizione di "innovazione computazionale" viene fornita ancora da Ottolia, *ivi*, p. 7 ss., ove si legge che «[l]'informatica, le reti *internet* e le connessioni che si instaurano tra queste e le cose materiali, registrano, veicolano e gestiscono grandi quantità di dati» e che «l'esistenza di grandi quantità di dati è di notevole interesse per le applicazioni dell'intelligenza artificiale contemporanea che, sulla base dell'analisi dei dati, è rivolta a mimare i processi cognitivi dell'essere umano e in particolare quelli basati sulla capacità di sviluppare decisioni dall'esperienza (secondo il c.d. processo induttivo)».

3 Per Maggiolino, *I* big data *e il diritto* antitrust, cit., p. 29, «si potrebbero definire Big Data tutti gli insiemi di dati digitali capaci di creare valore tramite la produzione di conoscenza», essendo loro funzione strategica, ciò che cioè spinge le imprese (pubbliche e private), nonché le pubbliche amministrazioni, a generare, raccogliere e processare dati, quella di produrre risultati innovativi attraverso la loro analisi.

4 L'espressione è usata da Pitruzzella, *Big Data, Competition and Privacy: A look from the antitrust perspective*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 16 e sembra riprendere e applicare al mercato l'espressione di "società della conoscenza" tempo fa usata da con riferimento alle moderne democrazie e società in generale da Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2013, p. 135.

5 Per approfondire lo studio della c.d. *digital economy* cfr. *ITMedia Consulting* con il contributo scientifico dell'Università Bocconi, *L'economia dei dati. Tendenze di mercato e prospettive di* policy, Roma, Gennaio 2018, consultabile al seguente *link*: www.itmedia-consulting.com/it/highlights/1187-l-economia-dei-dati-

"*data-driven innovation*"[6].

La rilevanza del fenomeno è tale da poter incidere – se già così non fosse – sulle abitudini quotidiane di ciascuno di noi, modificando i comportamenti degli utenti di servizi (*lato sensu*) digitali ed imponendo un mutamento, o forse una vera e propria rottura[7], rispetto ai paradigmi economici e giuridici ormai da tempo consolidati, primo tra tutti quello stesso di "consumatore"[8].

Di tanto sono vieppiù consapevoli le istituzioni nazionali ed europee le quali ultime, in particolare, hanno intrapreso diverse iniziative volte a promuovere l'utilizzo di tecnologie, per brevità, della *digital economy*, come ad esempio l'Agenda digitale europea[9], una delle sette principali iniziative della strategia Europa 2020,

tendenze-di-mercato-e-prospettive-di-policy-lo-studiofondamentale-sui-big-data-2.html; Bagnoli, *The big data relevant market*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 79 ss., per il quale il settore dell'economia digitale è caratterizzato da forte crescita, apparizione di nuovi servizi, concentrazione del mercato con pochi attori in posizione dominante e uno squilibrio crescente tra grandi aziende da un lato e piccole e medie imprese e consumatori dall'altro.

6 Cfr. così il *Report* dell'OCSE, *Data-driven Innovation for Growth and Well-being*, ottobre 2014.

7 Il fenomeno è simile a quello, già individuato dall'Ascarelli come vero e proprio momento di transizione, sul finire del XIX secolo, da un'economia agricola e commerciale ad una industrializzata e di massa e che ha radicalmente influenzato il diritto della concorrenza e, più in generale, il concetto stesso di bene immateriale. Cfr. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 5, ove si legge che «la produzione industriale di massa costituisce effettivamente la caratteristica dominante della civiltà moderna; quella, realmente priva di ricorsi storici».
Con specifico riferimento all'innovazione basata sui dati, cfr. poi le considerazioni svolte da Guizzi, *Nota di lettura*, in Falce-Ghidini-Olivieri (a cura di), *Informazione e* big data *tra innovazione e concorrenza*, cit., p. IX, il quale, in prima battuta, ricorda come uno dei motivi ricorrenti nelle sempre attuali pagine di Ascarelli sia rappresentato dall'attenzione riservata ai cambiamenti nella società, e ancor più da una certa preoccupazione per la difficoltà di affrontare i nuovi problemi posti dalla trasformazione della realtà con schemi e concetti che potrebbero essere in gran parte incongrui. L'affermazione diffusa di una crisi del diritto è, quindi – sempre secondo l'Autore –, una conseguenza di questa transizione e, poiché la realtà è in continua evoluzione, si dovrebbe, in effetti, riconoscere che in un certo senso la legge è sempre in crisi, e che sempre con maggiore o minore vivacità si presenta un problema di rinnovamento del pensiero giuridico, della continua sostituzione, si potrebbe dire, di un "volgare" a un "latino" accademico. All'epoca in cui scriveva Ascarelli, la questione al centro del dibattito era quella della necessità di sviluppare categorie e schemi che potessero aiutare a capire e spiegare soprattutto il fenomeno della produzione di massa, tipico di una società di massa, e certamente si era ben lungi dalla possibilità persino di immaginare la presente rivoluzione tecnologica e informatica della società, il dominio dei *mass media*, così come il processo di digitalizzazione dell'economia e, quindi, la sua accelerazione a partire dalla fine del secolo XX.

8 Vedi *infra* § 5, nt. 102 e testo corrispondente, quanto si dirà più oltre circa la possibilità di qualificare consumatori e utenti di servizi come *prosumer*.

9 Cfr. Papa, Smart city *e* Open government data, in Olivieri-Falce (a cura di), Smart cities *e diritto dell'innovazione*, cit., p. 21 ss., spec. p. 22, nt. 6, che richiama la *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Un'agenda digitale europea* del 2010, la quale descrive l'Agenda digitale europea come «una delle sette principali iniziative della strategia Europa 2020, avviata dalla Commissione europea nel marzo 2010 con lo scopo nel breve periodo di porre le fondamenta per uno sviluppo economico maggiormente sostenibile e in grado di utilizzare al meglio la Rete Internet e tutta la tecnologia che ad essa fa riferimento. È infatti opinione diffusa, e di essa è partecipe anche la Commissione europea, che un utilizzo massiccio ed efficace di tali tecnologie possa

avviata dalla Commissione europea nel marzo 2010 con lo scopo, nel breve periodo, di porre le fondamenta per uno sviluppo economico maggiormente sostenibile e in grado di utilizzare al meglio la rete *internet* e tutta la tecnologia che ad essa fa riferimento. È infatti opinione diffusa – e condivisa dalla Commissione europea – che un utilizzo massiccio ed efficace di tali tecnologie possa offrire ai cittadini dell'Unione europea «una migliore qualità della vita grazie ad un miglioramento dell'assistenza sanitaria, a un sistema trasporti (treno, nave, ecc.) di persone e merci più facile, veloce, sicuro ed efficiente, un ambiente più pulito e un accesso facilitato a un insieme di servizi pubblici interoperabili anche transfrontalieri»[10].

Occorre subito dire che carburante (*recte*, fattore economico produttivo, alla stregua del capitale e del lavoro) del processo d'innovazione computazionale sono i *big data*: la raccolta, conservazione e analisi[11] di *data set*, anche mediante l'utilizzo di tecnologie *IoT*, permette agli algoritmi su cui i sistemi di intelligenza artificiale si fondano di elaborare connessioni[12] di non immediata – e spesso non chiara[13] – percezione capaci di produrre nuovo valore in grado di attribuire agli operatori del mercato che ne sono in possesso una posizione di potere e, così, un sicuro vantaggio competitivo[14].

offrire ai cittadini dell'Unione europea una migliore qualità della vita grazie ad un miglioramento dell'assistenza sanitaria, a un sistema trasporti (treno, nave, ecc.) di persone e merci più facile, veloce, sicuro ed efficiente, un ambiente più pulito e un accesso facilitato a un insieme di servizi pubblici interoperabili anche transfrontalieri».

10 Così la *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Un'agenda digitale europea* del 2010.
Peraltro, nella sua strategia del 2014 sui *big data*, la Commissione europea ha indicato come intende sostenere e accelerare la transizione verso un'economia basata sui dati nell'Unione europea.
L'obiettivo è, in buona sostanza, quello di modellare l'economia basata sui dati per mezzo della *European Free Flow of Data Initiative*. L'iniziativa è considerata uno strumento importante per la realizzazione di una strategia per il *digital single market* per l'UE, una delle priorità a livello europeo. L'economia dei dati dovrebbe produrre innovazione e crescita accelerate nonché aumento della produttività e della competitività. Come tale, l'ascesa dei *big data* promette molte opportunità per l'economia dei dati. Tuttavia, ci sono ancora molte barriere legali, tecnologiche, sociali ed economiche che inibiscono l'uso e il riutilizzo dei dati.
Sono necessari grandi volumi di dati per capitalizzare i vantaggi dei *big data* ma solo grandi volumi non sono sufficienti. I dati, ad esempio, devono anche essere accessibili, affidabili e aggiornati. Inoltre, ci deve essere chiarezza sulla provenienza dei dati e sul giusto modello di *business*. Le aziende possono raccogliere i dati stessi ma rispetto a molti casi d'uso sembra essere più ragionevole riutilizzare dati esistenti, che sono stati raccolti da terzi, almeno in una certa misura. Poiché questo sta attualmente solo accadendo in misura molto limitata, sorge la domanda su come supportare il riutilizzo dei dati.
Cfr. sul punto Papa, Smart city *e* Open government data, cit., p. 22, nt. 6.

11 In letteratura si parla, tecnicamente, di *data mining*, *data storage* e *data analytics*.

12 Cfr. Tiscornia, *Presentazione* – Foreward, in Ead., Open data *e riuso dei dati pubblici*, Napoli, 2011, p. 9 ss., «[a]ttraverso i legami concettuali (*linked data*) generati automaticamente e integrati dagli utenti, ampie reti di nuova conoscenza vengono prodotte e incrementalmente aggiornate».

13 Sull'opacità informativa e sui problemi di selezione avversa che essa comporta sul prezzo e sulla circolazione dei dati, cfr. Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., pp. 261-262.

14 I profili concorrenziali legati allo sfruttamento in senso lato dei *big data* non saranno oggetto diretto del presente lavoro, sebbene la bibliografia sul punto sia ormai vasta. Volendo fornire dei riferimenti essenziali,

Tanto si può ottenere soprattutto mediante il riutilizzo (o uso secondario o alternativo)[15] dei dati che si ha quando i fornitori di servizi digitali raccolgono dati su vasta scala per svolgere la propria attività in un certo mercato, ma, una volta raggiunta una posizione di dominanza, si rivolgono ad altri mercati elaborando informazioni raccolte per una certa finalità con l'intento di fornire servizi diversi in altrettanti diversi mercati, ovvero acquistano *data set* da altre imprese per rielaborarli con quelli già in proprio possesso fornendo ulteriori servizi[16]. L'OCSE ha, difatti, già da qualche tempo evidenziato come i *big data* e le analisi algoritmiche potrebbero ri-

si vedano per tutti Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 297 ss.; Vessia, Big data *e profili di concorrenza*, in *FINTECH. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Paracampo (a cura di), Torino, 2017, p. 81 ss.; Ead., Big data*: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 1064 ss.; Maggiolino, *I* big data *e il diritto* antitrust, *passim*.
Cfr. poi gli scritti contenuti in Di Porto (a cura di), *Big data e concorrenza,* in *Concorrenza e mercato*, 2016; Olivieri-Falce (a cura di), Smart cities *e diritto dell'innovazione*, Milano, 2016, *passim*; Falce-Ghidini-Olivieri (a cura di), *Informazione e* big data *tra innovazione e concorrenza*, Milano, 2018, *passim*.

15 Osserva Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 241 ss., come «[n]el mercato dei beni immateriali "tradizionali" ovvero, per così dire, "a uso semantico", la possibilità di un'elaborazione creativa e, per così dire, di un "riutilizzo" dovuto all'intervento di diverse generazioni di soggetti assume rilievo pratico differente a seconda dei contesti in cui il processo creativo si esprime. La riutilizzazione creativa dei beni immateriali è da tempo emersa invece come fenomeno sistemico negli ambienti digitali basati sulla collaborazione creativa, ove la possibilità tecnologica dell'aggregazione dei contributi ha trasformato l'utente/consumatore in "*prosumer* digitale", ovvero a un tempo destinatario di contenuti e autore di successivi interventi creativi sui medesimi.
Rispetto a questi fenomeni di riutilizzazione diffusa il funzionamento dell'innovazione computazionale si presenta in modo ancora differente. Nella circolazione dei dati per questa particolare finalità, l'elaborazione (creativa) dei giacimenti costituisce la destinazione "naturale", sicché i dati si configurano tipicamente come beni strumentali alla successiva attività di elaborazione secondo paradigmi tecnici e giuridici differenti. L'elaborazione può essere posta in essere (i) direttamente dal titolare dei dati (che intenda internalizzare i processi di utilizzo dell'intelligenza artificiale), (ii) da un terzo cui l'elaborazione sia stata affidata *ex contractu* (iii) o da un terzo che elabori i dati in violazione (o in assenza) di un contratto».
Una definizione normativa di riutilizzo, specificamente riferita all'informazione del settore pubblico, è fornita, oggi dalla direttiva 2019/1024/UE (di cui si dirà più oltre nel testo) che, all'art. 2, par. 1, n. 11 definisce il "riutilizzo" come l'uso, da parte di persone fisiche o giuridiche, di documenti in possesso di: *a*) enti pubblici a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale nell'ambito dei compiti di servizio pubblico per i quali i documenti sono stati prodotti, fatta eccezione per lo scambio di documenti tra enti pubblici esclusivamente in adempimento dei loro compiti di servizio pubblico; *b*) imprese pubbliche a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale di fornire i servizi di interesse generale per i quali i documenti sono stati prodotti, fatta eccezione per lo scambio di documenti tra imprese pubbliche ed enti pubblici esclusivamente in adempimento dei compiti di servizio pubblico degli enti pubblici.

16 Cfr. *ITMedia Consulting* - Università Bocconi, *L'economia dei dati. Tendenze di mercato e prospettive di* policy, cit., p. 108 ss.; European Data Protection Supervisor (EDPS), *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor. Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, March 2014, §58, consultabile al *link*: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en.

durre del 15-20% i costi delle pubbliche amministrazioni, favorendo la trasparenza e la capacità di prevenire frodi ed errori[17].

Nonostante il fatto che, come si dimostrerà più oltre, dal sistema emerga un chiaro *favor* nei confronti dello sfruttamento dei *big data* per la produzione di valore, si impone, tuttavia e al contempo, la necessità di bilanciare la libertà nella raccolta, conservazione, utilizzo e riutilizzo dei dati e, in particolare, per quanto qui interessa, dei dati pubblici, con i diritti fondamentali della persona, primo fra tutti il diritto alla *privacy*. Ciò al fine di evitare, in via di prima approssimazione, una deriva troppo lasca nel ritagliare categorie di individui a scopi commerciali (dette *cluster*), con il pericolo che l'economia dei dati finisca per associare alle persone dei profili che non solo non le descrivono correttamente, ma che addirittura possano precludere loro l'accesso ad alcuni beni o servizi, con l'effetto ultimo di lederne la dignità e capacità di pensarsi come soggetti liberi di auto-determinarsi[18].

L'obiettivo che la presente ricerca si pone consiste proprio nell'individuare (alcuni) degli strumenti idonei allo sfruttamento dei *big data* in un settore particolarmente fertile quale è quello dei dati sanitari[19], anche sulla scorta di quanto indicato dalla Commissione europea[20], tracciando, in un primo momento, il quadro giuridi-

[17] Cfr. OCSE, *Data driven innovation. Big data for growth and well-being* (2015), consultabile accedendo al *link* https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/data-driven-innovation_9789264229358-en, e, sul punto, anche Maggiolino, *I* big data *e il diritto* antitrust, cit., p. 2.

[18] Cfr. Maggiolino, *I* big data *e il diritto* antitrust, cit., pp. 4-5.

[19] Cfr. European Commission, *Study on Big Data in Public Health, Telemedicine and Healthcare*, 2016, ove, a p. 12, vengono elencati alcuni esempi di utilizzo di *big data* nel campo sanitario (nello specifico, i campi di applicazione indagati sono: sistema sanitario e ricerca di servizi, epidemiologia, sorveglianza – nella sua declinazione di salute farmaceutica/pubblica –, ricerca clinica) e selezionati per ulteriori analisi.
La Commissione ha riconosciuto come (pp. 23-24) «*Big Data use in health care will gain importance quickly. Applications may either be prospective data monitoring or retrospective data analysis and may contribute to increasing the effectiveness and quality of treatments (by e.g.: earlier disease intervention, reduced probability of adverse reactions to medicines, fewer medical errors, determination of causalities, understanding of co-morbidity, cross-linkage of health care providers and professionals, intensification of research networks, and fusion of different networks such as social networks, disease networks or medicine networks); widening possibilities for prevention of diseases by identification of risk factors for disease at population, subpopulation, and individual levels, and by improving the effectiveness of interventions to help people achieve healthier behaviors in healthier environments; improvement of pharmacovigilance and patient safety through the ability to make more informed medical decisions based on directly delivered information to the patients; prediction of outcomes, e.g. containment and improvement of chronic-diseases, global infectious disease surveillance through evolving risk maps and better understanding of demographic challenges and trends as well as disease transmission pathways; knowledge dissemination, e.g. help physicians to stay current with the latest evidence guiding clinical practice, and reduction in inefficiency and waste, improvement in cost-containment*».

[20] La Commissione, nello studio citato alla nt. precedente (European Commission, *Study on Big Data in Public Health, Telemedicine and Healthcare*, 2016, pp. 15, 22 e 23), prende atto di come «*[i]t is now important to take further and coordinated action in absorbing the full potential of Big Data in Health as a driver for faster and wider innovation as recently stressed by the European Council in its Conclusions on open, data-intensive and networked research. Through the use of Big Data it might be possible to improve health of individual persons (personalised medicine) as well as to improve the performance and outcomes of health care systems*», della circostanza per cui «*Big Data in Health is already being generated and ready for use from various different*

co di riferimento, per poi passare all'enucleazione degli elementi caratterizzanti della fattispecie e alla verifica della congruità rispetto a modelli negoziali di produzione e circolazione della ricchezza[21].

2. Un primo passo nella direzione indicata consiste nel dare una qualificazione giuridica alla fattispecie "dato sanitario", di modo, in un secondo momento, da po-

sources as listed in the tender specifications: health care records and patient summaries; social media; genomic data; pharmaceutical data; insurance claims; telemedicine, mobile apps and sensors; other sources (income statistics, environmental databases etc.)», e si pone i seguenti obiettivi: *i*) sviluppare e attuare una strategia di comunicazione per aumentare la consapevolezza del valore aggiunto dei *big data* nella salute e incoraggiare una mente pubblica positiva verso i *big data* in salute (raccomandazione 1 sulla sensibilizzazione); *ii*) rafforzare il capitale umano in relazione al crescente bisogno di una forza lavoro che possa sfruttare il potenziale dei *big data* in salute (raccomandazione 2 sull'istruzione e la formazione); ampliare le risorse esistenti ed esplorare nuove fonti di *big data* in salute e garantirne la qualità e la sicurezza (raccomandazione 3 sulle fonti di dati); promuovere l'uso e la condivisione aperti dei *big data* nella sanità senza compromettere i diritti dei pazienti alla privacy e alla riservatezza (raccomandazione 4 sulla condivisione aperta di dati e dati); aumentare l'applicazione mirata dell'analisi dei *big data* sulla salute in base alle esigenze e agli interessi delle parti interessate, inclusi i pazienti (raccomandazione 5 su applicazioni e scopi); identificare i potenziali dell'analisi dei *big data*, migliorare i metodi analitici e facilitare l'uso di metodi analitici nuovi e innovativi (raccomandazione 6 sull'analisi dei dati); attuare meccanismi di governance per garantire un accesso sicuro e equo e l'uso dei *big data* per la ricerca in sanità (raccomandazione 7 sulla governance dell'accesso e dell'uso dei dati); sviluppare *standard* per i *big data* in sanità per migliorare e semplificare la sua applicazione e migliorare l'interoperabilità (raccomandazione 8 sugli *standard*); garantire investimenti mirati guidati dalla Commissione europea per garantire l'economicità e la sostenibilità (raccomandazione 9 sui finanziamenti e le risorse finanziarie); chiarire e allineare la normativa vigente e sulla *privacy* dei *big data* nella salute (raccomandazione 10 sugli aspetti legali e sui regolamenti sulla *privacy*).

21 Per verificare una delle possibili utilizzazioni dei *big data* sanitari, si può qui richiamare il caso verificatosi negli Stati Uniti nel 2009 e relativo al *virus* influenzale H1-N1, studiato da diversi Autori i cui lavori sono stati raccolti in Ginsburg et al., *Detecting Influenza Epidemics Using Search Engine Query Data*, in 457 *Nature* (2009), pp. 1012 ss.; nonché da Dugas et al., *Google Flu Trend: Correlation with Emergency Department Influenza Rates and Crowding Metrics*, *CID Advanced Access*, 8 gennaio 2012; Lazer-Kennedy-King-Vespignani, *The parable of Google flu: Traps in big data analysis*, in 343 *Science* (2014), p. 1203 ss. Gli ingegneri di Google erano stati capaci di prevedere la diffusione della classica influenza invernale negli U.S.A., sia a livello federale sia a livello dei singoli Stati, attraverso l'elaborazione dell'oggetto di più di tre miliardi di *query*. Gli ingegneri, dopo una prima analisi dei dati, hanno correlato i dati relativi alla frequenza di determinate *queries* in un dato territorio con i dati ufficiali sulla diffusione dell'influenza invernale nel 2007 e nel 2008 – trasmessi dalle autorità sanitarie pubbliche, cioè i *Centers for Disease Control and Prevention* (*Cdc*) – ottenendo dei risultati imprevedibili. Il *software* ha scoperto una combinazione di quarantacinque parole-chiave che, quando venivano utilizzate insieme in un modello matematico, facevano sorgere una forte correlazione tra le previsioni sulla diffusione dell'influenza risultanti dalla loro analisi e i dati ufficiali relativi all'intero territorio nazionale dei *Cdc*, che quella influenza avevano registrato davvero. Queste correlazioni erano capaci di dire in quale zona fosse scoppiata l'influenza, proprio facendo riferimento alla ricorrenza di ricerche su Google di determinate parole-chiave da parte degli utenti e, quindi, di capire in tempo reale dove si fosse propagata, a differenza dei dati dei *Cdc*, che avevano ricostruito tutta la dinamica di diffusione con almeno due settimane di ritardo. L'amministrazione sanitaria statunitense, infatti, nel 2009, allo scoppio dell'epidemia di H1N1, utilizzò in maniera proficua proprio queste metodologie e fu in grado di intervenire tempestivamente e di arginare l'epidemia influenzale sul territorio statunitense.

terne studiare la disciplina specialmente sul piano del regime circolatorio e, dunque, dell'idoneità a fungere da strumento di finanziamento di un'attività produttiva.

Il dato sanitario è, anzitutto, un dato[22] riconducibile alla *species* dei dati personali[23], e cioè ad ogni informazione appartenente alla persona o ad ogni fenomeno e accadimento specificamente riferibile a un individuo tipicamente suscettibile di misura e analisi da parte di un'impresa computazionale[24].

Da ciò discende che, alla base dei problemi che ci si è prefissati di affrontare, vi è un conflitto tra l'interesse dell'impresa computazionale ad appropriarsi (*rectius*, usufruire) del dato quale *input* per poterlo elaborare ed utilizzare per la fornitura di servizi più evoluti e personalizzati ovvero per rivenderlo e, dall'altra parte, l'interesse dei soggetti i cui dati personali divengono oggetto di trattamento e circolazione alla riservatezza e, eventualmente, a poter partecipare al profitto ottenuto.

---

[22] Cfr. art. 2, par. 1, n. 6, lett. *a*) e *b*), direttiva 2019/1024/UE, nonché, artt. 1, par. 1 e 2, n. 3, direttiva 2003/98/CE. I termini "dato" (pubblico) e "informazione" (pubblica) possono essere utilizzati, pare, come sinonimi di "documento".
Come rilevato da Zeno-Zencovich, voce *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. IX, Torino, 1993, p. 420 ss., spec. pp. 420- 421, «[i]l termine informazione ha assunto nell'era contemporanea una molteplicità di significati spesso rilevanti per il giurista»: sotto un profilo contenutistico, essa può essere intesa come «qualsiasi dato rappresentativo della realtà che viene conservato da un soggetto oppure comunicato da un soggetto ad un altro»; sotto un profilo funzionalistico, in essa «si ricomprendono quelle attività di comunicazione al pubblico svolte da taluni mezzi, quali la stampa, la radio e la televisione». Infine, in un'accezione specialistica, «l'informazione integra un obbligo posto a carico di taluni soggetti quando entrano in rapporto con altri, come avviene nelle trattative contrattuali o nella presentazione di beni o servizi oggetto di rapporti giuridici».

[23] Così come definito dall'art. 4, punto 1, del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati o *General Data Protection Regulation*, c.d. *GDPR*): «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ("interessato"); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo *online* o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale». E tale nozione è in linea con quanto disposto dai consideranda 26 e 30 del *GDPR*.
Per Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 16, «il dato deve evidentemente corrispondere a "qualsiasi entità osservabile"».

[24] Sono perciò considerati dati personali non solo l'indirizzo IP, il nome di dominio, i cc.dd. *cookie* (gli indirizzi IP non sono, in genere, direttamente identificabili dai motori di ricerca, ma tale identificazione può avvenire, secondo il Parere dell'Autorità Garante della *privacy* n. 1/2018, 9, con l'ausilio di terzi quali i fornitori di accesso alla rete. Inoltre, la disposizione a tutela dei dati personali dettata dall'art. 5, par. 3 della direttiva 2002/58 relativa ai *cookie* si applica a qualsiasi servizio che si avvalga di tali tecniche) ma, secondo Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., pp. 94-95, nt. 6, anche «una serie ampia di dati e misurazioni relativi a fenomeni o ad accadimenti riconducibili a una persona identificata o identificabile sia nel mondo *on line* che *off line*».
Cfr., sul punto, *ex multis*, Corte Giust., 19 ottobre 2016, causa C-582/14, caso "*Breyer*", ove si è considerato dato personale un indirizzo di protocollo internet dinamico registrato da un fornitore di servizi di media *on line* in occasione della consultazione, da parte di una persona, di un sito *internet*.

Guardando all'evoluzione della disciplina relativa al riutilizzo dei dati del settore pubblico, si può notare come il legislatore – tanto comunitario quanto nazionale –, sin dal principio, non abbia mai preso partitamente in considerazione la fattispecie "*big data*"[25], ciò che produce precipitati in punto di disciplina di non poco momento.

Procedendo per gradi, si può notare come prima della rifusione della direttiva *PSI*[26] ad opera della direttiva (UE) 2019/1024 sull'apertura dei dati e sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico[27], il bilanciamento tra i due diversi interessi

[25] Come anche suggerito in termini diversi da Surblytè, *Data as a Digital Resource*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 16-12*, 2016.

[26] Tra le diverse iniziative intraprese dalla Comunità europea prima dell'emanazione della direttiva 2003/98/CE meritano qui di essere ricordate:
i) la decisione 88/524/CEE del Consiglio del 26 luglio 1988 (in GUCE L 288/39 del 21 ottobre 1988), nella quale il Consiglio decise la creazione di un mercato dei servizi dell'informazione, inteso come obiettivo essenziale della strategia globale comunitaria;
ii) le «*Linee direttrici per il miglioramento della sinergia tra i settori pubblico e privato nel mercato dell'informazione*», emanate dalla Commissione europea il 26 luglio 1989, nelle quali viene affermata, parafrasando Fantigrossi, *I dati pubblici tra Stato e mercato*, in *Amministrare*, 2007, p. 277 ss., in part., p. 277, «la linea d'azione nell'ambito della quale trova spazio l'affermazione fondamentale che i dati emanati dal settore pubblico devono essere messi a disposizione delle imprese private per la costituzione di banche dati e la commercializzazione di servizi informativi c.d. "a valore aggiunto"». così. Sul citato documento cfr. inoltre, Cascione, *Il riutilizzo dell'informazione*, in *Dir. inf.*, 2005, p. 1 ss., spec. pp. 9-10, la quale rileva che tale iniziativa della Commissione non ebbe l'eco sperato;
iii) nel 1999, poi, la Commissione europea presentava un Libro verde («*L'informazione del settore pubblico: una risorsa fondamentale per l'Europa. Libro verde sull'informazione del settore pubblico nella società dell'informazione*», COM (1998) 585 def., 20 gennaio 1999), «in cui – ancora con le parole di Fantigrossi, *ibidem* – si paventava lo svantaggio competitivo nel settore rispetto all'economia d'oltre oceano e si sottolineava come andasse colto il potenziale economico di queste informazioni, di provenienza pubblica»;
iv) la Strategia di Lisbona, delineata nelle Conclusioni del Consiglio europeo del 23 e 24 marzo 2000, nella quale veniva individuato un obiettivo strategico per il successivo decennio: la realizzazione della c.d. Società dell'informazione. Su tali aspetti cfr. Alberti, E-Society *e riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico. Disciplina comunitaria e riflessi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1237 ss., la quale osserva come la *E-Society* (o società dell'informazione o società digitale) sia una «materia poliedrica, il cui comune denominatore è l'utilizzo delle nuove tecnologie informatiche, per consentire all'Unione europea di affrontare la svolta epocale risultante dalla globalizzazione e dalle sfide presentate da una economia basata sulla conoscenza».

[27] Direttiva 2019/1024/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione pubblica che rappresenta la rifusione con modifiche della direttiva 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003, relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico (ISP o, nel suo acronimo inglese, *PSI*), già modificata dalla direttiva 2013/37/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, e che sarà abrogata, ai sensi dell'art. 19 della nuova direttiva, a decorrere dal 17 luglio 2021, termine entro il quale, ai sensi dell'art. 17, la prima dovrà essere recepita dagli Stati membri.
In Italia, invece, la materia del riutilizzo delle informazioni del settore pubblico è regolata dal d.lgs. n. 36/2006, recentemente modificato dal d.lgs. 18 maggio 2015, n. 102 (recante «*Attuazione della direttiva 2013/37/UE che modifica la direttiva 2003/98/CE, relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*», in GU n. 158 del 10 luglio 2015), con cui si è data attuazione alla direttiva 2013/37/UE (più in generale, sull'Agenda digitale e sulle recenti politiche di digitalizzazione in Italia cfr. Carloni, *Tendenze recenti e*

fosse sì preso in considerazione dal legislatore europeo il quale, però, guardava al dato come ad un monolite, in una prospettiva statica in cui a prevalere era la tutela della sfera personale del soggetto interessato al trattamento[28].

Opportunamente, recependo indicazioni provenienti dalla Commissione[29], la direttiva (UE) 2019/1024 ha enunciato ai considerando 3, 4 e 70 i principali obiettivi perseguiti con la modifica della direttiva *PSI* individuandoli, rispettivamente: A) nella possibilità di sfruttare appieno il potenziale dell'informazione del settore pubblico a vantaggio dell'economia e della società europee, per adeguare il quadro legislativo ai progressi delle tecnologie digitali, nonché per stimolare ulteriormente l'innovazione digitale, in particolare riguardo all'intelligenza artificiale, mediante: *i*) la concessione di un accesso in tempo reale ai dati dinamici attraverso mezzi tecnici adeguati; *ii*) l'aumento dell'offerta di dati pubblici preziosi a fini di riutilizzo, anche provenienti da imprese pubbliche, organizzazioni che svolgono attività di ricerca e organizzazioni che finanziano la ricerca; *iii*) il contrasto dell'emergere di nuove forme di accordi di esclusiva; *iv*) il ricorso a deroghe al principio della tariffazione a costi marginali; B) *i*) nell'agevolare la creazione di prodotti e servizi a contenuto informativo estesi all'intera Unione basati su documenti del settore pubblico e *ii*) promuovere l'effettivo uso, oltre i confini nazionali, dei documenti del settore pubblico, da un lato, da parte delle imprese private, in particolare delle PMI, per ricavarne prodotti e servizi a contenuto informativo a valore aggiunto e, dall'altro, da parte dei cittadini per facilitare la comunicazione e la libera circolazione delle informazioni.

Diversamente da quanto accade nel *GDPR*, regola generale diviene, dunque, la libertà d'accesso all'informazione, tanto, da un lato, per permettere l'approvvigionamento di *open data*[30] e lo svolgimento di attività economiche su di essi incentra-

nuovi principi della digitalizzazione pubblica, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 148 ss., il quale si sofferma, in particolare, sulle ragioni dell'ampio utilizzo in questi ultimi anni del termine "agenda", che – ad avviso dell'Autore – «coniuga l'idea di politiche con una precisa cadenza temporale, e quindi non astratte, ad una grande flessibilità contenutistica», con la conseguenza che le "agende" sono maggiormente «idonee ad ospitare, più che non "piani", "programmi", una serie di elementi tra loro a volte sostanzialmente slegati» (p. 149), e dal c.d. Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, sul quale cfr., per tutti, Ponti, *Il patrimonio informativo pubblico come risorsa. I limiti del regime italiano di riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 991 ss., spec., p. 995 ss.), all'interno del quale meritano particolare riguardo, ai fini della ricerca, gli artt. 50 (rubricato "*Disponibilità dei dati delle pubbliche amministrazioni*"), co. 1, e 52 (rubricato "*Accesso telematico e riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni*"), co. 1.

28 Dove per interessato deve intendersi, ai sensi del già richiamato art. 4, punto 1, *GDPR*, una persona fisica identificata o identificabile le cui informazioni siano soggette a trattamento dei dati personali.

29 Cfr. il considerando 3 della direttiva 2019/1024/UE.

30 Cfr. Finocchiaro-Ratti, Open data, *dati personali e dati anonimi nell'attuale scenario normativo*, in Olivieri-Falce (a cura di), Smart cities *e diritto dell'innovazione*, cit., p. 39 ss., spec. p. 40, «[l]'aggettivo *open* descrive dunque un paradigma di distribuzione e di circolazione del dato, reso accessibile in rete e liberamente utilizzabile da cittadini e imprese. Il dato che circola liberamente costituisce la linfa della cosiddetta *smart city* (comunità intelligente), poiché forma un patrimonio che permette di elaborare informazioni relative a

te[31], quanto, dall'altro, alla luce del principio di libertà di espressione[32], tutto ciò, però, nel rispetto dei principi di lealtà, di limitazione della finalità del trattamento, del libero consenso o di esistenza di altra legittima base giuridica prevista dalla legge[33].

Sebbene quanto appena detto riguardi il "dato" in sé e pur mancando tanto nella nuova direttiva *PSI* quanto nel *GDPR* ogni riferimento ai *big data* – fattispecie che, probabilmente, differendo dalla prima sul piano assiologico, meriterebbe un'attenzione diversa da parte del legislatore[34] –, non v'è chi non veda come il sistema mostri non pochi segnali di apertura nel senso di voler promuovere e incentivare[35] il loro

settori diversi, come la sanità, l'educazione o la sicurezza, e di agire con maggior tempismo e consapevolezza. Il dato aperto, dunque, è necessario all'azione "intelligente" che caratterizza la *smart city*».

Il concetto di *open data* è ricavabile, ai presenti fini, dal considerando 16 della direttiva, ove si legge che «[i]l concetto di apertura dei dati si intende generalmente riferito a dati in formati aperti che possono essere utilizzati, riutilizzati e condivisi liberamente da chiunque e per qualsiasi finalità» e che «[s]i incoraggiano pertanto gli Stati membri a promuovere la creazione di dati basati sul principio dell'"apertura fin dalla progettazione e per impostazione predefinita", con riferimento a tutti i documenti che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva».

31 Cfr. il considerando 8.

32 Cfr. il considerando 5: «[l]'accesso all'informazione è un diritto fondamentale».

33 Cfr. il considerando 6: «[l]'articolo 8 della Carta garantisce il diritto alla protezione dei dati di carattere personale e stabilisce che tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate, in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge, e sotto il controllo di un'autorità indipendente».

34 Si potrebbe riproporre qui quanto è stato affermato in punto di atto e attività o, ancor più, dei singoli beni e dell'azienda da Castellano, *La fattispecie impresa*, in Castellano-Vessia (a cura di), *Corso di diritto commerciale 1. Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, Torino, 2015, pp. 69 ss. e Vessia, *L'azienda*, in Castellano-Vessia (a cura di), *ivi*, p. 190 e cioè che «[a] ben vedere l'azienda è una realtà complessa che opera su due diversi livelli tra loro non riducibili: il livello atomistico dei singoli beni rispetto ai quali ci può essere una certa disciplina specifica e diversa per ciascun bene – relativamente alla forma dell'atto di trasferimento, alle formalità per l'opponibilità ai terzi (trascrizione nei registri immobiliari piuttosto che atto scritto avente data certa), o al procedimento di esecuzione forzata mobiliare, immobiliare o di crediti –; e un diverso livello unitario, comprensivo dell'intero complesso dei beni, quando essi sono funzionalmente destinati all'esercizio di un'attività economica. Questi due livelli riproducono, *mutatis mutandis*, l'alterità che è anche coesistenza dell'atto all'interno dell'attività d'impresa e cioè riproduce il binomio atto-attività».

Tentando di spiegarsi meglio, gli interessi inerenti al dato considerato in una prospettiva statica attengono, in prevalenza, alla tutela di un diritto della persona (riservatezza, *privacy*, etc.), mentre guardando al dato aggregato, e quindi ai *big data*, il primario interesse coinvolto è quello alla produzione di nuovo valore. Si propone, dunque, in altre vesti la coppia dicotomica conservazione-mobilizzazione della ricchezza. Sul punto, gli Autori appena citati hanno osservato che «[l]e diverse esigenze del sottosistema delle obbligazioni a seconda del suo essere strumentale al diritto di proprietà o dell'agire economico si sintetizzano nella diversa prevalenza dell'uno sull'altro dei due obiettivi che ritroviamo nella coppia conservazione-mobilizzazione della ricchezza.

Il passaggio dall'uno all'altro degli obiettivi in parola coinvolge il mutamento di strutture logiche e assiologiche del sistema. Si pensi, per esempio, al diverso valore che assume il "terzo" a seconda che ci si prefigga l'obiettivo di favorire la conservazione della ricchezza o la sua circolazione».

35 Sulla funzione promozionale del diritto e, in particolare, sulle "sanzioni positive" nel quadro di una teoria funzionalista del diritto, sarà qui sufficiente citare Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria*

utilizzo non solo nell'ambito di attività d'impresa, ma in ogni contesto della vita sociale.

Si pensi, in prima battuta, all'ampliamento – ad opera del nuovo art. 1 della direttiva *PSI*, ma già illustrato dal considerando 25 – del bacino soggettivo di applicazione della direttiva sul riutilizzo dei dati pubblici ed alla sua estensione, a differenza di quanto accadeva nella precedente formulazione, alle imprese pubbliche[36]. Criterio di applicazione diventa, così, l'esecuzione di servizi pubblici di interesse generale da parte di imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli artt. da 8 a 14 della direttiva 2014/25/UE, nonché dalle imprese pubbliche che agiscono in qualità di operatori di servizio pubblico a norma dell'articolo 2 del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dalle imprese pubbliche che agiscono in qualità di vettori aerei che assolvono oneri di servizio pubblico a norma dell'articolo 16 del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, e dalle imprese pubbliche che agiscono in qualità di armatori comunitari che assolvono obblighi di servizio pubblico a norma dell'articolo 4 del regolamento (CEE) n. 3577/92 del Consiglio.

Si pensi poi all'art. 6 della direttiva *PSI*, il quale enuncia oggi il principio generale della gratuità del riutilizzo dei dati del settore pubblico, pur prevedendo che possa essere autorizzato il recupero dei costi marginali sostenuti per la riproduzione, messa a disposizione e divulgazione dei documenti, nonché per l'anonimizzazione di dati personali o per le misure adottate per proteggere le informazioni commerciali a carattere riservato. Il par. 2, lett. *c*), prevede poi che il par. 1 non si applichi alle imprese pubbliche e il par. 4 dispone che in tali casi l'importo totale delle tariffe sia calcolato in base a criteri oggettivi, trasparenti e verificabili stabiliti dagli Stati membri[37]. Inoltre, «il totale delle entrate ricavate dalla fornitura e dall'autorizzazione al

del diritto, Roma-Bari, 2007, *passim*, ma spec. pp. 3 ss. e 21 ss.

36 Sebbene il considerando 26 specifichi poi che «[l]a presente direttiva non prescrive un obbligo generale di consentire il riutilizzo dei documenti prodotti dalle imprese pubbliche. La decisione di autorizzare o meno il riutilizzo dovrebbe spettare all'impresa pubblica interessata, salvo diversamente disposto dalla presente direttiva o dal diritto dell'Unione o nazionale. Solo dopo aver reso disponibile un documento per il riutilizzo, l'impresa pubblica dovrebbe rispettare i pertinenti obblighi di cui ai capi III e IV della presente direttiva, in particolare per quanto riguarda i formati, l'addebito di una tariffa, la trasparenza, le licenze, la non discriminazione e il divieto di accordi di esclusiva. Le imprese pubbliche non dovrebbero peraltro essere tenute a rispettare le prescrizioni di cui al capo II, quali le norme applicabili al trattamento delle richieste».

37 Da una lettura sistematica dei consideranda 37, 38, 39 e 40 della direttiva si evince come: *i*) l'utile sugli investimenti possa essere inteso come una percentuale, oltre ai costi marginali, che consente il recupero dei costi di capitale e l'inclusione di un tasso reale di rendimento. Dato che i costi di capitale sono strettamente collegati ai tassi di interesse degli istituti di credito, che a loro volta si basano sul tasso fisso della Banca centrale europea (BCE) sulle operazioni di rifinanziamento principale, l'utile ragionevole sugli investimenti non dovrebbe superare del 5 % il tasso d'interesse fisso della BCE; con riferimento alle biblioteche, comprese le biblioteche universitarie, i musei e gli archivi, tali istituzioni dovrebbero poter imporre corrispettivi superiori ai costi marginali per non ostacolare il proprio normale funzionamento. Nel caso di detti enti pubblici il totale delle entrate provenienti dalla fornitura e dall'autorizzazione al riutilizzo dei documenti in un periodo contabile adeguato non dovrebbe superare i costi di raccolta, produzione, riproduzione, diffu-

riutilizzo dei documenti in un periodo contabile adeguato non potrà superare i costi della raccolta, produzione, riproduzione, diffusione e archiviazione dei dati, maggiorati di un utile ragionevole sugli investimenti, e – ove applicabile – di anonimizzazione di dati personali e delle misure adottate per proteggere le informazioni commerciali a carattere riservato. Le tariffe sono calcolate conformemente ai principi contabili applicabili»[38].

E ancora, altro principio di carattere generale introdotto dalla recente modifica della direttiva *PSI* è quello, sancito dall'art. 8 e dal considerando 44, secondo i quali il riutilizzo dei documenti «non è soggetto a condizioni, a meno che tali condizioni non siano obiettive, proporzionate, non discriminatorie e giustificate sulla base di un obiettivo di interesse pubblico»[39].

In definitiva, gli enti pubblici raccolgono, producono, riproducono e diffondono dati in adempimento dei loro compiti di servizio pubblico o allo scopo di fornire servizi di interesse generale[40]; quando tali dati vengano utilizzati per motivi diversi

sione, conservazione e gestione dei diritti, maggiorati di un utile ragionevole sugli investimenti. Ove applicabile, dovrebbero essere compresi nel costo ammissibile anche i costi di anonimizzazione di dati personali o informazioni commerciali a carattere riservato. Per le biblioteche, comprese le biblioteche universitarie, i musei e gli archivi, tenendo conto delle loro peculiarità, nel calcolare l'utile ragionevole sugli investimenti possono essere presi in considerazione i prezzi praticati dal settore privato per il riutilizzo di documenti identici o simili; *iii*) i limiti massimi per i corrispettivi di cui alla presente direttiva non pregiudicano il diritto degli Stati membri di imporre costi inferiori o di non imporne affatto; *iv*) sono gli Stati membri a stabilire i criteri per l'addebito di corrispettivi superiori ai costi marginali. Per esempio, essi dovrebbero poter stabilire tali criteri nelle normative nazionali o designare un organismo o gli organismi, diversi dall'ente pubblico in questione, competenti a stabilire detti criteri. Tale organismo dovrebbe essere organizzato in conformità dei sistemi costituzionali e giuridici degli Stati membri. Potrebbe trattarsi di un organismo esistente dotato di poteri esecutivi e di bilancio posto sotto responsabilità politica.

38 Ciò in conseguenza di quanto espresso dal considerando 36 della direttiva ove, in considerazione del fatto che «[l]e tariffe per il riutilizzo dei documenti costituiscono un'importante barriera all'ingresso nel mercato per le start-up e le PMI», si stabilisce il principio di tendenziale gratuità dell'accesso ai documenti ovvero, qualora sia necessario un corrispettivo in denaro, l'opportunità che questo sia limitato ai costi marginali. Tali principi subiscono una deroga in tutti i casi previsti dallo stesso considerando 36, al quale si rinvia.

39 Tuttavia, come specificato dal considerando 44 e riportato nell'art. 8, in alcuni casi giustificati da un obiettivo di pubblico interesse, può essere rilasciata una licenza che impone al suo titolare condizioni di riutilizzo riguardanti questioni quali la responsabilità, la protezione dei dati di carattere personale, l'uso corretto dei documenti, la garanzia di non alterazione e la citazione della fonte. Se gli enti pubblici autorizzano su licenza il riutilizzo di documenti, le relative condizioni dovrebbero essere oggettive, proporzionate e non discriminatorie. In tale contesto può rivelarsi importante anche la disponibilità *online* di licenze *standard*. Gli Stati membri dovrebbero pertanto provvedere a che siano disponibili licenze *standard*. Le eventuali licenze per il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico dovrebbero comunque imporre il minor numero possibile di restrizioni al riutilizzo, limitando, per esempio, le restrizioni all'indicazione della fonte.

40 In verità, l'obbligo generalizzato per le pubbliche amministrazioni e gli organismi di diritto pubblico di consentire il riutilizzo dei documenti da essi prodotti o detenuti, senza che gli stessi possano decidere di consentire o meno tale riutilizzo, salvo diversa previsione normativa, era già stato previsto in Italia con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 102/2015.
In forza della previgente normativa comunitaria, il principio generale su cui si fonda il riutilizzo dei dati pubblici era stabilito all'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 36/2006, come modificato dal d.lgs. n. 102/2015, nel quale

si parlerà di riutilizzo e gli Stati membri dovranno attivarsi, ai sensi dell'art. 3 della direttiva *PSI*, «affinché i documenti cui si applica la presente direttiva in conformità dell'articolo 1 siano riutilizzabili a fini commerciali o non commerciali conformemente ai capi III e IV», a meno che l'accesso sia limitato o escluso ai sensi delle disposizioni nazionali sull'accesso ai documenti e fatte salve le altre eccezioni stabilite dalla direttiva, come ad esempio il conflitto con diritti di proprietà intellettuale[41].

Discorso a parte meritano, poi, i dati generati dalla ricerca. Sono le stesse Istituzioni europee a notare non solo come il volume di tali dati sia in crescita esponenziale, ma anche come esso presenti un potenziale di riutilizzo al di fuori della comunità scientifica[42]. Sarà pertanto necessario, al fine di poter far fronte alle crescenti sfide sociali, saper consultare, abbinare tra loro e riutilizzare dati provenienti da fonti diverse e attraverso vari settori e discipline. Il considerando 27 della direttiva 2019/1024 prevede per tali tipi di dati un regime di accesso aperto, «inteso come la pratica di fornire accesso *online* ai risultati della ricerca a titolo gratuito per l'utente finale e senza limitazioni di utilizzo e riutilizzo oltre la possibilità di esigere il riconoscimento dell'autore» e specifica, poi, come «[l]e politiche di accesso aperto sono in particolare volte ad assicurare ai ricercatori e al grande pubblico l'accesso ai dati della ricerca quanto prima possibile nel processo di diffusione nonché a facilitarne l'utilizzo e il riutilizzo. L'accesso aperto aiuta a migliorare la qualità, riduce la necessità di inutili duplicazioni delle attività di ricerca, accelera il progresso scientifico, contrasta le frodi scientifiche e in generale può favorire la crescita economica e l'innovazione. Oltre all'accesso aperto, si stanno compiendo lodevoli sforzi per garantire che la pianificazione della gestione dei dati diventi una pratica scientifica *standard* e per favorire la diffusione di dati della ricerca reperibili, accessibili, interoperabili e riutilizzabili (principio "FAIR")».

A tali tipologie di dati sono dedicati tanto l'art. 10 quanto il considerando 28 della direttiva *PSI*, sul presupposto che, per i motivi sopra esposti, sia opportuno fissare per gli Stati membri l'obbligo di adottare politiche di accesso aperto in rela-

si prevedeva che «[l]e pubbliche amministrazioni e gli organismi di diritto pubblico provvedono affinché i documenti cui si applica il presente decreto legislativo siano riutilizzabili a fini commerciali o non commerciali secondo le modalità previste dal medesimo decreto». Tale obbligo, poi riproposto nella direttiva 2019/1024/UE era stato chiaramente affermato già nella direttiva 2013/37/UE, in cui si rilevava la necessità di «modificare la direttiva 2003/98/CE affinché stabilisca in modo chiaro l'obbligo per gli Stati membri di rendere riutilizzabili tutti i documenti a meno che l'accesso sia limitato o escluso ai sensi delle disposizioni nazionali sull'accesso ai documenti e fatte salve le altre eccezioni stabilite nella presente direttiva». L'art. 3 della direttiva 2003/98/CE, come modificato dalla direttiva 2013/37/UE, cristallizzava il principio generale in questione, prevedendo che «gli Stati membri provvedono affinché i documenti cui si applica la presente direttiva in conformità dell'articolo 1 siano riutilizzabili a fini commerciali o non commerciali».

41 Cfr. sul punto i consideranda 20 e 23.

42 Il considerando 27 della direttiva *PSI* qualifica in via esemplificativa come dati della ricerca: le statistiche, i risultati di esperimenti, le misurazioni, le osservazioni risultanti dall'indagine sul campo, i risultati di indagini, le immagini e le registrazioni di interviste, oltre a metadati, specifiche e altri oggetti digitali. I dati della ricerca sono, poi, diversi dagli articoli scientifici, in cui si riportano e si commentano le conclusioni della ricerca scientifica sottostante.

zione ai dati della ricerca finanziata con fondi pubblici e di garantire che tali politiche siano attuate da tutte le organizzazioni che svolgono, oltre che da quelle che finanziano, attività di ricerca, per tali intendendosi anche enti pubblici o imprese pubbliche. La predetta direttiva si applica, però, a tali organizzazioni ibride solo nella loro qualità di organizzazioni che svolgono attività di ricerca e ai loro dati della ricerca.

È però generalmente prevista una serie di deroghe alle politiche di accesso aperto – i cui elementi rilevanti sono descritti dalla raccomandazione della Commissione del 25 aprile 2018 sull'accesso all'informazione scientifica e sulla sua conservazione – e, perciò, alla messa a disposizione dei risultati della ricerca scientifica.

Si è inoltre riconosciuto come fosse opportuno migliorare le condizioni di riutilizzo di determinati dati della ricerca sicché, di nuovo in forza del già richiamato art. 10, alcuni obblighi derivanti dalla direttiva sono stati estesi ai documenti e alle informazioni derivanti da attività di ricerca scientifica sovvenzionate con fondi pubblici o cofinanziate da soggetti del settore pubblico e privato.

A tal proposito occorre specificare che la citata norma fissa come opzione predefinita, nell'ambito delle politiche nazionali di accesso aperto, la libera utilizzabilità dei dati della ricerca finanziata con fondi pubblici, ma opera un bilanciamento con interessi legati alla riservatezza della vita privata, alla protezione dei dati personali, alla sicurezza nazionale, ai legittimi interessi commerciali (come i segreti commerciali, e diritti di proprietà intellettuale di terzi[43]), in conformità con il principio "il più aperto possibile, chiuso il tanto necessario"[44].

3. Tracciato il quadro normativo sul riutilizzo dei *big data* in possesso della P.A. e prima di poter passare ad una ricostruzione dettagliata della disciplina applicabile

[43] Il considerando 54 prevede, difatti, che «[l]a presente direttiva non incide sui diritti di proprietà intellettuale dei terzi. Per evitare equivoci, con i termini "diritti di proprietà intellettuale" si indicano esclusivamente il diritto d'autore e i diritti connessi, comprese le forme di protezione *sui generis*. La presente direttiva non si applica ai documenti soggetti a diritti di proprietà industriale, quali brevetti, disegni e modelli registrati e marchi. La direttiva lascia impregiudicate l'esistenza o la titolarità di diritti di proprietà intellettuale da parte degli enti pubblici e non limita in alcun modo l'esercizio dei diritti al di là di quanto da essa stabilito».

[44] Il considerando 28 prevede poi che i dati della ricerca che sono esclusi dall'accesso per motivi di sicurezza nazionale, difesa o sicurezza pubblica non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva e che, al fine di evitare oneri amministrativi, gli obblighi derivanti dalla direttiva dovrebbero applicarsi soltanto ai dati della ricerca che sono già stati resi pubblici da ricercatori, organizzazioni che svolgono attività di ricerca o organizzazioni che finanziano la ricerca, attraverso una banca dati gestita a livello istituzionale o su base tematica, e non dovrebbero imporre costi aggiuntivi per il recupero delle serie di dati o necessitare un'ulteriore conservazione dei dati. Si è altresì auspicato che gli Stati membri possano estendere l'applicazione della direttiva *PSI* ai dati della ricerca resi pubblici tramite infrastrutture di dati diverse dalle banche dati, tramite pubblicazioni ad accesso aperto, sotto forma di un file allegato a un articolo, un articolo relativo a dati della ricerca o un articolo pubblicato in una rivista di dati, e che i documenti diversi dai dati della ricerca dovrebbero continuare a essere esclusi dall'ambito applicativo della direttiva.
Per l'applicazione operativa di quanto dettato dal considerando 28, cfr. il considerando 32 (tradotto negli artt. 5 e 9 della direttiva).

ai dati sanitari – in una prospettiva *de iure condito*, ma, soprattutto, *de iure condendo* –, è necessario analizzare il regime di appartenenza dei dati personali[45], e così, a monte, la loro qualificazione giuridica[46], per poi verificare i principi che ne regolano la circolazione.

In via preliminare, si potrebbe anzitutto sostenere che, sul piano della fattispecie, il diritto sui dati personali sia riconducibile a un paradigma profondamente differente rispetto a quello delle opere dell'ingegno, delle banche dati o del segreto (e, cioè, di altri beni immateriali): non si tratta di un regime di tutela ad essi dedicato rispetto al quale individuare, ad alcune condizioni, un'interferenza con l'attività di estrazione e trattamento computazionale; il diritto interviene invece specificamente a tutelare il dato che costituisce, di per sé, un bene immateriale e che, sulla base di un'accezione ampia di trattamento assunta dal *GDPR*, include certamente, fra le attività riservate, il trattamento computazionale dei dati[47].

Volendo cercare un referente normativo nel diritto positivo per la ricostruzione di una disciplina congrua rispetto alla condizione dell'interessato al trattamento computazionale si potrebbe fare riferimento alle norme dettate per il trattamento dei dati personali per fini statistici, per il quale il legislatore comunitario detta una disciplina speciale rivolta a contenere i costi di transazione di cui deve farsi carico il titolare del trattamento[48]. Tuttavia, osserva correttamente un Autore che l'attività dell'impresa computazionale va ascritta all'ordinario trattamento dei dati, che nes-

[45] Oggetto, a differenza degli attributi della personalità, di una regolazione specifica. Cfr. sul punto Ubertazzi, *Riservatezza informatica e industria culturale*, in *AIDA*, 1997, p. 530 ss.; Id., *I diritti d'autore e connessi*, Milano, 2003, *passim*; Resta, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, *passim*.

[46] Sulla configurabilità delle "informazioni" (e, perciò, dei dati) come "beni" in senso giuridico si rinvia a Zeno-Zencovich, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. IV, Torino, 1989, p. 438 ss., spec. p. 453 ss.; Perlingieri, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 326 ss.; Pardolesi-Motti, *L'informazione come bene*, in De Nova-Inzitari-Tremonti-Visentini (a cura di), *Dalle* res *alle* new properties, Milano, 1991, p. 37 ss.

[47] Sul punto cfr. anche Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 93 ss.

[48] Cfr. il considerando 162 del *GDPR*, il quale prevede che «qualora i dati personali siano trattati per finalità statistiche, il presente regolamento dovrebbe applicarsi a tale trattamento».
Si è in particolare osservato che, in virtù degli artt. 5, par. 1, lett. *b*) e 32, par. 1, lett. *a*) del GDPR (rispettivamente, per quanto qui interessa: «[i] dati personali sono: […] raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali ("limitazione della finalità")» e «[…] il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento mettono in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio, che comprendono, tra le altre, se del caso: *a*) la pseudonimizzazione […]»): *i*) il trattamento statistico è considerato sempre un trattamento compatibile con gli scopi originari, sicché il titolare non deve ottenere un nuovo titolo per il nuovo utilizzo; *ii*) l'adozione di una mera pseudonimizzazione è ritenuta una misura tecnica ed organizzativa adeguata; *iii*) infine, è previsto, per tale uso, la facoltà per gli Stati di derogare alla tutela di alcuni diritti dell'interessato. Evidentemente la riconduzione nella definizione di usi statistici anche dell'attività dell'impresa computazionale comporterebbe per quest'ultima l'applicazione del predetto regime di favore.

suna disciplina speciale è prevista per questo trattamento e che, peraltro, le norme sull'utilizzo statistico sono improntate a obiettivi differenti da (ed insuscettibili di essere interpretati analogicamente rispetto a) quelli delle fattispecie cui si sta dedicando attenzione, e ciò a *fortiori* operando una lettura teleologico-sistematica delle citate norme. Sicché, in definitiva, l'uso statistico e quello computazionale rappresentano due ambiti separati riconducibili a regimi di trattamento distinti[49].

In dottrina sono state allora prospettate due tesi contrapposte: *i*) secondo una prima impostazione, gli attributi della personalità, e così anche la tutela della *privacy* (*rectius*, dei dati personali), andrebbero ricondotti nel bacino assiologico dei diritti della personalità[50], sicché ad essi andrà applicata la disciplina propria dei secon-

Per gli argomenti che potrebbero condurre a una ricostruzione del rapporto tra trattamento computazionale e statistico come di *genus* a *species* cfr. Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., pp. 98-99.

49 Cfr. Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., pp. 99-100.

50 In generale, sulle origini della configurazione dei diritti della personalità cfr. Cassano-Soriano, *I diritti della personalità: dall'*actio iniuriarum *alle banche dati*, in *Vita not.*, 1998, p. 481 ss.; Bonetta, *I limiti della riparazione del danno nel settore della violazione dei diritti fondamentali della personalità*, in Ponzanelli (a cura di), *La responsabilità civile. Tredici variazioni sul tema*, Padova, 2002, p. 67 ss.
Le tesi sul punto sono, fondamentalmente, due: *i*) secondo una prima impostazione (cfr. Prins, *Property and privacy: european perspectives and the commodification of our identity*, in *Information Law Series*, 2006, 16, p. 223 ss.; Pizzetti, Privacy *e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, II, Torino, 2016, p. 1 ss.; Thiene, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo regolamento europeo*, in *Nuov. leggi civ. comm.*, 2017, p. 411 ss.), i diritti sui dati personali sarebbero diritti della personalità; all'interno di questo filone, c'è poi chi (Drexl, *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 16-13*, 2016; Zech, *Data as tradeable commodity*, in De Franceschi (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, *Intersentia*, Cambridge, 2016) ha escluso la riconduzione della materia a quella dei diritti esclusivi e considerato la stessa quale espressione della disciplina dei diritti della personalità, improntata all'interesse preminente di tutela (non della riservatezza ma) della personalità dell'individuo. L'A. ritiene che la disciplina dei dati personali non costituisca una base sufficiente a individuare un'appartenenza economica del dato personale, poiché tale tutela non sarebbe riconosciuta in capo alla persona fisica per fini economici né si tratterebbe di un diritto assoluto (pp. 18-19).
In senso critico rispetto alla tesi appena esposta, osserva Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 107, nt. 40, che l'A. cita, al proposito, Samuelson, *Privacy as Intellectual Prosperty*, in *Stanford L Rev.*, 2000, 52, p. 1125 ss., il quale però, a ben vedere, «si riferisce alla disciplina statunitense da cui non si possono derivare corollari direttamente trasferibili al diritto europeo; cita inoltre il considerando 4 del Regolamento che però non pare escludere la qualificazione della tutela del dato personale quale diritto assoluto, ma piuttosto afferma che questo gode di una protezione da bilanciare con altri diritti secondo il principio di proporzionalità: principio non incompatibile con la natura proprietaria della posizione soggettiva; l'Autore esclude che la disciplina sui dati personali costituisca un regime di appartenenza anche economica e così deriva come corollari sia la possibilità di riconoscere un sistema parallelo ed ulteriore di diritti (questa volta di natura patrimoniale) sia l'estraneità della disciplina dei dati personali sia rispetto alla valutazione di interessi economici sia rispetto alla possibilità di interpretare teologicamente alcune norme in funzione dell'interesse alla circolazione economica dei dati». Secondo Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 50, tali situazioni giuridiche soggettive, relative ad attributi essenziali della personalità di un soggetto, non hanno carattere immediatamente patrimoniale e sono inalienabili ed imprescrittibili;

di[51]; *ii*) altra (preferibile) tesi, invece, riconduce la disciplina dei dati personali al sistema dei diritti esclusivi di natura patrimoniale e la qualifica come uno dei sistemi che conformano la circolazione dell'immateriale. Tale conclusione permette di fornire interpretazioni più congrue[52] rispetto agli interessi coinvolti dalla tematica dell'uso e del riuso dei *big data*, attribuendo rilievo giuridico, nel loro bilanciamento, anche a quelli dell'impresa[53], e consente inoltre di rimettere alle decisioni decen-

ii) alcuni Autori hanno tuttavia evidenziato la possibilità di mettere in dubbio i caratteri di non patrimonialità, indisponibilità e imprescrittibilità, cfr., per una bibliografia completa, Alpa-Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 2006, p. 572; nel senso di cui si è appena detto, cfr. Bessone, *Segreto della vita privata e garanzia della persona*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, p. 1152; Dogliotti, *I diritti della personalità: questioni e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 657 ss.; Vercellone, *Diritti della personalità e* rights of publicity, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 1995, p. 1163 ss.; nel senso che il diritto sui dati personali possa essere qualificato come nuova tipologia di diritto della personalità cfr. Mirabelli, *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 313 ss., spec. p. 323; Zeno-Zencovich, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium Iuris*, 1997, p. 467 ss.

51 In primo luogo, in ragione dell'extrapatrimonialità degli attributi della persona, anche i dati personali sarebbero assoggettati ad una regola di indisponibilità assoluta; inoltre, la patrimonializzazione dei medesimi, emersa indiscutibilmente nell'economia dell'immateriale, sarebbe relegata alla categoria del mero fatto (cfr. Alpa-Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 2006, p. 644) e così il consenso prestato nell'ambito di rapporti apparentemente contrattuali dovrebbe essere qualificato non come meccanismo dispositivo ma delittuale, riconducibile al consenso dell'avente diritto o a un negozio unilaterale relativo all'esercizio del diritto (secondo Cass., 17 febbraio 2004, n. 3014, in *La resp. civ.*, 2004, II, p. 112, «il consenso di cui si tratta costituisce un negozio unilaterale (come è pacifico in giurisprudenza e dottrina) che non ha a oggetto il diritto personalissimo ed inalienabile – all'immagine, ma solo il suo esercizio»), con l'ulteriore conseguenza che potranno sempre operare tanto la regola di revocabilità *ad nutum*, quanto quella di irrinunciabilità del diritto di revoca.
Potrebbe poi porsi l'interrogativo se tale qualificazione comporti anche l'inidoneità del consenso a legittimare l'ulteriore circolazione del dato a favore di un terzo avente causa: per Cogo, *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Torino, 2010, p. 152 ss., la regola limitativa discenderebbe dal principio di carattere generale secondo cui l'esercizio di un diritto della personalità è valido, ma opera soltanto a vantaggio della persona cui viene prestato; *contra* cfr. App. Milano 25 luglio 2003, in *AIDA*, 2004, p. 986 ss., nella quale il consenso all'utilizzo del proprio ritratto era stato considerato non solo a favore del primo destinatario ma anche del terzo. Secondo Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 108, nt. 44, però, «il principio non trov[a] applicazione in materia di dati personali in base (i) alla presenza nella disciplina considerata di norme tese a limitare (e pertanto implicitamente a consentire) la circolazione dei dati personali verso i terzi aventi causa del titolare del trattamento; (ii) all'interpretazione proposta nel presente lavoro, che riconosce nel diritto sui dati la tutela di un interesse patrimoniale, per cui sono certamente possibili delle limitazioni rispetto al paradigma ordinario dei diritti patrimoniali, ma non è di per sé possibile estendere in via interpretativa la regola appena citata in assenza di una espressa previsione normativa in tal senso».

52 Un esempio potrebbe essere quello proposto, ancora una volta, da Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., pp. 130-131, al quale si rinvia.

53 Secondo Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 130, «[l]a riconduzione di tali diritti alle norme di vertice che tutelano la proprietà consente poi di valorizzare, attraverso i relativi strumenti, non solo la persona fisica cui i dati si riferiscono, ma anche la posizione del licenziatario titolare del trattamento. Quest'ultimo non sarà così da intendersi quale mero destinatario di una scriminante, ma come titolare di un diritto assimilabile a quello di un licenziatario e così di un interesse patrimoniale qualificabile come *possession* ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 CEDU».

tralizzate dei titolari dei diritti la scelta dell'utilizzatore più efficiente (il c.d. titolare del trattamento) e la valutazione dei beni medesimi[54].

Le critiche mosse alla prima delle due tesi cui si è appena fatto cenno, che resta per certi versi anodina in merito all'inquadramento del rilievo patrimoniale di questi diritti, pongono l'accento tonico su come, in ogni caso, vi siano difficoltà ad aderire a una lettura "proprietaria" della tutela dei dati personali[55], e hanno il pregio di aver dato rilievo alla giurisprudenza che espressamente riconosce la natura contrattuale dei negozi relativi agli attributi della personalità, reputandola adeguata rispetto al c.d. "diritto vivente" e, perciò, alle esigenze di stabilità dei rapporti negoziali[56].

---

[54] In questo senso, cfr. dapprima Ubertazzi, *I diritti d'autore e connessi*, cit., p. 185, poi anche Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 111.

[55] Ciò dal momento che, a causa della presenza di significative limitazioni alla circolazione dei dati, del diritto di interrompere il flusso informatico tramite il rimedio dell'opposizione per motivi legittimi e del regime generale di revocabilità del trattamento, verrebbe ontologicamente negata la logica traslativa, presupposto fondamentale del paradigma dominicale.
Secondo Scognamiglio, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, in *Dir. inf.*, 1988, p. 1 ss., spec. p. 34 ss., poi, si potrebbe individuare una distinzione netta tra componente personalistica e componente patrimoniale, ed il momento contrattuale andrebbe ricondotto soltanto a quest'ultima, dovendosi escludere l'opportunità di deroghe alla disciplina generale del contratto ed avanzarsi, piuttosto, l'opportunità di un maggior rigore nella verifica della validità del negozio. Altra impostazione ancora riconduce il diritto sui dati personali non ai diritti della personalità quanto, piuttosto, allo schema dei diritti esclusivi di contenuto patrimoniale: sul punto cfr. Ubertazzi, *Riservatezza informatica e industria culturale*, cit., p. 530 ss.; Id., *I diritti d'autore e connessi*, Milano, 2003, pp. 137 e 146 il quale valorizza il fatto che (i) la disciplina della *privacy* protegga anche gli interessi delle persone giuridiche per le quali appare difficile utilizzare la qualificazione di diritti della personalità (argomento, quest'ultimo, proposto precedentemente alla modifica della disciplina che ha escluso dalla tutela della *privacy* i dati delle persone giuridiche) e che (ii) la disciplina della *privacy* ruoti attorno al criterio del consenso come condizione di utilizzazione di alcune tipologie di dati e informazioni, suggerendo con ciò che l'interesse protetto sia disponibile e pertanto di carattere patrimoniale. Il diritto del titolare a subordinare il trattamento dei dati personali al proprio consenso evidenzia una struttura proprietaria in senso civilisticamente atecnico: si tratta infatti di uno *ius escludendi alios* dalla utilizzazione. Si tratterebbe così di un diritto negativo assimilabile – almeno nella struttura – ai diritti di proprietà intellettuale piuttosto che ai diritti di proprietà sulle *res corporales* (sul punto cfr. Ubertazzi, *I diritti d'autore e connessi*, cit., p. 137).

[56] Nel caso degli altri attributi della personalità, la giurisprudenza pare aver posto mano a un processo di "patrimonializzazione mite": da un lato (come rilevato in Resta, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, cit., p. 38 ss.) arrivando ad affermare la disponibilità dei diritti attraverso il riconoscimento (i) di negozi ad efficacia obbligatoria e reale, (ii) della legittimazione del licenziatario esclusivo ad agire contro i terzi (v. Trib. Modena 11 agosto 1998, in *AIDA*, 1999, p. 548; Trib. Milano 24 giugno 1995, *ivi*, 1996, p. 541), (iii) della trasmissibilità *mortis causa* degli attributi della personalità (cfr. Resta, *L'oggetto della successione: i diritti della personalità*, in *Tratt. Bonilini*, *I, La successione ereditaria*, Milano, 2008, p. 729); dall'altro però, preservando la dimensione personalistica attraverso la revocabilità del consenso (l'A. appena citato esprime invece una lettura più favorevole a un sostanziale depotenziamento della revocabilità del consenso in materia di attributi della personalità, cfr. Alpa-Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, cit., pp. 562 e 632).

Non potendosi certo trarre argomenti utili ai fini della qualificazione dei dati personali dalla prassi negoziale[57], non resta che cercare di recepire le sollecitazioni ermeneutiche offerte dal sistema normativo vigente, chiarendo da subito che la finalità della disciplina sul trattamento dei dati nel *GDPR* – ma, si è visto, dell'ordinamento comunitario in quanto tale, così come dimostrano anche gli interventi di modifica alla direttiva *PSI* – è quella di agevolare, se non addirittura incentivare, la circolazione dei dati quali entità produttive di valore economico. I dati fungeranno così, in ultima istanza, da *input* della produzione per un numero indefinibile di nuove attività *data driven*.

Ed è proprio da una lettura sistematica dei due provvedimenti comunitari che emerge, da un lato, come il paradigma dogmatico improntato alla (statica) difesa dell'interessato al trattamento sia recessivo rispetto al contrapposto interesse (se si vuole, dinamico) delle imprese computazionali a poter organizzare attività economiche che utilizzino quali fattori produttivi fondamentali – se non, alle volte, quasi esclusivi – dati da raccogliere, elaborare e (ri)utilizzare o commercializzare nella forma di metadati[58]; dall'altro la necessità di rileggere gli ancoraggi apicali della disciplina sui dati personali al di là di quelli esplicitamente riferiti dal legislatore e specificamente rivolti alla tutela della riservatezza e della vita privata per includere le norme europee poste a tutela della proprietà *ex* art. 1 Prot. 1 CEDU, art. 17 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché, nel diritto italiano, *ex* art. 42 Cost. e 810 c.c.[59].

---

[57] Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 111 ss., secondo cui «la qualificazione dell'interesse protetto dal diritto sui dati non può certamente discendere dal mero profilo fattuale della loro rilevanza patrimoniale. Da un lato, il rilievo empirico della patrimonialità di un'entità non comporta che la sua disciplina giuridica qualifichi tale interesse patrimoniale come meritevole di tutela. Inoltre, non pare significativa l'emersione di modelli negoziali di scambio e circolazione che sarebbero sul piano dogmatico pienamente compatibili anche con il paradigma difensivo dei diritti della personalità e riconducibili (non a una logica dispositivo traslativa ma) (i) a un negozio meramente abdicativo, idoneo a realizzare gli effetti di un trasferimento di ricchezza e consistente in un atto giuridico volto a rimuovere l'illiceità del comportamento dell'autorizzato ovvero l'antigiuridicità del trattamento o, alternativamente, (ii) a un negozio unilaterale revocabile, distinto da un eventuale momento contrattuale. Tale ricostruzione si può riferire anche alla disciplina dei dati personali».

[58] Secondo un A., «[a] prescindere dalle indicazioni programmatiche in questo senso degli organi europei, l'intero impianto del Regolamento non pare improntato a una logica meramente difensiva, ma è rivolto a conformare la circolazione del dato personale con un livello di specificità estraneo alla disciplina dei diritti della personalità ed evidentemente basato su un contemperamento di interessi che pare incompatibile con la prevalenza assiologica che deriverebbe dalla qualificazione dei dati personali come diritto della personalità: si pensi alle differenze tra il regime di circolazione dei dati personali e dei dati sensibili, alle norme sul trattamento infragruppo di dati personali, alla riduzione dei costi di transazione nei casi di legittimi interessi (per esempio di *marketing*) ed ancora nei casi in cui l'esistenza di un rapporto contrattuale affievolisce le tutele poste a favore dell'interessato, evidentemente nella logica di favorire lo scambio economico sotteso. Mi paiono questi ultimi dei casi di ponderazione normativa tra diritto dell'interessato e diritto dell'impresa che avvalorano la ricostruzione in chiave patrimoniale del diritto sul dato personale». Cfr. Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., pp. 113-114.

[59] Cfr. ancora Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., pp. 128-129.

Si ponga poi mente alla circostanza che, utilizzando suggestioni ascarelliane[60], la locuzione "bene immateriale" è, in verità, un concetto riassuntivo di una disciplina (o *regula iuris*) e non invece un concetto tipologico della realtà, sicché, nella ricostruzione della disciplina applicabile, il bene immateriale andrà visto, per un verso, come fattispecie da ordinare, per un altro come regola ordinante[61].

[60] Si intende qui far riferimento alla nota distinzione tra concetti tipologici della realtà e concetti normativi (riassuntivi di una disciplina o *regulae juris*) proposta da Ascarelli, *Sul concetto di titolo di credito e sulla disciplina del titolo V del libro IV del nostro codice*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 567 ss., spec. p. 573 ss.; Id., *Tipologia della realtà, disciplina normativa e titoli di credito*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 185 ss.; Id., *Personalità giuridica e sua portata*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 235 ss., e poi utilizzata da molti studiosi quale grimaldello ermeneutico per nuove ricostruzioni del sistema (cfr. per tutti, in via esemplificativa, Libertini, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, Milano, 1971, p. 2 ss.; Id., *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 33 ss.). Per l'incidenza assunta dalla tesi di cui si è detto nel passaggio da una concezione del diritto dogmatica, che guarda alla struttura, a quella funzionale, cfr. Bobbio, *Tullio Ascarelli*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 186 ss.
Secondo Castellano, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, Milano, 2000, pp. 73-74, nt. 99, la distinzione tra concetti tipologici e concetti normativi permetterebbe, da un lato, «di evidenziare spazi e limiti entro i quali l'interprete partecipa alla evoluzione del sistema giuridico oggetto della sua attività» e, dall'altro, «di fornire un paradigma di intervento che consenta all'interprete di evitare il pericolo delle ipostatizzazioni concettuali». L'A. prosegue osservando che «è vero che, nell'ambito di una prospettiva diretta a far emergere le valutazioni, gli – anche inconsapevoli – convincimenti ideologici dell'interprete, la cesura tra ordinamento tipologico della realtà e *regulae iuris* risulta più marcata», ma «questo non significa affatto che i concetti tipologici della realtà siano assunti come concetti destinati ad operare su di un piano diverso da quello giuridico (ora per rientrare nei concetti cosiddetti "fattuali" ora per designare una realtà pregiuridica da distinguersi, se ben intendo, dal tipo di realtà che la norma prevede come presupposto – fattispecie – della sua applicazione». Tale dicotomia è «solo funzionale a far emergere l'opera dell'interprete cui è demandato il compito di raccordare, attraverso i suoi giudizi di valore (temperati poi dalla necessità di offrire un prodotto che sia in grado di spiegare la disciplina) quei due aspetti. E si osservi come sia proprio dal raccordo di quei due momenti che scaturisce l'unità dell'ordinamento giuridico che non è solo insieme di *regulae iuris* ma è insieme di regola e fatto disciplinato (e in vero è sufficiente al riguardo ricordare la più volte ribadita distinzione tra enunciato normativo – testo normativo con cui si confronta l'interprete – e norma, che non è oggetto di interpretazione bensì risultato dell'interpretazione, interpretazione che passa […] attraverso una valutazione dei fatti tipologici della realtà; è sufficiente, dicevo, tener conto di questo per affermare come per l'Ascarelli il fatto tipologico della realtà "sia" nella norma, sia essa stessa realtà normativa al pari della disciplina» (cfr. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 69 ss., spec. p. 87 ss.). L'interprete dovrà inoltre avvedersi del «pericolo delle ipostatizzazioni concettuali, ipostatizzazioni che a loro volta possono celare adesioni a date opzioni ideologiche, e che comunque costituiscono un vero e proprio sviamento dell'opera interpretativa. E in vero, in codesto ambito, la cesura, a fini esplicativi, si è detto, tra realtà fenomenologica e realtà giuridica scompare. Il fatto tipologico della realtà appare per quello che è (meglio: per quello che deve essere per il giurista) il presupposto per l'applicazione di una data disciplina […] e cioè la fattispecie (e cioè per meglio dire quel fatto della realtà che l'interprete ricostruisce e utilizza per determinare la fattispecie)».

[61] Volendo individuare una ricaduta operativa di quanto scritto nel testo, si pensi che il dato non sembrerebbe poter divenire oggetto di atti definitivamente traslativi: ciò che – parafrasando le parole di Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 116 ss. – non discende da un problema di ricostruzione dogmatica del diritto, quanto piuttosto dalla considerazione che le norme in campo impediscono che si possa realizzare quella immissione del terzo nella medesima posizione patrimoniale del titolare che è carattere tipico

Ha ragione allora chi ritiene che, guardando agli interessi effettivamente in campo, la disciplina dei dati personali non solo tuteli un interesse patrimoniale, ma sia poi coerente con una qualificazione del diritto come *ius escludendi omnes alios* suscettibile di essere oggetto quantomeno di licenze esclusive[62]. Il diritto sul dato impone, in altre parole, un dovere di astensione di tutti i consociati dal trattamento in assenza del consenso[63] e fatti salvi i casi (riconducibili alle eccezioni e limitazioni in materia di proprietà intellettuale) in cui tale trattamento sia liberalizzato[64].

del fenomeno traslativo. Ancora secondo il predetto A., «Non sarebbe peraltro convincente l'ipotesi di ricostruire la struttura della circolazione del dato personale sulla base del modello del trasferimento di diritti parziari corrispondenti ai diversi scopi del trattamento come accade in materia di opere dell'ingegno. Manca in primo luogo nella disciplina della *privacy* una struttura a diritti parziali prevista per la proprietà intellettuale. Inoltre, la possibilità di realizzare negozi definitivamente traslativi riferiti ai singoli scopi di utilizzazione si scontrerebbe con una oggettiva indeterminatezza di questi ultimi che pare incompatibile con la severità della spoliazione traslativa».

62 A tal proposito è bene ricordare come le norme sui dati personali tese a garantire in ogni caso la permanenza in capo all'interessato di particolari facoltà e diritti non sembrano costituire un impedimento a simili atti di disposizione, piuttosto comportando la necessità di conformare le licenze secondo modalità ad esse compatibili. Si pensi a questo proposito al diritto alla portabilità che comporta il diritto dell'interessato ad acquisire i propri dati senza pregiudizio dei diritti altrui: tale clausola di salvaguardia non appare limitata al caso in cui un certo numero di dati da trasferire riguardi soggetti ulteriori rispetto all'interessato, ma dovrebbe potersi rivolgere anche a tutela del terzo titolare di una licenza (anche eventualmente esclusiva) sui medesimi dati. Tale licenza esclusiva per scopi computazionali dei dati potrebbe: (i) coesistere con l'esercizio del diritto alla portabilità e con il conseguente ulteriore utilizzo da parte del terzo dei dati per scopi differenti, (ii) impedire comunque che i dati trasferiti in virtù dell'esercizio del diritto alla portabilità vengano trattati per scopi in parte coincidenti con l'ambito di esclusiva precedentemente concessa, (iii) essere sottoposta a una condizione risolutiva (volta ad estinguerla o a degradarla a licenza non esclusiva) nel caso di esercizio del diritto alla portabilità.
E cfr. per spunti sul tema Banterle, *Brevi cenni sulla titolarità dei dati comportamentali nei* big data *tra* privacy *e proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2016, p. 579 ss.

63 L'art. 6, par. 1, del *GDPR* recita: «Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: *a*) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; *b*) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; *c*) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; *d*) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; *e*) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; *f*) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore».

64 Il dovere di astensione pare essere omologo ai diritti di esclusiva, poiché non attiene a un mero comportamento scorretto di sottrazione legato alla riservatezza delle informazioni, come accade per il segreto industriale, ma consiste in un dovere di astensione rispetto a un bene immateriale identificato. Così Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 116, il quale prosegue affermando che ricostruzione «non è negata ma confermata dalle norme che sanciscono un regime di libero utilizzo dei dati divulgati: titolo della libera utilizzazione non è la mera *disclosure* (soluzione questa che allineerebbe la struttura della tutela

Il problema, dunque, transita sul piano del metodo[65] e si appunta sull'individuazione di un procedimento ermeneutico volto ad operare un bilanciamento[66] degli interessi in campo tra diritti interferenti[67], anche alla luce delle peculiarità dovute alla contaminazione tra *common* e *civil law* propria del diritto europeo[68]: si tratta, in

a quella del segreto industriale) ma il fatto che per tali dati emerga chiaramente la volontà abdicativa dell'interessato secondo il meccanismo della licenza implicita relativa a diritti di proprietà intellettuale».

65 La ricerca dell'interesse protetto dovrebbe essere condotta – secondo Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 105-106 – in base alla lettura sistematica del diritto positivo secondo un'impostazione di "giuspositivismo moderato" che rifugga da un'interpretazione per meri obiettivi di politica del diritto. Inoltre, «l'individuazione degli interessi protetti non dovrebbe essere rivolta alla costruzione di un modello dogmatico teorico da cui derivare una disciplina a valle di appartenenza e circolazione, ma dovrebbe servire a effettuare un'interpretazione teleologica rivolta a risolvere le interferenze fra diritti» e «tale modo di procedere è infine coerente con un'esigenza metodologica di far emergere, nell'interpretazione delle norme, gli interessi sottesi, evitando l'opacità che caratterizza invece la strategia interpretativa dello specificazionismo che, sostituendo una valutazione trasparente degli interessi coinvolti con un esercizio apparentemente definitorio, fa sì che un'operazione inevitabilmente valutativa appaia solamente tecnica, così rendendo opaco il criterio di ponderazione, sottraendolo alla discussione pubblica e rendendolo ancor più permeabile alle pressioni di interessi economici di settore o di minoranze organizzate».

66 Nell'interpretazione di alcune norme sostanziali delle discipline dell'immateriale e dei bilanciamenti, apparirà talvolta lo iato tra una lettura meramente tecnica (o tecnologica) e una lettura valutativa. La lettura valutativa qui riferita implica e valorizza un'interpretazione per principi che non è da intendersi come spazio aperto a un'arbitraria eterointegrazione, dovendo essere sempre ricondotta nell'alveo delle fonti formali dell'ordinamento al fine di garantire procedimenti ermeneutici trasparenti e controllabili. Cfr. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in Sacchi (a cura di), *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 113 ss.; Ottolia, *Big data e innovazione computazionale*, cit., pp. 5-6; Messinetti, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, in Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul* GDPR, Padova, 2019, p. 137 ss.

67 Cfr. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 5 ss.; Id., *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. III, Modena, 1996, p. 1141 ss., spec. p. 1146; Mattei, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Un contributo alla teoria dei beni*, Milano, 1987; Roselli, *Le clausole generali, oggi*, in *Diritto romano attuale*, 10/2003, p. 51 ss.; Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in R. Sacchi (a cura di), *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 113; Id., *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Rivista ODC*, 2/2018; Nivarra, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 411 ss.; Ottolia, *L'interferenza permanente fra proprietà intellettuale e libertà di espressione nel diritto dell'Unione europea: una proposta di bilanciamento*, in *AIDA*, 2016, p. 157 ss.; Id., Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 173 ss., il quale ritiene che «[d]al punto di vista metodologico mi pare che la ricerca di criteri più analitici per condurre l'operazione di bilanciamento debba essere svolta secondo una prospettiva di interpretazione "per principi" che non corrisponda necessariamente a una eterointegrazione ma che possa invece condurre le valutazioni teleologiche ed assiologiche entro i confini delle fonti formali dell'ordinamento».

68 Sulla concezione del diritto come categoria storica e non ontologica è sempre utile richiamare le pagine introduttive di Ascarelli, *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, nonché l'I*ntroduzione* a Castellano-Vessia (a cura di), *Corso di diritto commerciale 1. Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, cit.
Il metodo divisato nel testo va tenuto distinto da quello adottato nel sistema nordamericano ed incentrato sulla clausola generale del *fair use*, così emerge dagli studi di Mattioli, *Disclosing Big Data*, in *99 Minn. L.*

altre parole, di verificare se, tenendo conto dell'*humus* normativo eventualmente esistente, un diritto (o un interesse) sia assiologicamente prevalente rispetto ad un altro ad esso contrapposto[69] (dovendosi quindi dar corso ad un "bilanciamento di massimizzazione") o, se considerati equivalenti dal sistema, tracciarne i relativi confini in punto di disciplina (operando un "bilanciamento di minimizzazione")[70].

Rev. 535 (2014); Drexl, *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access*, cit., p. 37. Nello stesso senso cfr. anche Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 190.

69 Così come accaduto fino ad oggi nell'ordinamento italiano per i bilanciamenti tra diritti di proprietà intellettuale e *privacy*, ove quest'ultima è stata ritenuta assiologicamente prevalente, poiché riconducibile a una tutela di interessi della persona di per sé sovraordinati rispetto a quelli patrimoniali cui farebbe capo la proprietà intellettuale. Riprendendo esempi proposti da Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., pp. 176-177, nt. 7, si vedano Trib. Roma, ord. 27 settembre 2006, in *AIDA*, 2007, p. 960 ss. e Trib. Roma, ord. 1° marzo 2007, *ibidem*, p. 1033 ss., nonché in *Riv. dir. ind.*, 2008, II, p. 328 ss., con nota di De Cata, *Il caso "*Peppermint*". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "*Promusicae*"*, p. 404 ss.; Trib. Roma, ord. 19 agosto 2006, Trib. Roma ord. 5 aprile 2007, Trib. Roma, ord. 20 aprile 2007 e Trib. Roma ord. 27 aprile 2007, (tutte) in *Riv. dir. ind.*, 2008, II, p. 328 ss., nonché in *Dir. internet*, 2007, p. 461, con nota di Scorza-Caso, *Il conflitto tra* copyright *e* privacy *nelle reti* peer to peer*: in margine al caso* Peppermint, p. 465 ss. e in *Dir. inf.*, 2007, p. 821 con nota di Blengino-Senor, *Il caso* "Peppermint*": il prevedibile contrasto tra protezione del diritto d'autore e tutela della* privacy *nelle reti* peer to peer, p. 835 ss. per la tesi positiva alla concessione dell'accesso ai dati personali nei giudizi relativi alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale; *contra*, in ragione della prevalenza delle norme a tutela della *privacy*, hanno negato l'accesso ai dati personali degli utenti Trib. Roma, ord. 17 marzo 2008, in *Giur. it.*, 2008, p. 1738; Trib. Roma, ord. 14 luglio 2007, in *AIDA*, 2007, p. 1187; Trib. Roma, ord. 16 luglio 2007; Trib. Roma, ord. 22 novembre 2007, in *Foro it.*, 2008, I, p. 1329. Nota l'A. che «[i]n particolare, l'ottenimento di un ordine di esibizione *ex* art. 156 bis l.a. dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche, nei confronti degli autori dell'illecito – ed ancor più nei confronti di soggetti non implicati nella violazione del diritto d'autore – è stato negato per contrasto con le norme a tutela della *privacy* con la sola eccezione dei casi di illeciti penali. Tale interpretazione deriva dalla ravvisata esistenza di una netta gerarchia assiologica secondo cui la compressione dei diritti fondamentali alla riservatezza e alla segretezza delle comunicazioni, affermati e garantiti dai principi costituzionali, dal diritto comunitario nonché dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, può essere recessiva solo rispetto alla tutela di beni giuridici tutelati dalla normativa penale (Trib. Roma, ord. 22 novembre 2007, cit.; Trib. Roma, 14 aprile 2010, inedita)».

70 In verità, una simile operazione dovrebbe essere condotta anche quando la fattispecie sia regolata da norme contenenti una soluzione cristallizzata dell'interferenza tra diritti fondamentali, come nel caso delle disposizioni recanti eccezioni e limitazioni alla privativa. Cfr. Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 192.

Per la definizione dei concetti di bilanciamento di minimizzazione e di massimizzazione nel sistema e per il sistema cfr. Ottolia, *ivi*, p. 173 ss.: «[t]ale ponderazione può poi avvenire secondo due paradigmi differenti. Ove i diritti che si confrontano siano di eguale livello, come nel caso in cui entrambi siano qualificabili come diritti fondamentali, l'esito del bilanciamento dovrà essere improntato a una minimizzazione dei sacrifici di ciascuno, in quanto una valorizzazione dell'uno o dell'altro diritto oltre tale livello, in assenza di una scelta esplicita dell'ordinamento in senso diverso, apparirebbe arbitraria. A tale criterio, che chiamo convenzionalmente "bilanciamento di minimizzazione" si dovrebbe ispirare, ad esempio, il bilanciamento tra diritti fondamentali in generale, come quello fra proprietà intellettuale e libertà di espressione.

Talvolta, il confronto tra diritti consente invece la compressione dell'uno a favore dell'altro oltre il parametro del sacrificio minimo appena richiamato (si potrà parlare qui convenzionalmente di bilanciamenti di massimizzazione). Sebbene tali giudizi siano utilizzati in linea generale dall'analisi economica del diritto, la loro sostenibilità giuspositiva pare doversi necessariamente ricondurre (e limitare) ai casi in cui, in un deter-

4. Proseguendo nel tracciare i principi generali rilevanti per il trattamento e il riutilizzo dei dati personali, si può ora passare a prendere in considerazione quanto emerge dal combinato disposto degli artt. 5 della Convenzione n. 108/1981[71], 8, co. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e 5, par. 1, lett. *b*) del *GDPR*.

La prima delle tre disposizioni stabilisce che «[i] dati a carattere personale oggetto di elaborazione automatica devono essere registrati per fini determinati e legittimi e non devono essere utilizzati in modo incompatibile con tali fini» (così sancendo il c.d. *principio di limitazione delle finalità*, di cui si dirà meglio *infra*); la seconda che i dati di carattere personale debbano essere trattati «per finalità determinate»; e la terza che i dati personali debbano essere raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in un modo che non sia incompatibile con tali finalità e che quando siano oggetto di trattamento debbano essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle relative finalità (*principio di minimizzazione dei dati*[72]).

minato ordinamento, un interesse sia specificamente individuato e ritenuto meritevole di particolare protezione».
Sul tema del bilanciamento cfr. poi anche, con soluzioni diverse, Bravo, *Il "diritto" a trattare i dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, p. 188 ss.

71 Consiglio d'Europa, *Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale*, STE n. 108 del 28 gennaio 1981, Strasburgo, consultabile al *link*: www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108.

72 Ai sensi dell'art. 5, par. 1, lett. *c*) del *GDPR*, nonché dell'art. 5, par. 4, lett. *c*) della Convenzione n. 108/1981, devono essere trattati solo i dati «adeguati, pertinenti e non eccessivi rispetto alle finalità per le quali vengono rilevati e/o per le quali vengono successivamente trattati». Le categorie di dati scelte per il trattamento devono essere necessarie per conseguire l'obiettivo generale dichiarato delle operazioni di trattamento, e un titolare del trattamento dovrebbe limitare rigorosamente la raccolta di dati alle informazioni direttamente pertinenti per lo scopo specifico perseguito dal trattamento. Inoltre, l'articolo 5, par. 1, della Convenzione n. 108/1981 detta un requisito di proporzionalità per il trattamento dei dati personali in relazione allo scopo legittimo perseguito, sicché dovrà sussistere un giusto equilibrio fra tutti gli interessi in gioco, in tutte le fasi del trattamento. Questo significa che «[d]ati personali che sarebbero adeguati e pertinenti, ma implicherebbero un'ingerenza sproporzionata nei diritti e nelle libertà fondamentali in gioco, devono essere considerati eccessivi».
Il principio di minimizzazione è venuto ad esempio in rilievo per la soluzione dei casi CGUE, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd. c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a. [GC]*, 8 aprile 2014, ove la Corte di Giustizia ha considerato la validità della direttiva sulla conservazione dei dati, avente per obiettivo l'armonizzazione delle disposizioni nazionali relative alla conservazione di dati personali generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi o reti di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, per la loro eventuale trasmissione alle autorità competenti a fini di perseguimento di reati gravi, come quelli legati alla criminalità organizzata e al terrorismo. Pur essendo considerata una finalità che risponde effettivamente a un obiettivo di interesse generale, il fatto che la direttiva riguardasse in maniera generale «qualsiasi persona e qualsiasi mezzo di comunicazione elettronica nonché l'insieme dei dati relativi al traffico senza alcuna distinzione, limitazione o eccezione a seconda dell'obiettivo di lotta contro i reati gravi», è stato considerato problematico.
Cfr. sul punto FRA-CoE-ECHR-EDPS, *Handbook on European data protection law*, Luxembuorg, 2018, p. 125 ss.

Si può facilmente intuire come, segnando tali norme uno stretto legame tra il trattamento dei dati e la finalità per la quale gli stessi vengono raccolti, determinare le finalità del trattamento voglia dire ridurre e selezionare, tra le tante, una o più finalità specifiche in base alle quali i dati saranno trattati[73].

Quanto appena detto emerge con ancora maggior chiarezza dal testo della Convenzione n. 108/1981, ove viene previsto un espresso divieto di trattamento e utilizzo dei dati per finalità diverse da quelle per le quali questi erano stati originariamente raccolti.

Tali disposizioni rappresentano il sostrato di diritto positivo per il c.d. principio di "limitazione delle finalità"[74], il quale, in uno con il conseguente corollario dell'uso compatibile[75], pone in capo al titolare del trattamento tre obblighi: *i*) definire le finalità del trattamento prima del suo inizio; *ii*) individuare tali finalità in modo specifico e ben definito, evitando espressioni generiche, ambigue o addirittura dubitative[76], *iii*) sicché, in conseguenza di ciò, tali dati possano essere usati per scopi aggiuntivi solo per finalità compatibili con quelle originarie, mentre saranno vietati quelli per scopi incompatibili, essendo questi non ricompresi né sussumibili nell'originaria finalità e base di liceità dell'originario trattamento[77].

---

[73] Cfr. in tal senso Bolognini-Pelino-Bistolfi, *Il regolamento* privacy *europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati*, Milano, 2016, p. 98; d'Ippolito, *Il principio di limitazione della finalità del trattamento tra* data protection *e* antitrust. *Il caso dell'uso secondario dei big data*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 943 ss.

[74] O, secondo altra terminologia, di "stretta finalità", cfr. Pizzetti, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit., p. 58.
Si legge in FRA-CoE-ECHR-EDPS, *Handbook on European data protection law*, cit., p. 122 ss. che il principio della limitazione della finalità è uno dei principi fondamentali del diritto europeo in materia di protezione dei dati ed è strettamente connesso con la trasparenza, la prevedibilità e il controllo dell'utente: se lo scopo del trattamento è sufficientemente specifico e chiaro, le persone sanno cosa aspettarsi e aumentano così la trasparenza e la certezza del diritto. Al tempo stesso, una chiara indicazione della finalità è importante per consentire agli interessati di esercitare efficacemente i loro diritti, come il diritto di opposizione al trattamento.
In base a questo principio, il trattamento di dati personali deve essere effettuato per una finalità specifica e ben definita e solo per scopi ulteriori e compatibili con la finalità iniziale. Il trattamento dei dati per finalità non definite e/o illimitate è, pertanto, illecito. È illecito anche il trattamento dei dati personali senza finalità certa, basato unicamente sulla considerazione che potrebbero essere utili in futuro.
Cfr. poi Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 101 ss., il quale ritiene che criterio cardine della disciplina europea sia quello per cui «la legittimità del trattamento presuppone che i dati (i) siano raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime e (ii) che siano trattati in modo non incompatibile con tali finalità; in particolare, lo scopo deve essere determinato prima che i dati siano raccolti».

[75] Il quale prevede che i dati non possano essere trattati in modo incompatibile con la finalità precedentemente specificata. Cfr. l'Article 29 Working Party, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, WP203, 2nd April 2013, p. 3.

[76] Come pure segnalato nell'Article 29 Working Party, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, WP203, 2nd April 2013, p. 16, disponibile al *link*: http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2013/wp203_en.pdf., ove si legge che «a purpose that is vague or general, such as for instance "improving users' experience", "marketing purposes", "IT-security purposes" or "future research" will – without more detail – usually not meet the criteria of being specific».

[77] Bolognini-Pelino-Bistolfi, *Il regolamento* privacy *europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati*, cit., p. 99;

Il principio di limitazione delle finalità mira, così, in definitiva, a proteggere l'interessato imponendo dei limiti alle possibilità di trattamento del titolare, impedendo l'uso dei dati personali in modo inaspettato, inappropriato o altrimenti discutibile; allo stesso tempo, la nozione di *uso compatibile* offre anche un certo grado di flessibilità per i titolari del trattamento dei dati. È inoltre implicito che il trattamento ulteriore debba perseguire scopi legittimi, concetto questo più ampio e che trascende quello di "fondamento di liceità del trattamento"[78].

Il rilievo del principio di limitazione della finalità aumenta, allora, in un contesto economico caratterizzato sempre più dal ricorso ad algoritmi o sistemi di intelligenza artificiale, dal momento che tali sistemi permettono di creare nuovi e ulteriori dati dall'elaborazione e dall'incrocio di quelli originariamente forniti, dando vita ad una seconda (o anche terza) "generazione" di dati personali; così facendo tendono, per loro natura, a suggerire e rendere possibili utilizzi ulteriori, per ulteriori finalità, dei dati originariamente prestati per uno scopo specifico. Il principio di limitazione della finalità potrebbe essere utile per attenuare o mitigare tale pratica (c.d. *function creep*) e ridurre la perdita del controllo dei dati da parte degli interessati, fungendo da barriera mobile rispetto ad eventuali trattamenti secondari[79].

Il considerando 50 ed il par. 4 dell'art. 6 del *GDPR*, difatti, prendendo in considerazione l'ipotesi di un trattamento secondario e individuando alcuni parametri sulla base dei quali verificare la compatibilità di quest'ultimo con la finalità del trattamento originario, impongono di condurre una valutazione caso per caso che tenga conto di diversi fattori chiave[80].

---

[78] Così l'Article 29 Working Party, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, WP203, 2nd April 2013, pp. 11 ss. e 20.

[79] Cfr. Bolognini-Pelino-Bistolfi, *Il regolamento* privacy *europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati*, cit., p. 100; Colapietro-Iannuzzi, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in Califano-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. 111.

[80] Al fine di mettere in condizione l'interessato di poter adeguatamente valutare la compatibilità dell'ulteriore trattamento e delle garanzie fornite o se esercitare diritti come quello alla limitazione o all'opposizione al trattamento, prima di procedure al riutilizzo dei dati raccolti per una finalità originaria differente è necessario il rispetto delle procedure imposte dal principio di trasparenza previsto dagli artt. 12 ss. del *GDPR*: il titolare del trattamento dovrà, cioè, prontamente informare l'interessato e fornirgli tutte le indicazioni necessarie, in maniera chiara e semplice, compresa la nuova base giuridica del trattamento. Cfr. così Bolognini-Pelino-Bistolfi, *Il regolamento* privacy *europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati*, cit., p. 99; Montuori-Siano, *Evoluzione del concetto di consenso informato nel mondo digitale e transizione del* marketing *tradizionale alle attuali sfide della profilazione*, in Busia-Liguori-Pollicino-Bassini (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali: bilanci e prospettive*, Roma, 2016, p. 101 ss.; FRA-CoE-ECHR-EDPS, *Handbook on European data protection law*, Luxembuorg, 2018, p. 125. Ciò è anche chiarito nel Considerando 61 del *GDPR*, secondo il quale: «[i]l titolare del trattamento, qualora intenda trattare i dati personali per una finalità diversa da quella per cui essi sono stati raccolti, dovrebbe fornire all'interessato, prima di tale ulteriore trattamento, informazioni in merito a tale finalità diversa e altre informazioni necessarie».
L'unica eccezione a quanto sopra riguarda l'ulteriore trattamento dei dati personali «a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici». La finalità di tali trattamenti, purché

In tale circostanza, a patto che il riutilizzo non trovi la propria base di liceità nel consenso[81] dell'interessato o in un atto legislativo, la compatibilità della finalità del

in conformità con le garanzie previste dall'art. 89, par. 1, *GDPR*, è infatti considerata *ex lege* compatibile con quella iniziale. Non sarà quindi necessario rinvenire una nuova base giuridica del trattamento o, al limite, questa sarà rinvenibile nell'esecuzione di un compito di interesse pubblico di cui all'art. 6, par. 1, lett. *e*) del *GDPR*.

Nota D'Ippolito, *Il principio di limitazione della finalità del trattamento tra* data protection *e* antitrust. *Il caso dell'uso secondario dei big data*, cit., p. 943 ss. come altro elemento indispensabile per legittimare l'ulteriore trattamento dei dati personali sia il fattore tempo, posto che il titolare è tenuto a fornire tutte le informazioni rilevanti in modo tempestivo».

81 L'istituto del consenso è oggi previsto dall'art. 6, par. 1, lett. *a*) del *GDPR*, questo è sicuramente lo strumento che più dà all'interessato il controllo sui propri dati, anche grazie alla possibilità riconosciuta dall'art. 7, par. 3, *GDPR* di revocare il consenso in qualsiasi momento.

Cfr. sul tema del consenso l'Article 29 Working Party, *Opinion 15/2011 on the definition of Consent*, WP187, 13 luglio 2011, reperibile al *link*: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm; Montuori-Siano, *Evoluzione del concetto di consenso informato nel mondo digitale e transizione del* marketing *tradizionale alle attuali sfide della profilazione*, cit., pp. 101-126; Califano, *Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati*, in Califano-Colapietro (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, cit., p. 47 ss.; Biferali, Big data *e valutazione del merito creditizio per l'accesso al* peer to peer lending, in *Dir. inf.*, 2018, p. 487 ss.; FRA-CoE-ECHR-EDPS, *Handbook on European data protection law*, cit., p. 142 ss.; Resta-Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, p. 411 ss.

Come già detto, inoltre, al consenso dell'interessato fa riferimento anche lo stesso art. 6, par. 4 del *GDPR*. Tanto più che tale paragrafo sembrerebbe vedere con particolare favore il ricorso sia al consenso dell'interessato che ad «un atto legislativo dell'Unione o degli Stati membri che costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per la salvaguardia degli obiettivi di cui all'articolo 23, paragrafo 1». Secondo D'Ippolito, *Il principio di limitazione della finalità del trattamento tra* data protection *e* antitrust. *Il caso dell'uso secondario dei big data*, cit., p. 943 ss., «queste basi giuridiche, diversamente dalle altre, sembrerebbero addirittura esenti dalla necessità di tener conto di quegli ulteriori elementi necessari per valutare la compatibilità tra la finalità del trattamento secondario e quello originario. Questo attribuirebbe alla norma una portata a tal punto ampia da porre quasi in secondo piano la valutazione di compatibilità di cui si è parlato in precedenza. La riduzione del rilievo del criterio di compatibilità, che ben potrebbe essere percepito come una riduzione della tutela dell'interessato, sembrerebbe essere dalla norma compensato da un lato dal maggior potere in termini di controllo sui proprio dati che, come si vedrà, l'istituto del consenso almeno in teoria riconosce all'interessato, dall'altro dalla presenza di una previa valutazione legislativa del trattamento secondario ritenuto lecito se e nella misura in cui diretto a soddisfare interessi generali quali la sicurezza nazionale e pubblica, la prevenzione e il perseguimento di reati, ecc.».

L'istituto del consenso è, poi, strettamente legato al principio di limitazione delle finalità di cui all'art. 5, par. 1, lett. *b*) del GDPR. Infatti, il presupposto di un consenso valido è proprio la determinazione della finalità del trattamento in modo specifico, esplicito e legittimo. In altre parole, il consenso si pone come strumento per applicare e garantire il principio di limitazione della finalità, operando come argine contro l'ampliamento progressivo o la commistione della finalità originaria e contribuendo a ridurre il fenomeno del "*function creep*", ossia l'uso non previsto dei dati dell'interessato da parte del titolare o di terzi. Cfr. sul punto Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, pp. 286-287; Solove, *Introduction: Privacy self-management and the consent dilemma*, in *Harvard Law Review*, 2013, p. 1880, anche disponibile al seguente *link*: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171018; Battelli, *La nuova disciplina degli obblighi informativi nei contratti con i consumatori*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2608 ss.; Id., Interpretatio contra

trattamento ulteriore con quella originaria dovrà essere valutata tenendo conto di elementi quali: *i*) il rapporto tra le finalità per le quali sono stati raccolti i dati e gli scopi dell'ulteriore trattamento; *ii*) il contesto in cui sono stati raccolti e le ragionevoli aspettative degli interessati riguardo al loro ulteriore utilizzo; *iii*) la natura dei dati personali e l'impatto dell'ulteriore trattamento sugli interessati; *iv*) l'adozione da parte dal titolare del trattamento di garanzie adeguate per prevenire qualsiasi impatto indebito sugli interessati.

Nel sistema del *GDPR*, dunque, affinché un trattamento di dati personali per finalità ulteriori rispetto a quelle per le quali erano stati inizialmente raccolti possa esser considerato rispettoso del principio di limitazione della finalità, è necessario che tali scopi siano compatibili con quelli originari, spostandosi la questione, in tal modo, sul generale concetto di "compatibilità" del nuovo trattamento con quello originario[82].

proferentem *e trasparenza contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2017, p. 194 ss.; *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor*, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, March 2014, reperibile al seguente *link*: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en, §§76 e ss.; Kerber, *Digital markets, data, and privacy: competition law, consumer law and data protection*, in Falce-Ghidini-Olivieri (a cura di), *Informazione e* big data *tra innovazione e concorrenza*, cit., p. 12 e ss.; Pizzetti, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit., p. 16 ss. Il consenso sembrerebbe quindi la base giuridica più adeguata a legittimare l'uso secondario di dati essendo lo strumento che più rimette allo stesso interessato la scelta di autorizzare il trattamento dei propri dati.

Ciò non toglie che l'istituto del consenso rimane tutt'oggi un'arma a doppio taglio per l'interessato. È infatti ormai comprovata la tendenza dell'interessato, o dell'utente di *internet* in generale, a non leggere le informative e concedere il proprio consenso con eccessiva superficialità. Inoltre, l'ottenimento di un consenso effettivamente "libero, specifico, informato e inequivocabile" presuppone non solo un corretto adempimento da parte del titolare del trattamento del suo dovere di informazione e trasparenza, ma anche un adeguato livello di conoscenza da parte dell'interessato del contesto generale coinvolgente il trattamento dei dati.

82 Cfr. così la *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor*, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, March 2014, reperibile al seguente *link*: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en; L. Bolognini-E. Pelino-C. Bistolfi, *Il regolamento* privacy *europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati*, cit., p. 100 ss.; FRA-CoE-ECHR-EDPS, *Handbook on European data protection law*, cit., p. 123.

La valutazione della compatibilità dovrà essere condotta sulla base di un *test* formale e uno sostanziale, il primo mirando a verificare se le finalità ulteriori siano già rintracciabili in modo esplicito o implicito nelle finalità iniziali; il secondo indagando invece l'effetto delle ulteriori finalità sull'interessato, ossia come vengono recepite dall'interessato tenendo conto del contesto e degli altri elementi che caratterizzato la fattispecie specifica. La compatibilità dovrà inoltre essere valutata non solo alla luce dei già citati fattori chiave, ma anche con riferimento al concetto di "sostituibilità" utilizzato nell"applicazione delle regole di concorrenza per determinare quali prodotti possano essere considerati concorrenti nello stesso mercato.

Osserva d'Ippolito, *Il principio di limitazione della finalità del trattamento tra* data protection *e* antitrust. *Il caso dell'uso secondario dei big data*, cit., p. 943 ss., che «[p]er considerare un trattamento secondario, ulteriore o alternativo di dati come compatibile col trattamento originario bisognerà verificare anche se il trattamento secondario sia diretto o meno a una finalità sostitutiva di quella originaria. Nel caso in cui un'impresa rielabori i

Ulteriore estrinsecazione del principio oggetto di analisi parrebbe essere il fatto che, nei casi in cui l'asimmetria informativa o lo squilibrio di potere tra titolare e interessato siano tali da non rendere possibile un consenso effettivo, o in generale il consenso non sia lo strumento più idoneo per quel particolare trattamento secondario, il titolare del trattamento potrà fondare il riutilizzo di dati sulla base del *legittimo interesse* proprio o di terzi, così come previsto dall'art. 6, par. 1, lett. *f)* del *GDPR*, in conformità al principio di *accountability* e previo "test comparativo" richiesto dalla norma[83], muovendo dalla valutazione dello stretto legame tra interesse e finalità[84]. In altri termini, il legittimo interesse sembra costituire il fondamento giuridico per una possibile deroga o superamento del principio di limitazione delle finalità.

Nelle ipotesi qualificabili nei termini appena descritti sembrerebbe operare quel meccanismo di bilanciamento – tanto, a seconda dei casi, nella forma del bilanciamento "di minimizzazione" quanto "di massimizzazione" – in virtù del quale, guardando agli interessi concretamente coinvolti ed in base alle norme di volta in volta rilevanti, l'interesse dell'impresa computazionale potrà prevalere su quello dell'interessato al trattamento. Sicché, prima del riutilizzo dei dati, sia l'informazione e le norme di trasparenza che il ricorso a una nuova base giuridica del trattamento, poiché

dati già in suo possesso per fornire un nuovo servizio in un nuovo mercato, se tale servizio appartiene a un mercato del tutto separato o anche non concorrente con quello originario, allora vi potrebbe essere un certo margine per consideralo non sostituibile con il servizio per il quale i dati sono stati originariamente raccolti. Pertanto, astrattamente parlando, si potrebbe concludere che i dati siano elaborati per scopi incompatibili, eventualmente anche all'insaputa degli interessati, e quindi non sarebbero utilizzabili perché in violazione del principio di limitazione della finalità del trattamento. Tale conclusione potrebbe essere più evidente nei casi in cui i due tipi di servizi siano percepiti dagli utenti in modo molto diverso. Stesso dicasi nel caso l'ulteriore finalità non possa essere considerata prevedibile perché non sufficientemente correlata allo scopo originario e quindi non soddisfa le ragionevoli aspettative degli interessati sul modo in cui saranno trattati i dati.

Per esempio, al netto delle caratteristiche concrete che possono portare un caso specifico a differire dal modello generale e astratto qui analizzato, dovrebbe in teoria essere precluso per un social network o una piattaforma attiva nel commercio elettronico usare gli stessi dati dei suoi utenti per offrire anche servizi finanziari, bancari o assicurativi».

83 Sul legittimo interesse come base giuridica per il trattamento secondario cfr. l'Article 29 Working Party, *Opinion 06/2014 on the Notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*, reperibile al *link*: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm; Bolognini-Pelino-Bistolfi, *Il regolamento* privacy *europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati*, cit., p. 295 ss.; FRA-CoE-ECHR-EDPS, *Handbook on European data protection law*, cit., p. 155 ss.

84 Oltre a ciò, l'interesse deve essere legittimo, ossia lecito ai sensi della normativa europea e nazionale, necessario per il perseguimento dell'interesse del titolare del trattamento e superare il test comparativo. Ossia, l'interesse legittimo del titolare o di soggetti terzi deve essere ritenuto prevalente rispetto agli interessi, diritti e libertà fondamentali dell'interessato. Così facendo, fermo il rispetto degli obblighi generali imposti dal *GDPR*, il titolare eviterebbe l'eventualità che l'interessato non acconsenta al trattamento o revochi il consenso ma si esporrebbe a un più pervasivo scrutinio da parte delle autorità di controllo sul corretto bilanciamento dei suoi interessi con quelli degli interessati. Inoltre, il ricorso al legittimo interesse come base giuridica non attenua gli oneri che il *GDPR* pone in capo al titolare del trattamento né lo pone al riparo dall'esercizio del diritto di opposizione da parte dell'interessato o, in alcuni casi, della stessa revoca quale ulteriore garanzia per l'interessato.

configura la creazione di un nuovo trattamento, permettono di sganciare il trattamento secondario incompatibile da quello originario, superando così il vincolo del principio di limitazione della finalità: ad essere vietato non è infatti qualunque trattamento secondario ma solo quello per finalità incompatibili con quelle originarie[85].

Si è parlato, poi, nel caso di attività di elaborazione potenzialmente ad alto rischio (un termine che, a ben vedere, probabilmente comprende gran parte dei *big personal data*), di *privacy by design* e *privacy by default*[86], due concetti che hanno determinato un'importante innovazione nel campo della disciplina dei dati personali. L'articolo 25 del *GDPR*[87] richiede al titolare del trattamento dei dati di attivare

[85] Quanto detto sembra essere congruo rispetto alla previsione dettata dal considerando 4 del *GDPR*, il quale prevede che: «[i]l trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità».
Cfr. Pitruzzella, *Big Data, Competition and Privacy: A look from the antitrust perspective*, cit., p. 26, il quale ritiene che «privacy is an important element of trust and trust in digital services is necessary for on line markets to work smoothly and to be an engine of growth and competitiveness»; Kerber, *Digital markets, data, and privacy: competition law, consumer law and data protection*, in Falce-Ghidini-Olivieri (a cura di), *Informazione e* big data *tra innovazione e concorrenza*, cit., p. 14 ss.
Quanto si è venuto dicendo è in sintonia, al vertice, con il bilanciamento operato sin dall'art. 1 del *GDPR* tra protezione delle persone fisiche e libera circolazione dei dati (si pensi, vieppiù, al par. 3 della citata disposizione: «[l]a libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali») dal quale emerge che la protezione dei dati personali, ancorché rivesta valenza fondamentale, non è un diritto assoluto, ma, al contrario è un diritto che deve essere ponderato con gli altri interessi coinvolti valorizzandone la sua funzione sociale.

[86] L'art. 25, co. 1, *GDPR* dispone che il titolare del trattamento metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate ad un'efficace attuazione dei principi di protezione dei dati quali la minimizzazione.
Il secondo comma del medesimo art. 25 impone invece al titolare del trattamento di adottare misure tecniche e organizzative adeguate a garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento, solo quelli, cioè, pertinenti e limitati a quanto necessario per le finalità del trattamento. «È questa, secondo d'Ippolito, *Il principio di limitazione della finalità del trattamento tra* data protection *e* antitrust. *Il caso dell'uso secondario dei big data*, cit., p. 943 ss. – una previsione di utilità strategica nella misura in cui tiene conto dell'inerzia dell'interessato nella gestione delle impostazioni che il servizio prevede per il trattamento dei dati personali. La norma sembrerebbe quasi far proprie le teorie dell'economia comportamentale sul *nudge* e in ottica proattiva porre rimedio a quell'inconsapevole inerzia dell'interessato che potrebbe arrecargli danno. In questo caso ci troviamo, infatti, in una fase in cui il trattamento dei dati è iniziato e può proseguire secondo diverse modalità. La norma, col riferimento al concetto di *data protection by default*, stabilisce che in assenza di alcun intervento o scelta da parte dell'interessato il trattamento deve svolgersi in automatico secondo le modalità meno invasive della sfera privata dell'interessato e quindi in modo tale da raccoglie meno dati possibile».

[87] Ai sensi dell'art. 25 del GDPR: «[t]enendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati».

meccanismi a tutela della *privacy* sia nel momento della "progettazione" (del trattamento stesso), sia al momento della determinazione dei mezzi per l'elaborazione nonché dell'elaborazione in atto.

Per quanto riguarda la questione dell'identificabilità, il considerando 26 del *GDPR* afferma che «[p]er stabilire l'identificabilità di una persona è opportuno considerare tutti i mezzi, come l'individuazione, di cui il titolare del trattamento o un terzo possa ragionevolmente avvalersi per identificare detta persona fisica direttamente o indirettamente. Per accertare la ragionevole probabilità di utilizzo dei mezzi per identificare la persona fisica, si dovrebbe prendere in considerazione l'insieme dei fattori obiettivi, tra cui i costi e il tempo necessario per l'identificazione, tenendo conto sia delle tecnologie disponibili al momento del trattamento, sia degli sviluppi tecnologici. I principi di protezione dei dati non dovrebbero pertanto applicarsi a informazioni anonime, vale a dire informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato. Il presente regolamento non si applica pertanto al trattamento di tali informazioni anonime, anche per finalità statistiche o di ricerca».

Sembrerebbe quindi inferirsene che, prima di fare affidamento sull'anonimizzazione[88] per evitare sanzioni ai sensi del *GDPR*, debbano essere prese in considerazione le questioni relative al rischio di reidentificazione, tenuto conto dell'attuale stato dell'arte[89].

---

[88] Cfr. Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 94 ss., il quale prosegue osservando che «il Regolamento ha esplicitato il principio secondo cui ove il dato sia privato dei suoi elementi identificativi, ma questi siano ad esso nuovamente attribuibili (c.d. pseudonimizzazione) secondo un parametro di "ragionevole probabilità" che tenga conto degli sviluppi tecnologici e dei costi, esso sarà comunque soggetto alla disciplina dei dati personali. Spesso l'attività computazionale dell'impresa manca di base giuridica e una piena anonimizzazione si pone come condizione essenziale alla liceità del trattamento: ciò accade nei rapporti tra titolare e fornitore del servizio (per esempio in *cloud*) ove quest'ultimo intenda svolgere un trattamento computazionale (trattenendo a sé conoscenza computazionale derivata) senza avere a disposizione a monte un idoneo consenso»; Fink-Pallas, *They Who Must Not Be Identified – Distinguishing Personal from Non-Personal Data Under the GDPR*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19-14, 2019, reperibile al link: https://ssrn.com/abstract=3462948.
Cfr. inoltre Finocchiaro-Ratti, Open data, *dati personali e dati anonimi nell'attuale scenario normativo*, cit., p. 46, i quali fanno riferimento al provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali "*Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati*" e notano come «[s]econdo le Linee guida, per rendere effettivamente anonimi i dati pubblicati *on-line* occorre quindi "oscurare del tutto il nominativo e le altre informazioni riferite all'interessato che ne possono consentire l'identificazione anche a posteriori". Ancora una volta, la difficoltà per l'interprete consiste nel determinare se sia possibile reidentificare un soggetto e se i dati siano sufficientemente (o meglio ragionevolmente) anonimi. L'anonimizzazione dei dati è un'operazione complessa, poiché molti sono i fattori tecnologici da tenere in considerazione e poiché la rete è fruibile da soggetti potenzialmente in grado di reidentificare. È dunque il rischio di reidentificazione che può indicare l'adeguatezza dell'operazione di anonimizzazione compiuta sugli *open data*».

[89] In merito a questo problema, la Commissione irlandese per la protezione dei dati ha commentato che normalmente non è possibile quantificare la probabilità di una nuova identificazione delle persone da dati

Al fine di offrire un livello più elevato di protezione in relazione ai dati personali, la *privacy by design* sarà sempre accompagnata, poi, da un ulteriore obbligo di rispettare il modello della *privacy by default*, vale a dire l'attuazione di misure tecniche e organizzative idonee ad apprestare una garanzia circa il fatto che, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni scopo specifico del trattamento vengano effettivamente trattati.

4.1. Se questi sono i principi alla base del *GDPR*, da quanto accennato *supra* s'intuisce che affatto diversi appaiono quelli che invece animano la direttiva *PSI*.

Al vertice, si è detto di come le pubbliche amministrazioni siano oggi obbligate, salvo eccezioni previste dalla stessa direttiva, a mettere a disposizione degli utenti, al fine del loro riutilizzo, gli *open data* di cui entrano in possesso in ragione dello svolgimento dei propri compiti di servizio pubblico (art. 1 direttiva *PSI*).

In prima battuta rileva al proposito premettere che gli obiettivi perseguiti nell'ambito della società dell'informazione tramite l'utilizzo degli *open data* sono stati individuati nella *G8 Open Data Charter*, firmata il 18 giugno 2013, la quale ha enucleato sei principi fondamentali a cui gli Stati firmatari si sono impegnati ad attenersi e che contribuiscono a delineare i caratteri di un "dato aperto":

i) il primo principio è proprio l'*openness by default*, in virtù del quale i dati devono essere liberamente accessibili e utilizzabili;

ii) il secondo riguarda le regole per la corretta gestione di grandi quantitativi di dati a diposizione di governi e pubbliche amministrazioni, sicché, per consentire la reale fruizione di rilevanti masse di dati, è previsto l'impegno a pubblicare dati di qualità, che siano dunque chiari, aggiornati, precisi e comprensibili, in modo da agevolare i riscontri da parte dei cittadini (*timely and comprehensive*);

iii) il terzo, *accessible and usable*, prevede la messa a disposizione dei dati in modo gratuito e la rimozione di ogni barriera burocratica o tecnologica che potrebbe inibirne l'utilizzo da parte dei cittadini;

iv) il quarto principio stabilisce che i dati debbano essere resi disponibili e strutturati in formati *standard* per garantirne l'interoperabilità (*comparable and interoperable*);

v) il quinto (*for improved governance and citizen engagement*) riconosce che l'utilizzo degli *open data* favorisce i processi democratici e la migliore gestione politica e amministrativa, stabilendo, di conseguenza, la necessità di una gestione trasparente dei dati a disposizione della pubblica amministrazione;

anonimi. Tuttavia, pensare ai rischi presenti aiuterà a valutare se è probabile l'identificazione delle persone interessate da dati anonimi. Un'efficace tecnica di anonimizzazione sarà in grado di impedire la individuazione delle singole persone interessate, il collegamento di *record* o la corrispondenza dei dati contenuti in, oltre all'inferenza di qualsiasi informazione sugli individui da, diversi *data set*. Cfr. Data Protection Commission of Ireland, *Anonymisation and Pseudonymisation*, reperibile al *link*: https://www. dataprotection.ie/docs/Anonymisation-and pseudonymisation/g/1594.htm.

vi) il sesto principio, infine, (*for inclusive development and innovation*) impone di favorire l'utilizzo degli *open data* da parte di cittadini e imprese con l'intento di promuovere l'innovazione. L'obiettivo perseguito con l'utilizzo degli *open data* è, dunque, quello di incentivare la trasparenza dell'azione amministrativa e di promuovere l'innovazione tramite il miglior possibile impiego di dati e informazioni[90].

Da un lato, perciò, principi che, pur non negando rilievo agli interessi delle imprese computazionali, muovono da un sostrato assiologico più prossimo a quello dei diritti della personalità; dall'altro, regole elaborate a partire dal principio dell'*openness by default*.

Si rendono necessarie in merito riflessioni di carattere sistematico. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, si dovrebbe probabilmente poter reputare superata la visione che àncora la fattispecie del "riutilizzo" alla sfera assiologica dei diritti della personalità per dare rilievo alla circostanza che, una volta divenuti "fattori di produzione" – e, cioè, quando si sia ormai superato il rapporto biunivoco tra soggetto che acconsente all'utilizzo e chi, appunto, li utilizza –, i dati aggregati, pur personali, assumono una nuova qualificazione giuridica, differente rispetto a quella del singolo dato (appunto, anche quando personale). Si potrebbe pensare che, analogamente a quanto accade per le opere dell'ingegno nel campo del diritto della proprietà intellettuale e, a ben vedere, del diritto industriale *tout court*, il concetto stesso di dato aggregato – i *big data* – comincia a vivere nella dicotomia diritti morali/diritti patrimoniali, venendo in rilievo nella sfera del reale soprattutto, se non esclusivamente, questi ultimi[91].

---

[90] Cfr. sul punto Finocchiaro-Ratti, Open data, *dati personali e dati anonimi nell'attuale scenario normativo*, cit., pp. 40-41.

[91] Ed è proprio la dimensione "aggregata" dei dati che permette di superare l'obiezione mossa, da ultimo, da Alpa, *La "proprietà" dei dati personali*, in Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul* GDPR, cit., p. 11 ss., spec. p. 27 ss.: «[l]'analogia con la titolarità dei diritti d'autore e della relativa disciplina è in effetti una costante nella letteratura statunitense. Ma l'analogia cade immediatamente se si considera che i dati – "nudi e crudi" – spesso non sono creati dal titolare (come ad es. il nome, le sembianze fisiche, l'etnia, il sesso o l'orientamento sessuale, etc.), non hanno i requisiti dell'originalità, e non sono sfruttati, normalmente, a scopo di profitto».

Pur reputando che «la "libertà di impresa" assurg[a] a "diritto fondamentale" nel citato *considerando* n. 4, in prospettiva di un contemperamento proporzionale con il correlato "diritto fondamentale" alla protezione dei dati personali facenti capo all'interessato, secondo una prospettiva contenuta in radice nella stessa Carta dei diritti fondamentali dell'UE (artt. 8 e 16)», anche l'indagine condotta da Bravo, *Il "diritto" a trattare i dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., pp. 25 ss. e 199 ss. muove da una concezione atomistica del dato ed inquadra il diritto al trattamento «nell'ambito dei diritti di "libertà" previsti nel nostro ordinamento, avendo riguardo, primariamente, al contesto economico» intendendo esplorare «quali siano le connessioni esistenti tra il "diritto" al trattamento dei dati personali e le libertà economiche (avendo riguardo, segnatamente, alla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. e alla corrispondente libertà economica di cui all'art.16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nonché alle ulteriori libertà consacrate nel Trattato sul funzionamento dell'UE, strumentali alla realizzazione del mercato unico ed alla realizzazione del processo di integrazione socio-economica, *in primis* le libertà di stabilimento e di prestazio-

Le ragioni della sfera del personale (*GDPR*)[92] cedono in questo modo il passo rispetto alle ragioni dell'impresa (nei confronti delle quali la direttiva *PSI* mostra evidenti aperture).

Probabilmente è in questa prospettiva che dovranno esser letti, al momento della ponderazione tra gli interessi in campo, i tratti di comunanza tra i due sistemi normativi. Le disposizioni che fanno da *trait d'union* sono il par. 4 dell'art. 1 della direttiva *PSI*[93], il quale fa salvo il diritto dell'Unione (per quel che ora interessa, l'applicabilità del *GDPR*) e nazionale in materia di protezione dei dati personali, e l'art. 1, par. 2, lett. *h*) ed *l*), che esclude dall'ambito applicativo della direttiva i «documenti, il cui accesso è escluso o limitato in virtù dei regimi di accesso per motivi di protezione dei dati personali, e a parti di documenti accessibili in virtù di tali regimi che contengono dati personali il cui riutilizzo è stato definito per legge incompatibile con la normativa in materia di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali o pregiudizievole per la tutela della vita privata e dell'integrità degli individui, segnatamente quale prevista dal diritto nazionale o dell'Unione in materia di tutela dei dati personali» e i «documenti diversi da quelli di cui al paragrafo 1, lettera c), in possesso di organizzazioni che svolgono attività di ricerca e di organizzazioni che finanziano la ricerca, comprese le organizzazioni preposte al trasferimento dei risultati della ricerca».

Appare congruo ritenere, così, che anche il diritto alla protezione dei dati personali nell'utilizzo degli *open data* sia tutelato tramite l'impiego di dati anonimi[94], dovendosi al più riflettere sull'esistenza di un vero e proprio obbligo a carico delle pubbliche amministrazioni di ricorrere a tecniche di anonimizzazione dei dati.

---

ne di servizi, nonché le libertà di circolazione di persone, beni, capitali e pagamenti, a cui si ricollega anche la libera circolazione dei dati)».

92 Ma cfr. Zorzi Galgano, *Le due anime del* GDPR *e la tutela del diritto alla* privacy, in Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul* GDPR, Padova, 2019, p. 35 ss., spec. p. 89 ss.

93 Cfr. il considerando 52: «[l]a presente direttiva non pregiudica la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali conformemente al diritto nazionale e dell'Unione, in particolare il regolamento (UE) 2016/679 e la direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, ed eventuali disposizioni legislative supplementari nazionali. Ciò significa, tra l'altro, che il riutilizzo dei dati personali è ammissibile soltanto se è rispettato il principio della limitazione della finalità di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettera b) e l'articolo 6 del regolamento (UE) 2016/679. Un'informazione anonima è un'informazione che non riconduce a una persona fisica identificata o identificabile, ovvero dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato. Anonimizzare un'informazione è utile per conciliare l'interesse di riutilizzare il più possibile l'informazione del settore pubblico con gli obblighi della normativa sulla protezione dei dati, ma ha un costo. È opportuno considerare tale costo come uno degli elementi di costo che compongono il costo marginale di diffusione di cui alla presente direttiva».

94 Cfr. Papa, Smart city *e* Open government data, cit., p. 31: «la *Public Sector Information* si sostanzia in dati, non personali o resi anonimi, che le pubbliche amministrazioni producono nello svolgimento dei compiti istituzionali e che presentano un importante potenziale economico, in quanto riutilizzabili per la creazione di servizi basati sulla loro aggregazione e manipolazione».

A recidere il nodo gordiano corre in soccorso il c.d. *principio di necessità* (art. 3 del GDPR[95]), secondo cui *i dati anonimi devono preferirsi ai dati personali quando l'utilizzo di questi ultimi non sia strettamente necessario per conseguire le finalità del trattamento*. I sistemi informativi e i programmi informatici devono dunque essere configurati riducendo al minimo l'uso dei dati personali ed escludendolo quando le medesime finalità possano essere realizzate mediante dati anonimi. Nel panorama nazionale, invece, è da considerare l'art. 4, co. 3 del d.lgs. 33/2013, il quale stabilisce che qualora la pubblicazione di dati, informazioni e documenti nel sito istituzionale della pubblica amministrazione non sia obbligatoria ai sensi di specifiche previsioni normative, l'amministrazione che rende pubblici gli *open data* deve procedere all'anonimizzazione dei dati personali. Le pubbliche amministrazioni devono dunque preferire l'utilizzo di dati anonimi all'utilizzo dei dati personali in via generale. Tuttavia, se la pubblicazione dei dati non è obbligatoria, sono tenute a compiere le operazioni di anonimizzazione[96].

Si può inoltre ritenere, nel silenzio della direttiva *PSI*, che gli strumenti di tutela adoperabili per la protezione degli interessati al trattamento dei dati siano mutuabili dal *GDPR* e, pertanto, consisteranno in rimedi *ex ante* e in rimedi *ex post*.

Tra i primi si possono ricomprendere quelli (come la minimizzazione dei dati, la limitazione del tempo di conservazione, la separazione funzionale dei dati[97] ed i già citati *data protection by design* e *by default*)[98] che, quando i dati siano già stati raccol-

[95] L'art. 3 del *GDPR* dispone che «[i] sistemi informativi e i programmi informatici sono configurati riducendo al minimo l'utilizzazione dei dati personali e di dati identificativi, in modo da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante, rispettivamente, dati anonimi od opportune modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità».

[96] L'art. 4, co. 3, del d.lgs. n. 33 del 2013 prevede che «[l]e pubbliche amministrazioni possono disporre la pubblicazione nel proprio sito istituzionale di dati, informazioni e documenti che non hanno l'obbligo di pubblicare ai sensi del presente decreto o sulla base di specifica previsione di legge o regolamento, fermo restando i limiti e le condizioni espressamente previsti da disposizioni di legge, procedendo alla anonimizzazione dei dati personali eventualmente presenti».
Nel caso in cui, invece, la pubblicazione dei dati sia prevista da norme di legge, la disposizione applicabile sarà l'art. 4, co. 4, il quale stabilisce che «nei casi in cui norme di legge o di regolamento prevedano la pubblicazione di atti o documenti, le pubbliche amministrazioni provvedono a rendere non intelligibili i dati personali non pertinenti o, se sensibili o giudiziari, non indispensabili rispetto alle specifiche finalità di trasparenza della pubblicazione».
Cfr. anche Finocchiaro-Ratti, Open data, *dati personali e dati anonimi nell'attuale scenario normativo*, cit., pp. 44-45.

[97] Misura organizzativa diretta a inibire l'utilizzo di alcune categorie di dati per lo svolgimento di determinate attività d'impresa, anche limitando le basi giuridiche sulle quali possono avvenire particolari tipi di trattamento secondario. Ad esempio, alla luce del già citato art. 6, par. 4 del *GDPR*, il diritto dell'Unione o degli Stati membri potrebbe, *ex* art. 23, par. 1, lett. *i*) del *GDPR*, limitare o regolare il trattamento di categorie particolari di dati per tutelare l'interessato o i diritti e le libertà altrui.

[98] Ve ne sono, invero, altri che operano prettamente sul terreno del diritto della concorrenza involgendo tematiche che, però, non rientro nell'oggetto del presente lavoro.
Per completezza, si possono citare, sulla base di una concezione del dato come *essential facility*, l'obbligo per un'impresa in posizione dominante di cedere copia dei propri *data base* o consentirne l'accesso; reintrodur-

ti e successivamente elaborati per la destinazione ad altri mercati, operano a monte del trattamento, impedendo o limitando le possibilità di usi distorti e rischiosi dei dati personali, che tutelano la *privacy* limitando, riducendo, eliminando o impedendo di raccogliere ed elaborare quei dati non necessari al trattamento.

E ancora, l'art. 20 *GDPR* prevede il diritto alla portabilità dei dati[99], per tale intendendosi il diritto dell'interessato a ricevere i dati personali che lo riguardano e da lui "forniti a" un titolare del trattamento, «in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico», e conseguentemente il diritto di trasmettere tali dati a un altro titolare del trattamento, anche direttamente dal vecchio al nuovo titolare.

Tra gli strumenti che invece permettono di porre rimedio all'uso incompatibile dei dati rispetto allo scopo originario (operanti, cioè, *ex post*), particolare importanza occupano il diritto di revoca del consenso *ex* art. 7, par. 3 del *GDPR* ed il diritto di opposizione che l'art. 21 del *GDPR* attribuisce all'interessato quando il titolare abbia fondato il riutilizzo sulla base giuridica del legittimo interesse.

Volendo esemplificare, se il considerando 47 del *GDPR* ammette che possa essere qualificato come un caso di "legittimo interesse" il trattamento dei dati personali per finalità di *marketing* diretto – così permettendo al titolare di procedere al trattamento senza necessità di raccogliere il consenso dell'interessato –, allo stesso tempo il *GDPR* individua il diritto di opposizione quale strumento di difesa[100].

5. Tracciato il quadro giuridico di riferimento per la disciplina dei *big personal data*, è a questo punto della ricerca possibile passare ad individuare quelle regole specifiche per il riutilizzo dei *big data* del settore sanitario[101].

---

re l'offerta di servizi a pagamento al fine di ridurre al minimo la necessità della raccolta e la conservazione di dati; individuare dei limiti proporzionali per la conservazione dei dati; implementare e incentivare la portabilità dei dati; porre in essere controlli rigorosi e un'interpretazione restrittiva del concetto di "compatibilità" del trattamento ulteriore con quello originario.

Sul tema cfr. Troiano, *Il diritto alla portabilità dei dati personali*, in Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul* GDPR, cit., p. 195 ss.

99 In merito al quale cfr., oltre all'Article 29 Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, 13 dicembre 2016, reperibile al *link* https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-51/wp242_en_40852.pdf; Bolognini-Pelino-Bistolfi, *Il regolamento* privacy *europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati*, cit., p. 246 ss.; Pacileo, *Il diritto alla portabilità*, in Sica-D'Antonio-Riccio (a cura di), *La nuova disciplina della* privacy, Padova, 2016, p. 221 ss.

100 Cfr. i paragrafi 2 e 3 dell'art. 21, i quali prevedono che «[q]ualora i dati personali siano trattati per finalità di *marketing* diretto, l'interessato ha il diritto di opporsi in qualsiasi momento al trattamento dei dati personali che lo riguardano effettuato per tali finalità, compresa la profilazione nella misura in cui sia connessa a tale *marketing* diretto» e che «[q]ualora l'interessato si opponga al trattamento per finalità di *marketing* diretto, i dati personali non sono più oggetto di trattamento per tali finalità».

101 Cfr. sin d'ora quanto scritto da Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 117: «[a]lcuni sottoinsiemi della disciplina possono poi garantire diritti più pervasivi in capo all'interessato che determinano eccezioni alla disponibilità del dato o per scopi determinati o per tipologie di dati. È questo, per esempio, il caso dei dati sanitari raccolti nella cartella clinica elettronica (secondo la disciplina italiana e le linee guida

Gli ospedali generano oggi enormi quantità di dati: si tratta di informazioni prodotte dalle note dei medici, dalle registrazioni e dalle immagini medicali, dalla ricerca farmaceutica, dalle conversazioni sui *social media* e dalle informazioni provenienti da *device* indossabili e altri dispositivi di monitoraggio: utilizzati in modo efficiente, questi dati possono produrre grande valore.

In siffatta prospettiva appare accentuata, più che negli altri settori della *digital economy*, l'immagine tipologica del paziente come *prosumer*[102] che fornisce dati al sistema sanitario per poter a propria volta usufruire di servizi migliori, oltre che maggiormente innovativi e personalizzati[103], ciò che spiega la tendenza del sistema a voler sviluppare la domanda pubblica[104], *driver* per l'innovazione e l'investimento nel settore digitale[105]. Tuttavia, i dati sanitari sono anche per loro natura sensibili e la promozione della loro condivisione ed utilizzo ne aumenta il rischio di perdita o uso improprio, così finendo con l'arrecare potenziali danni personali, sociali e finanziari alle persone e con il ridurre la fiducia del pubblico nei fornitori di assistenza sanitaria e nei governi[106].

del Ministero della salute), che devono essere conoscibili per fini sanitari, inclusi i fini statistici di ricerca: la norma è volta a sottoporre a un regime di libera utilizzazione non tutti gli usi statistici, ma quelli inerenti a fini di ricerca di natura non commerciale. Evidentemente ciò impedisce che l'interessato possa concedere una licenza esclusiva per i fini rientranti in tale area di indisponibilità, ma consente al contempo di concedere un'esclusiva rivolgendola ad ambiti differenti quali l'uso computazionale di natura commerciale».

102 Ed infatti, la prima delle raccomandazioni contenute nel OECD, *Recommendation of the OECD Council on Health Data Governance*, 2017, p. 4, riguarda "*Engagement and participation*" e osserva come «*notably through public consultation, of a wide range of stakeholders with a view to ensuring that the processing of personal health data under the framework serves the public interest and is consistent with societal values and the reasonable expectations of individuals for both the protection of their data and the use of their data for health system management, research, statistics or other health-related purposes that serve the public interest*».

103 Cfr. OECD, *Recommendation of the OECD Council on Health Data Governance*, cit., p. 11: «*when such data are linked and analysed, then an exponential gain in information value can be attained to serve the health-related public interest. Examples include improving diagnosis, particularly for rare diseases; identifying optimal responders to treatment and personalising care for better patient outcomes; detecting unsafe health care practices and treatments; rewarding high quality and efficient health care practices; detecting fraud and waste in the health care system; assessing the long-term effects of medical treatments; and discovering and evaluating new health care treatments and practices*».

104 Anche mediante forme di incentivi fiscali o altri strumenti *lato sensu* promozionali, come osservato da Di Porto, *Il consumatore "iper-connesso": profili regolatori e di mercato della convergenza tra agenda digitale e strategia energetica*, in Olivieri-Falce (a cura di), Smart cities *e diritto dell'innovazione*, cit., p. 217 ss., spec. pp. 234-235.

105 Cfr. Di Porto, *Il consumatore "iper-connesso": profili regolatori e di mercato della convergenza tra agenda digitale e strategia energetica*, cit., p. 223.

106 Così OECD, *Recommendation of the OECD Council on Health Data Governance*, cit., pp. 1 e 12, ove si legge che «*[t]here are risks and benefits from health data processing at both the individual and societal levels. The maintenance of a confidential health care system is fundamental to effective individual care and treatment and to public health. It is crucial to the relationship of trust between a patient and a healthcare professional. Data security breaches or misuses of personal health data can undermine the trustworthiness and integrity of health care systems. At the same time, a failure to support appropriate collection, linkage, use and further processing may undermine the conditions necessary for public health and individual well-being. The under-use of health data will*

Preso atto della lacuna regolamentare in relazione alla specifica fattispecie in analisi, è necessario chiedersi quali siano gli strumenti più adeguati a far fronte ad un uso scorretto dei *big data*, se rimedi di natura reale ovvero risarcitorio. Considerate le già descritte caratteristiche che connotano tale concetto tipologico della realtà e, in particolare, la circostanza per cui, una volta trasferiti ed aggregati, i dati potrebbero mutare la propria qualificazione giuridica rilevandone la funzione di *input* per attività produttive e sarà pressoché impossibile controllare l'ulteriore circolazione[107] o, comunque, l'effettiva cancellazione da parte del soggetto che li abbia illegittimamente ricevuti e/o trattati, è ipotizzabile che strumenti di carattere reale rischino di risultare inefficaci e, perciò, incongrui allo scopo[108].

Siffatti rimedi vengono a volte addirittura esclusi per legge, come accade nel caso del considerando 76 del *CTR*, ove[109] si dispone che ai fini del rispetto dei diritti di protezione dei dati personali, «pur mantenendo la robustezza e l'affidabilità dei dati su sperimentazioni cliniche utilizzati a fini scientifici nonché la sicurezza dei soggetti che partecipano a sperimentazioni cliniche, è opportuno prevedere che, fatta salva la direttiva 95/46/CE, la revoca del consenso informato non incida sui risultati delle attività già realizzate, ad esempio l'archiviazione o l'utilizzo dei dati ottenuti sulla base del consenso informato prima della relativa revoca».

Il *CTR* prevede, in altre parole, attraverso un meccanismo di bilanciamento di massimizzazione, una sterilizzazione della revoca del consenso prestato dall'interessato quando ciò potrebbe avere effetti sull'attività che sia già stata svolta; principio che, a ben vedere e ancora una volta, sembrerebbe essere ulteriore declinazione del

limit the effective and efficient development and delivery of healthcare. Appropriate reconciliation of these risks and benefits is necessary if the interests of both individuals and societies are to be best served. This requires transparency, an understanding of the reasonable expectations of individuals, and the development of a shared view of how best to serve the public interest in both the protection of health data privacy and in the benefits to individuals and to societies from health data availability and use».

107 Di ciò si avvede anche l'OECD, *Recommendation of the OECD Council on Health Data Governance*, cit., p. 7 quando raccomanda sì di massimizzare il potenziale e promuovere lo sviluppo della tecnologia come mezzo per consentire il riutilizzo e l'analisi della disponibilità dei dati personali sulla salute, ma proteggendo allo stesso tempo la *privacy* e la sicurezza e facilitando il controllo delle persone sull'uso dei propri dati.

108 Sebbene i limiti della presente indagine non lo permettano, una prospettiva utile da coltivare sembrerebbe quella della potenziale ricaduta del mancato rispetto delle disposizioni in materia di tutela dell'interessato sul piano della validità dei contratti aventi ad oggetto proprio il trasferimento dei *big data*.

109 Dopo aver premesso che «[l]a direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio si applica al trattamento dei dati personali effettuato negli Stati membri nell'ambito del presente regolamento, sotto la vigilanza delle loro autorità competenti, in particolare delle autorità pubbliche indipendenti designate dagli Stati membri e dal regolamento (CE) n. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio che si applica al trattamento dei dati personali svolto dalla Commissione e dall'Agenzia nel quadro del presente regolamento e sotto la vigilanza del garante europeo della protezione dei dati» e che «[t]ali strumenti rafforzano i diritti di protezione dei dati personali, compresi il diritto di accesso, di rettifica e di ritiro, indicano nello specifico in quali situazioni è possibile imporre restrizioni di tali diritti».

più generale principio, proprio del diritto dell'impresa e societario, di conservazione dell'organismo produttivo e delle attività economiche[110].

Non rimane allora che concentrare l'attenzione sui rimedi risarcitori[111] i quali, però, non potranno che essere applicati a chi sia tenuto al rispetto di specifici obblighi di condotta nella raccolta ed utilizzo[112], anziché indistintamente a tutti gli utiliz-

[110] Sul sistema delle invalidità nel diritto societario e sul principio di effettività nel diritto dell'impresa quali espressioni di una più ampia esigenza sistematica di certezza dei traffici giuridici, anche a tutela dei creditori, cfr. per primo Angelici, *La società nulla*, Milano, 1975, p. 297 ss.; Palmieri, *La nullità della società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 1*, Torino, 2004, p. 490 ss.; Id., *sub Art. 2332*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 89 ss., spec. p. 99 ss.; Sciuto, *La nullità della società*, in Abbadessa-Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, t. 1, p. 415 ss.; Vessia, *Società in nome collettivo partecipate da persone giuridiche*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, p. 547 ss., spec. pp. 578-579, nt. 103, ove ulteriori riferimenti; Spada, *"Nullo e… avvenuto": le nullità nel diritto commerciale*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 219 ss.

[111] Cfr., con riferimento alla normativa precedente rispetto al *GDPR*, e cioè all'art. 15 del codice della *privacy* (d.lgs. n. 196/2003), Colonna, *Il sistema della responsabilità civile da trattamento dei dati personali*, in Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, II, p. 1 ss.; Alpa, *La responsabilità civile. Principi*, Milano, 2009, p. 250 ss.; Finocchiaro, Privacy *e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi*, Bologna, 2012, p. 277 ss.; Franzoni, *Responsabilità derivante da trattamento dei dati personali*, in Finocchiaro-Delfini (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Torino, 2014, p. 829 ss.; Resta-Salerno, *La responsabilità civile per il trattamento dei dati personali*, in Alpa-Conte (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Milano, 2015, p. 643 ss.
Si veda invece, dopo l'entrata in vigore dell'art. 82 del *GDPR*, Bravo, *Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali*, in Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul* GDPR, cit., p. 383 ss., il quale evidenzia la natura "ancipite" della responsabilità da trattamento illecito dei dati personali ricordando come essa si trovi «a cavallo tra responsabilità "contrattuale" (*rectius*, "da inadempimento" di obbligazione, sul modello dell'art. 1218 c.c.), e responsabilità "extracontrattuale"».

[112] E che questa possa essere la giusta prospettiva da coltivare parrebbe confermarlo il considerando 53 della direttiva 2019/1024/UE nel prevedere che «[a]l momento di prendere decisioni sulla portata e sulle condizioni del riutilizzo di documenti del settore pubblico contenenti dati personali, per esempio nel settore della sanità, può essere imposto l'obbligo di procedere a valutazioni d'impatto sulla protezione dei dati a norma dell'articolo 35 del regolamento (UE) 2016/679», escludendo addirittura così il meccanismo del consenso e lasciando, perciò, di conseguenza spazio solo per il rimedio risarcitorio.
Così come pure, ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. *c*), del *GDPR*, la prestazione di alcun consenso è previsto dal *CTR* per il caso in cui si proceda al trattamento di dati personali per fini di affidabilità e sicurezza ("*processing operations related to reliability and safety purposes*"). Si tratta di trattamenti dei dati finalizzati a garantire l'attendibilità dei risultati della sperimentazione, l'efficacia e la sicurezza dei medicinali e, quindi, la tutela della salute. Essi sono prescritti da specifiche disposizioni del *CTR*, che ne costituiscono la base giuridica ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. *c*) del *GDPR*. Sono, cioè, trattamenti necessari per adempiere a specifici obblighi legali a cui è soggetto il titolare del trattamento (a seconda dei casi, il promotore della sperimentazione, lo sperimentatore e/o il centro). Fra questi rientrano: la comunicazione al promotore di eventi avversi e di eventi avversi gravi da parte dello sperimentatore; la segnalazione all'Agenzia europea per i medicinali (c.d. EMA) di sospette reazioni avverse gravi e inattese da parte del promotore; la relazione annuale all'EMA sulla sicurezza del medicinale sperimentale utilizzato in una sperimentazione clinica da parte del promotore (artt. 41, 42 e 43 del *CTR*); l'archiviazione del fascicolo permanente della sperimentazione clinica da parte del promotore (e dello sperimentatore) per 25 anni (art. 58 del *CTR*).
Quanto invece ai dati relativi alla salute e genetici (o altre categorie particolari di dati personali di cui all'art. 9, par. 1 del *GDPR*), il trattamento si considera necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della

zatori o riutilizzatori, di dati nell'ambito della propria attività d'impresa (computazionale).

Ed infatti, se si ritiene di poter aderire alla ricostruzione sin qui proposta, che suggerisce di qualificare diversamente il dato nella sua dimensione statica e personalistica per un verso, e per altro verso i dati aggregati nella loro dimensione dinamica come fattori della produzione, un'azione per il risarcimento dei danni potrà essere configurabile esclusivamente nei confronti di chi abbia raccolto e trattato dati in modo tale da violare i principi sanciti dal *GDPR* e/o dalla direttiva *PSI*, potendosi misurare il grado di colpa sulla base del mancato rispetto di procedure e prescrizioni che sarebbero invece state ragionevolmente idonee ad integrare forme di tutela per i predetti soggetti.

Tanto si può dedurre dal basilare principio di relatività dei contratti e negozi giuridici, da cui si ricava la necessità di circoscrivere gli effetti obbligatori (legati all'attività di raccolta dei dati personali) tra l'interessato al trattamento e l'amministrazione pubblica richiedente il rilascio di quei dati personali (o sanitari).

Quando invece si passi alla fattispecie del riutilizzo dei *big data*, sarebbe probabilmente congruo concludere che, si tratti o meno di dati personali (vieppiù sensibili[113]), anche lo strumento del risarcimento del danno non potrà essere utilizzato essendo, a ben vedere, un danno risarcibile in sé a mancare, salvo a voler immaginare una responsabilità oggettiva o aggravata (e non contrattuale) derivante dall'esercizio di un'attività pericolosa *ex* art. 2050 c.c.[114], ovvero di una responsabilità da posizione[115].

---

sanità pubblica *ex* art. 9, par. 2, lett. *i*) del *GDPR*. In effetti, quest'ultima disposizione consente di derogare al divieto generale di trattare dati relativi alla salute e genetici quando, sulla base del diritto dell'UE o nazionale, ciò sia necessario a garantire «parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali».

113 *Contra* cfr. Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 133, il quale ritiene che «[r]imangono certamente fuori dalla prospettiva della ponderazione, ma secondo esiti che non paiono negare la soluzione qui prospettata, i casi in cui il legislatore compia invece una scelta definitiva a favore dell'interessato (ovvero della persona fisica cui i dati si riferiscono) come nel caso dei dati genetici o dei dati sensibili. In questi casi, evidentemente, il trattamento dei dati pone in essere una tale sollecitazione agli interessi personalistici da far assumere alla tutela dei dati quella superiorità assiologica e quel regime di intangibilità ed estraneità alla circolazione patrimoniale che è proprio (non del diritto sui dati personali ma) dei diritti della personalità».

114 Cfr. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; Comporti, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965; Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979; Id., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 439 ss.; Di Martino, *La responsabilità civile nelle attività pericolose e nucleari*, Milano, 1979; Franzoni, *Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, in Alpa-Bessone (diretto da), *La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Torino, 1987, II, p. 429 ss.; Corsaro, *Responsabilità da attività pericolose*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, XVII, 1998, p. 82; Rossetti, *sub Art. 2050*, in Carnevali (a cura di), *Dei fatti illeciti (artt. 2044-2059)*, in Gabrielli (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2011, p. 198 ss.; Bianca, *La responsabilità*, vol. V, Milano, 2012, p. 707 ss.

115 Ricalcando ad esempio un meccanismo simile a quello descritto da Calvosa, *Costituzione*, in Aa.Vv., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2012, p. 374 ss., spec. p. 391 con riferimento alla responsabilità del socio unico fondatore di società di capitali per le obbligazioni derivanti dalle operazioni anteriori all'iscrizione della società nel Registro delle imprese, la quale sussiste anche quando questi «non abbia "deciso, au-

In tali occasioni, all'assenza di tutele che operino *ex post* potrebbe fare da contraltare, ragionando *de iure condendo*, l'ipotesi di prevedere un compenso per chi abbia fornito i dati (*i.e.* per i *prosumer*), così cogliendo e sviluppando lo spunto di chi ha richiamato nel contesto dei *big data* l'istituto civilistico della specificazione[116].

L'art. 940 c.c., messo a sistema con altre norme in cui a prevalere sia lo svolgimento di un'attività lavorativa o d'impresa[117] (come nel caso della c.d. accessione invertita disciplinata dall'art. 938 c.c.[118]) rispetto allo statuto proprietario, sembrerebbe essere espressione di un principio generale per cui, allo sbiadirsi della dimensione personalistica del dato e con il prevalere delle ragioni dell'impresa computazionale, a chi abbia fornito la "materia prima" poi lavorata spetti il diritto di pretendere un compenso, regola suscettibile di estensione ai casi in cui ad esser trattati siano i cc.dd. dati del settore pubblico.

Quanto alla specifica materia oggetto del presente studio, tali conclusioni potrebbero essere desunte, pur in via analogica[119], tanto dal già citato regolamento (UE) 536/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano che abroga la direttiva

torizzato o consentito l'operazione" (ed anzi anche qualora si sia attivato per impedirne il compimento)». Si dovrebbe però, con riferimento alla fattispecie del riutilizzo dei *big data*, individuare una norma dalla quale far scaturire tale forma di responsabilità, circostanza che, allo stato attuale, sembra non ricorrere, sebbene non sia da escludere possa formare oggetto di un futuro specifico provvedimento legislativo.

116 E cioè Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., pp. 165 e 259 ss. Cfr. al proposito Pescatore-Greco-Albano, *Della proprietà*, Torino, 1958, p. 499; Buccisano, voce *Specificazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, p. 270 ss.; De Martino, *Della proprietà. Artt. 810-956*, *sub art. 940 c.c.*, in *Comm. Cendon*, Torino, 1991; Mattei, *La proprietà*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2015, p. 197; Bianca, *La proprietà*, vol. VI, Milano, 2017, p. 274 ss.

117 Si rinvia a Castellano, *La fattispecie impresa*, cit., p. 70 ss., «[l]e diverse esigenze del sottosistema delle obbligazioni a seconda del suo essere strumentale al diritto di proprietà o dell'agire economico si sintetizzano nella diversa prevalenza dell'uno sull'altro dei due obiettivi che ritroviamo nella coppia conservazione-mobilizzazione della ricchezza.
Il passaggio dall'uno all'altro degli obiettivi in parola coinvolge il mutamento di strutture logiche e assiologiche del sistema. Si pensi al diverso valore che assume il "terzo" a seconda che ci si prefigga l'obiettivo di favorire la conservazione della ricchezza o la sua circolazione». E si vedano gli esempi ivi citati oltre che la disciplina dei titoli di credito.
D'altronde, nota Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 256-257 come dal sistema sembrerebbe emergere un principio: l'ordinamento non riconosce, per la mera presenza di un debito intellettuale a favore di una creazione precedente, un diritto di veto sulle utilizzazioni di beni nuovi ove non permanga in questi ultimi alcun elemento idoneo a interferire con la precedente esclusiva.

118 La disposizione è rubricata "*Occupazione di porzione di fondo attiguo*" e, nel prevedere che «[s]e nella costruzione di un edificio si occupa in buona fede una porzione del fondo attiguo, e il proprietario di questo non fa opposizione entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione, l'autorità giudiziaria, tenendo conto delle circostanze, può attribuire al costruttore la proprietà dell'edificio e del suolo occupato», fa prevalere l'interesse del costruttore o, nell'*id quod plerumque accidit*, dell'impresa di costruzione, rispetto a quello del proprietario del fondo, imponendo il pagamento di un indennizzo pari al doppio del valore della superficie occupata, oltre il valore dell'ulteriore danno.

119 Sul quale cfr. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, v. I, t. 2, 1980, p. 182 ss.; Guastini, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2011, p. 276 ss.

2001/20/CE (c.d. *CTR*, *Clinical Trials Regulation*)[120], il quale integra idonea base giuridica per il trattamento dei dati personali ai sensi del *GDPR*; quanto dalla *Recommendation of the OECD Council on Health Data Governance* del 2017[121], appartenente al campo della *soft law*.

Dal combinato disposto dei due documenti emerge (nuovamente) un atteggiamento di sicuro *favor* da parte dell'ordinamento comunitario nei confronti del trattamento dei *big data* provenienti dal settore sanitario[122], ma vengono al contempo individuate delle tutele per gli interessati al trattamento che potrebbero, a ben vedere, già essere immediatamente implementate sul piano della disciplina quando si debba valutare, nell'individuazione del corretto contemperamento degli interessi, a quale tipo di bilanciamento si debba dar corso, se di minimizzazione ovvero di massimizzazione, se un certo tipo di interesse debba, cioè, essere solo limitato ovvero del tutto eclissato.

La prima di tali prescrizioni impone al titolare del trattamento non solo di garantire che nelle operazioni di *data mining* le informazioni (incluso l'eventuale accesso legittimo da parte di terzi), i benefici e gli obiettivi sottostanti al trattamento – oltre che la sua base giuridica – siano resi in modo chiaro e accurato ed in termini facilmente comprensibili e ben identificabili, ma anche di informare tempestivamente gli interessati di qualsiasi violazione significativa o di ogni altro uso improprio dei loro dati sanitari personali[123].

In secondo luogo, vengono fornite indicazioni specifiche sui meccanismi di prestazione del consenso al trattamento dei propri dati sanitari personali e su altre alternative adeguate, prevedendosi anzitutto che l'informativa[124] dovrebbe fornire chiarezza sulla necessità del consenso individuale e, in tal caso, sui criteri utilizzati per

---

[120] Il quale, però, non è ancora applicabile, non essendosi verificate le condizioni previste dagli artt. 82, par. 2 e 3, e 99, par. 2; *medio tempore* continueranno pertanto a trovare applicazione le norme nazionali adottate in attuazione delle direttive europee sulla buona pratica clinica relativa ai medicinali ad uso umano in fase di sperimentazione, che hanno preceduto il CTR, segnatamente, il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 200; il d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211; il d.m. 15 luglio 1997.

[121] La Raccomandazione è il prodotto di uno sforzo *multi-stakeholder*. È stato prodotto congiuntamente dal Comitato OCSE per la politica dell'economia digitale, che sostiene lo sviluppo e la promozione di politiche per stimolare la crescita di un'economia digitale accessibile, innovativa, aperta e affidabile per la prosperità e il benessere sostenuti, e il Comitato per la salute dell'OCSE, che sostiene lo sviluppo e la promozione di politiche per rafforzare i sistemi sanitari e migliorare le prestazioni dei sistemi sanitari.

[122] Cfr. OECD, *Recommendation of the OECD Council on Health Data Governance*, cit., p. 5.

[123] Così OECD, *Recommendation of the OECD Council on Health Data Governance*, cit., p. 5.

[124] Che secondo la OECD, *Recommendation of the OECD Council on Health Data Governance*, cit., pp. 6-7: «*7. Transparency, through public information mechanisms which do not compromise health data privacy and security protections or organisations' commercial or other legitimate interests. Public information should include the following elements:*
i. The purposes for the processing of personal health data, and the health-related public interest purposes that it serves, as well as its legal basis.
ii. The procedure and criteria used to approve the processing of personal health data, and a summary of the approval decisions taken, including a list of the categories of approved data recipients.

effettuare tale determinazione; su cosa costituisca valido consenso e su come esso possa essere revocato; sulle alternative legali ed esenzioni, anche in circostanze in cui la richiesta del consenso sia impossibile, impraticabile o incompatibile con il raggiungimento dello scopo di interesse pubblico relativo alla salute e il trattamento sia soggetto a garanzie coerenti con la raccomandazione dell'OECD. In tali casi, il consenso sarà valido solo se informato e fornito liberamente e se i meccanismi apprestati siano chiari e semplici da utilizzare anche al fine di fornire o revocare il consenso all'uso futuro dei dati.

Ove invece il trattamento dei *big healthcare data* non si basi sul consenso, nella misura del possibile, i meccanismi dovrebbero prevedere che gli interessati siano in grado di esprimere le preferenze relative al trattamento dei loro dati sanitari personali, compreso non solo il diritto di opporsi al trattamento in determinate circostanze, ma anche la possibilità di richiedere attivamente che i dati siano condivisi per la ricerca o per altri aspetti sanitari legati a scopi di interesse pubblico. Ove però le opposizioni o le richieste relative al trattamento dei dati non possano essere onorate, sarà necessario fornire agli interessati le ragioni per cui ciò accade, comprese indicazioni circa la pertinente base giuridica[125].

In terzo ed ultimo luogo l'OECD prevede espressamente degli obblighi di condotta in capo ai titolari del trattamento imponendo specifici procedimenti da seguire nello svolgimento della propria attività computazionale[126].

È bene svolgere due ulteriori riflessioni, una attinente alla particolare declinazione che l'anonimizzazione dei dati acquista se riferita ai *big healthcare data*, l'altra relativa alla destinazione di questi ultimi per il riutilizzo nel campo della ricerca.

Procedendo nell'ordine, la circostanza che, in ragione del rapido incedere dell'evoluzione tecnologica, un dato potrebbe *in thesi* non esser mai qualificato come anonimo, ma solo come pseudonimizzato[127], consente di reputare maggiormente efficiente la scelta del rimedio risarcitorio quale principale strumento di tutela dell'interessato contro il trasferimento di dati, determinando il positivo effetto di demandare ad un giudizio di responsabilità per colpa l'imputabilità del danno al titolare del trattamento, tenendo conto della prevedibilità, allo stato dell'arte, della

iii. Information about the implementation of the health data governance framework and how effective it has been».

125 Cfr. OECD, *Recommendation of the OECD Council on Health Data Governance*, cit., pp. 5-6.

126 Cfr. OECD, *Recommendation of the OECD Council on Health Data Governance*, cit., pp. 6 ss.

127 Cfr. Finocchiaro-Ratti, Open data, *dati personali e dati anonimi nell'attuale scenario normativo*, cit., p. 45, nt. 20, «[s]i legge nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa N. R (97) 5 sulla protezione dei dati sanitari, art. 1, comma 1°, che le informazioni non sono da considerarsi identificabili se l'identificazione richiede un irragionevole impiego di tempo e lavoro: "Ai fini della presente raccomandazione: l'espressione "dati a carattere personale" significa tutte le informazioni che riguardano una persona fisica identificata o identificabile. Una persona fisica non è considerata identificabile se l'attività per la sua identificazione richiede tempi e interventi irragionevoli. Quando una persona non è identificabile, i dati sono dichiarati anonimi».

fattispecie lesiva[128]; tuttavia, quando si passi al riutilizzo, anche per i *big healthcare data* si potrebbe determinare, coltivando l'idea espressa già *supra*, un mutamento di qualificazione giuridica della fattispecie ed una conseguente inoperatività di qualsivoglia strumento rimediale, di carattere reale o risarcitorio che sia.

Quanto al riuso per fini di ricerca[129], poi, affinché la regola del consenso possa essere superata[130], si potrebbe guardare al *CTR*, il quale richiede un progetto di ricerca istituito in conformità con le pertinenti norme metodologiche e deontologiche settoriali, in linea con le buone prassi[131]. Nell'ambito della sperimentazione clinica il consenso, ai sensi del *GDPR*, è revocabile in qualsiasi momento e la revoca preclude ogni ulteriore trattamento dei dati dell'interessato, ferma restando la liceità dei trattamenti eseguiti sulla base del consenso sino alla revoca (art. 7, par. 3 del *GDPR*) e dei trattamenti (anche futuri) fondati su altre basi (come quelli necessari ad adempiere obblighi legali gravanti sul promotore, sullo sperimentatore e/o sul centro)[132].

Ulteriori basi per il trattamento di dati personali per meri scopi di ricerca sono: *i*) la necessità dello stesso per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. *e*) del *GDPR* se la conduzione della sperimentazione rientra specificatamente nei compiti conferiti ad un ente (pubblico o privato) dalla legge nazionale; *ii*) ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. *f*) del *GDPR*, la necessità per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento (ad esempio, il promotore o lo sperimentatore), «a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato»; *iii*) *ex* art. 9, par. 2, lett. *i*) e *j*) del *GDPR*, in ogni caso, la necessità del trattamento dei dati relativi alla salute e genetici per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica o a fini di ricerca

[128] A conferma di ciò si veda quanto scritto in OECD, *Recommendation of the OECD Council on Health Data Governance*, cit., p. 16: «*[t]he question of whether personal health data sets have been sufficiently de-identified can be evaluated against a range of factors, including the applicable organizational structures, security measures and level of time and effort needed to re-identify the data. De-identified data are not anonymous data*».

[129] Cfr. *supra*, § 2.

[130] I trattamenti di dati personali posti in essere nell'ambito di una sperimentazione che non trovano puntuale disciplina nel *CTR*, come visto, a seconda dei casi, possono basarsi sul consenso dell'interessato – art. 6, par. 1, lett. *a*) del *GDPR* – o essere necessari per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento – art. 6, par. 1, lett. *f*) del *GDPR* – o per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico attribuito al titolare del trattamento – art. 6, par. 1, lett. *e*) del *GDPR*.
Allo stesso modo, per quanto riguarda i dati relativi alla salute e genetici (o altre categorie particolari di dati personali), il trattamento è consentito, ai sensi dell'art. 9, par. 2, lett. *a*) del *GDPR*, con il consenso dell'interessato o, se è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, alle condizioni di cui all'art. 9, par. 2, lett. *i*) del *GDPR*, o a fini di ricerca scientifica, alle condizioni di cui all'art. 9, par. 2, lett. *j*) del *GDPR*.

[131] Così l'Article 29 Working Party, *Guidelines on consent under Regulation 2016/679 adopted on 28 November 2017 As last Revised and Adopted on 10 April 2018*.

[132] Cfr. in merito *EDPB*, *Parere 3/2019 relativo alle domande e risposte sull'interazione tra il regolamento sulla sperimentazione clinica*, reperibile al *link* https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/avis-art-70/opinion-32019-concerning-questions-and-answers-interplay_it.

scientifica, ciò sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato.

Infine, può essere utile accennare ai casi previsti dall'art. 28, par. 2 del *CTR* di trattamenti ulteriori dei dati personali al di fuori di quanto disposto nel protocollo della sperimentazione clinica esclusivamente per fini scientifici. Ai sensi dell'art. 5, par. 1, lett. *b*) del *GDPR*, il trattamento dei dati raccolti nella sperimentazione per scopi scientifici non previsti dal protocollo della sperimentazione sarà consentito con il consenso dell'interessato oppure se tali scopi devono considerarsi compatibili con quelli della raccolta[133]. In linea di principio, ai sensi dell'art. 5, par. 1, lett. *b*) e del considerando 50 del *GDPR*, un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di ricerca scientifica potrà ritenersi compatibile con le finalità iniziali a patto che siano rispettate le condizioni e le garanzie per i diritti e le libertà dell'interessato ai sensi dell'art. 89, par. 1 del *GDPR*, come, per esemplificare, le misure tecniche e organizzative idonee a garantire la minimizzazione dei dati, inclusa la pseudonimizzazione e, ove possibile, l'anonimizzazione[134].

6. *Spunti conclusivi su* big healthcare data*, contratti di licenza e collettività organizzate per l'impresa computazionale*.

Indagata la qualificazione giuridica dei *big healthcare data* e ricostruito il quadro giuridico di riferimento, è ora possibile fornire degli spunti di riflessione sugli aspetti più problematici legati alle forme di circolazione mediante cui questi possano consentire all'impresa computazionale di produrre nuovo valore.

I dati possono formare oggetto di[135]: *i*) atti traslativi nell'ambito di cessioni (non dei dati in sé ma) del diritto sul bene immateriale che li contiene e che comporta anche la cessione all'avente causa della facoltà di utilizzazione/riutilizzazione computazionale[136]; *ii*) un acquisto derivativo costitutivo che conferisca all'avente causa

[133] Come pure riconosciuto dall'Article 29 Working Party, *Guidelines on consent under Regulation 2016/679 adopted on 28 November 2017 As last Revised and Adopted on 10 April 2018*, il trattamento dei dati personali per finalità diverse da quelle per le quali i dati personali sono stati inizialmente raccolti è consentito ove sia compatibile con tali finalità (v. l'art. 5, par. 1, lett. *b*) e il considerando 50 del *GDPR*, il quale inoltre prevede che «[i]n tal caso, non è richiesta alcuna base giuridica separata oltre a quella che ha consentito la raccolta dei dati personali»).

[134] Cfr. Pasquale, *Grand Bergains for Big Data: The Emerging Law of Health Information*, University of Maryland Francis King Carey School of Law Legal Studies Research Paper No. 2016-32, available at http://ssrn.com/abstract=2831712, p. 687, secondo il quale «*[t]he law of health information is neither more "open" nor more "closed" than information law generally. Free access should be dictated in areas of extreme personal or societal need; in other cases, it may be right to force high payments – either ex ante via taxes, or ex post via high prices – from those with the ability to pay. Privacy should play a far more important role here than it does in the usual Wild West of Internet data collection and processing. But once data is truly anonymized, the research imperative for access is perhaps more pressing here than in any other area of law (except, perhaps, national security). Health professionals and patients believe the medical field deserves some autonomy from the normal laws of IP*».

[135] Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 222 ss.

[136] Per Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 223, «[s]i tratta dei casi in cui si trasferisce il diritto soggettivo che corrisponde a un *ius escludendi* in senso tecnico (come nel caso del diritto d'autore o

uno *ius in re aliena* sul medesimo bene immateriale in cui i dati sono contenuti[137]; *iii*) un diritto personale di godimento sul bene immateriale, relativo all'utilizzazione computazionale del medesimo secondo le forme e le soluzioni derivate dalle licenze aventi ad oggetto diritti di proprietà intellettuale; *iv*) se, invece, il giacimento di dati non sia soggetto ad alcuna forma di appartenenza, il negozio concluso sotto il *nomen* di licenza potrà avere una natura meramente obbligatoria[138].

Presupponendo il ciclo di vita dei *big data* la predisposizione di un adeguato sistema di raccolta dei dati, di un'infrastruttura di archiviazione e di un *software* per la loro elaborazione, l'impresa computazionale si troverà a dover sostenere dei costi molto elevati, tali per cui sarà spesso conveniente la realizzazione di piattaforme ed infrastrutture condivise tra più operatori che si occupino, ciascuno, di diverse fasi del processo di "estrazione" del valore o, «nell'ipotesi in cui sia un solo soggetto a farsi carico della parte infrastrutturale, mettere a frutto i dati acquisiti anche mediante licenze d'uso che permettano di ottenere un ulteriore ritorno economico dell'investimento sostenuto»[139].

Vi sono dunque diversi interessi coinvolti nel processo di innovazione computazionale, come ad esempio quello di chi compie operazioni di *data mining* a rivendere i dati acquisiti ed immagazzinati, o l'interesse di chi si occupi della *data analysis* ad acquisire i dati (*input*) e successivamente ad estrarne valore da utilizzare per sé o a cedere i cc.dd. metadati (*output*).

Nella cennata prospettiva d'indagine, detti interessi potrebbero essere composti tanto mediante il ricorso a contratti di licenza, quanto mediante il ricorso a forme associative d'impresa funzionalmente e strutturalmente congrue rispetto all'attività computazionale.

del diritto connesso sulla banca dati) o a un altro diritto corrispondente a una quasi-esclusiva (come nel caso del segreto industriale). Il trasferimento potrà riguardare il diritto nel suo complesso o un diritto parziario: in questo caso, si potrà trattare di una sottocategoria di un diritto tipico (che identifichi per esempio un diritto di riproduzione per fini computazionali)». L'A. precisa poi che «tali trasferimenti non sono invece rinvenibili in materia di dati personali per i quali non dovrebbe potersi configurare un negozio traslativo, stante l'impossibilità di immettere l'avente causa nella medesima posizione del titolare del diritto».

137 Ancora secondo Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., pp. 223-224, «[c]osì, in particolare, accadrà nei contratti con l'editore che includano, per previsione espressa o per chiara coerenza con lo scopo del negozio, anche l'utilizzazione computazionale».

138 Precisa Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., p. 226 che, in tale circostanza, «il dante causa si obbligherà a un *facere* consistente nel fornire all'altra parte una serie di dati raccolti in un certo formato, anche attraverso il trasferimento del bene immateriale che li contiene. In questi casi il licenziatario non avrà un diritto personale di godimento né un'azione diretta nei confronti dei terzi, ma avrà le tutele tipicamente connesse all'inadempimento del dante causa».

139 Maggio-Mula, Big data *e strumenti negoziali*, in Falce-Ghidini-Olivieri (a cura di), *Informazione e* big data *tra innovazione e concorrenza*, cit., p. 149 ss., si cita da pp. 149-150. Cfr. anche Romano, Big data, smart cities *e proprietà intellettuale: quale il giusto equilibrio*, in Falce-Olivieri (a cura di), Smart cities *e diritto dell'innovazione*, cit., p. 264.

Per quanto riguarda i primi, lo schema tipico di tali contratti parrebbe essere quello della somministrazione[140], in cui si prevede che il *big data provider* metta a disposizione di un altro soggetto che intende sfruttare i dati prodotti dagli utenti della propria attività (*big data supplier*) i servizi di acquisizione, archiviazione ed elaborazione di grandi quantità di dati[141], perché questo possa eventualmente cederli a chi sia interessato ad utilizzare le informazioni acquisite sul comportamento economico e sociale degli utenti (*big data client*). I modelli negoziali utilizzabili sono molteplici, dai contratti di *cloud* ai "*data pool*", i quali secondi potranno essere regolati, attraverso forme di *licence back* o di *reach through*, per consentire alle parti di ricavare utilità dalla commercializzazione delle innovazioni derivanti dalla conoscenza computazionale di cui, nel caso di un "*data pool* soggetto", questo potrà rimanerne titolare. Ad ogni modo, il *data processor* assumerà essenzialmente un'obbligazione di *facere*, consistente nell'attività intellettuale di estrazione di correlazioni ed altri obblighi connessi[142].

[140] Parla di "somministrazione computazionale di dati" Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., pp. 236 ss., per il quale sarebbe meritevole di censura l'assunto per cui «[t]ipicamente nel contesto computazionale il paradigma di utilizzo è, tuttavia, dinamico e relativo a dati che vengono prodotti (ad esempio attraverso fenomeni rilevati dall'IoT) in un momento successivo alla stipulazione del contratto e attinenti a fenomeni che si evolvono nel tempo. Gli assetti negoziali relativi a tali fattispecie potrebbero anzitutto qualificarsi come atti di disposizione di opere future. Questi negozi sono tradizionalmente utilizzati con riferimento a creazioni tutelate dalla proprietà intellettuale al fine di perseguire alcuni obiettivi tipici dell'impresa culturale, come quello di assicurare a quest'ultima il vantaggio competitivo che deriva dal rapporto con il dante causa». Sul piano della struttura, dunque, «[q]uesti negozi sono tradizionalmente ricondotti allo schema della vendita di cosa futura, ammessa dal codice civile in via generale agli artt. 1348 e 1472 (se non a quello del preliminare di vendita) e disciplinati da una serie di figure tipiche o anche dalla licenza di beni futuri ad esempio nel caso di licenza su brevetto non ancora esistente. In alcune di queste ipotesi, l'interesse dell'avente diritto potrebbe essere, peraltro, soddisfatto anche con l'anticipazione delle prestazioni in un unico atto». Criticabile – si diceva, proseguendo nell'incedere argomentativo dell'A. citato – poiché incongrua rispetto a trasferimenti di flussi di dati futuri a vantaggio dell'impresa computazionale, «la quale tipicamente ricerca, in queste fattispecie concrete, la soddisfazione di un bisogno durevole, consistente nella necessità di monitorare l'evoluzione di fenomeni della realtà materiale (o comunque attinenti al comportamento degli individui nel tempo) e di eseguirne la misura e l'estrazione computazionale. Queste fattispecie mi paiono più correttamente riconducibili al paradigma della somministrazione, ove la fornitura di durata costituisce un mero aspetto empirico della fattispecie (come nella vendita a consegne ripartite), ma esprime e realizza la causa del negozio, consistente appunto nel soddisfacimento di un bisogno durevole».

[141] Aderiscono alla tesi accolta nel testo Bradshaw-Millard-Walden, *Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services*, in *International Journal of Law & Information Technology*, 2011, p. 11; Hon-Hörnle-Millard, *Data Protection Jurisdiction and Cloud Computing – When are Cloud Users and Providers Subject to EU Data Protection Law? The Cloud of Unknowing Part 3*, in *International Review of Law Computer & Technology*, 2012, p. 9; Mula, *Il contratto di fornitura di servizi* cloud, in *Internet e diritto civile*, Atti del convegno tenutosi a Camerino il 25 e 26 settembre 2014, Napoli, p. 540 ss.; Maggio-Mula, Big data *e strumenti negoziali*, cit., p. 151.

[142] Cfr. Ottolia, Big data *e innovazione computazionale*, cit., pp. 243 ss., 274 ss. e 285, ove viene instaurato un parallelismo tra i contratti cc.dd. di *tolling* per il trasferimento di elettricità o gas naturale (materie prime) ad un soggetto che, elaborandoli, produca energia.

Con riguardo, infine, allo svolgimento di attività d'impresa computazionale in forma collettiva, gli istituti che meglio sembrano prestarsi a tale finalità sono i contratti di rete[143] ed i consorzi[144], oltre che le s.r.l. *start up* o PMI innovative, ancor più oggi a seguito della novella legislativa[145].

Il trasferimento dei *big healthcare data* potrebbe formare così oggetto di conferimento[146] e di contributo (in quest'ultimo caso, come noto, solo nei consorzi e nei

[143] La disciplina sul contratto di rete, oltre a rappresentare un *unicum* nel panorama europeo, è frutto di una serie di interventi normativi effettuati a cavallo tra il 2009 e il 2012: la relativa definizione e la prima disciplina organica si ritrova nell'art. 3, comma 4-*ter* ss., d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito con l. n. 33 del 2009. Il testo è stato successivamente modificato in più occasioni: nel luglio dello stesso anno (art. 1, l. 23 luglio 2009, n. 99, c.d. legge sviluppo) e, nell'anno successivo, ad opera dell'art. 42 d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122. La disciplina è stata poi in gran parte riscritta dall'art. 45 d.l. n. 83 del 22 giugno 2012 (c.d. decreto sviluppo) e soprattutto dalla relativa legge di conversione (l. n. 134 del 7 agosto 2012), nonché dall'art. 36, comma 4, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni con l. n. 221/2012.
Per la definizione del contratto di rete cfr. l'art. 4-*ter*, co. 1, d.l. n. 5/2009.
In dottrina cfr. per tutti Cafaggi-Iamiceli-Mosco (a cura di), *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano, 2012; Iamiceli (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009.

[144] La letteratura sul tema è sterminata pertanto, senza pretesa di completezza, cfr. Ghiron, *La concorrenza e i consorzi*, in Tratt. Vassalli, X, I, 2, Torino, 1949; Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 119 ss.; Minervini, *Concorrenza e consorzi*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, VI, Milano, 1965; Franceschelli, *Consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970; Borgioli, *Consorzi e società consortili*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1985; Guglielmetti, *La concorrenza e i consorzi*, in Tratt. Vassalli, X, I, 2, Torino, 1970; Volpe Putzolu, *I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 1981; Marasà, *Consorzi e società consortili*, Torino, 1990; Sarale, *Consorzi e società consortili*, in *Tratt. Cottino*, vol. III, Padova, 2004; Lucarelli, *sub Art. 2602*, in Santosuosso (a cura di), *Delle società. Dell'azienda. Della concorrenza*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2014.

[145] Su cui cfr., anche qui senza alcuna pretesa di completezza, Guaccero, *La* start-up *innovativa in forma di società a responsabilità limitata: raccolta del capitale di rischio ed* equità crowdfunding, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, p. 699 ss.; Guizzardi, *L'impresa* start up *innovativa costituita in forma di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2016, p. 549 ss.; Speranzin, *S.r.l. piccole-medie imprese tra autonomia statutaria e ibridazione dei tipi (con particolare riferimento alle partecipazioni prive del diritto di voto)*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 335 ss.; Cian, *S.r.l. P.M.I, s.p.a.: schemi argomentativi per una ricostruzione del sistema*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 818 ss.

[146] Prescindendo dall'acceso dibattito sulla funzione del capitale sociale, che pure si pone al vertice del problema di cui si sta discorrendo (cfr. sul punto, tra i contributi più recenti, Miola, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1199 ss.; Ferri jr., *Recenti novità legislative in materia di società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, p. 415 ss.; Ginevra, *Il senso del mantenimento delle regole sul capitale sociale (con cenni alla s.r.l. senza capitale)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, I, p. 169 ss.; Spolidoro, *Una società a responsabilità limitata da tre soldi (o da un euro?)*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1085 ss.; Portale, *La parabola del capitale nella s.r.l. (dall'«*importancia cuasi-sacramental» al ruolo di «ferro vecchio»?), in *Riv. soc.*, 2015, p. 815 ss.; Maugeri, *Struttura finanziaria della s.p.a. e funzione segnaletica del capitale nel diritto europeo armonizzato*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, p. 1 ss. e in Benedettelli-Lamandini (diretto da), *Diritto societario europeo e internazionale*, Torino, 2016, p. 329 ss.), non v'è dubbio che i *big data* rappresentino mezzi utili allo svolgimento dell'attività sociale suscettibili di valutazione economica. Sul tema dei conferimenti e delle entità conferibili cfr., fra i tanti, Miola, *Conferimenti: entità conferibili e procedimento*, in Campobasso (a cura di), *Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, Milano, 2003, p. 297 ss.; Olivieri, *I conferimenti nella società per azioni*, in

contratti di rete), ma nella prassi si può presumere che vi sia un maggior interesse a che l'apporto abbia ad oggetto la prestazione del servizio computazionale[147], di modo da poter sfruttare in maniera efficiente le sinergie tra settore pubblico e privato[148]. Ciò in quanto, sebbene sia sempre possibile il ricorso all'alternativa negoziale, con la previsione di apposite clausole[149] tese a garantire il rispetto delle previsioni contenute nel *GDPR* e nella direttiva *PSI*, oltre che degli obblighi di cui si è già in precedenza detto[150], mediante l'apporto di servizi a capitale sarà possibile accedere alle posizioni soggettive ed ai vantaggi che normalmente vengono attribuiti ad un socio di capitale nell'impresa organizzata in forma di s.r.l.[151], allocando tra le parti costi e benefici delle attività medesime e, così, poteri e rischi.

d'Alessandro (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, II, 1, *Commento agli artt. 2325-2379* ter *del Codice Civile*, Roma, 2010; e, per una bibliografia completa, De Stasio-Nuzzo, *sub Art. 2342*, in Abbadessa-Portale (diretto da), *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, Milano, 2016, t. I, p. 344 ss.

147 Cfr. da ultimo sul tema dei conferimenti di attività di ricerca e sviluppo nella s.r.l. lo scritto di Nieddu Arrica, *Il conferimento di attività di ricerca e sviluppo nella società a responsabilità limitata*, in *AIDA*, 2018, p. 499 ss., nel quale si comparano gli incentivi e i benefici di un conferimento di servizi innovativi a capitale con diverse alternative contrattuali, propendendo per la prima soluzione.

148 Cfr. Nieddu Arrica, *Il conferimento di attività di ricerca e sviluppo nella società a responsabilità limitata*, cit., pp. 524-525, «[l]a sinergia tra il socio di industria e un'altra impresa – anche eventualmente in una prospettiva di integrazione tra capitali privati e risorse pubbliche con applicazione della disciplina di cui al T.U. sulle società a partecipazione pubblica, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, come modificato dal d.lgs., 16 giugno 2017, n. 100 – appare felice in tutti i casi in cui il primo abbia competenze e la seconda disponga alternativamente di liquidità o di una struttura aziendale idonee a sviluppare, valorizzare e commercializzare i risultati dell'attività capitalizzata, ovvero sia titolare di brevetti, dati, software, materiali, prototipi o campioni essenziali per le attività di ricerca e sviluppo (anche come oggetto delle medesime). La situazione tipica potrebbe essere quella della società dotata di personale qualificato per la ricerca ma priva delle risorse finanziarie o strumentali necessarie per portare a compimento uno o più progetti aventi buone potenzialità reddituali: le parti potrebbero costituire una s.r.l. in cui un'impresa conferisce l'attività di ricerca e sviluppo e l'altra il capitale, gli strumenti o l'oggetto della ricerca; alternativamente l'impresa dotata delle competenze potrebbe conferire i servizi in altra s.r.l. dotata di asset essenziali alla ricerca e sviluppo».

149 Su questa tematica cfr. Maggio-Mula, Big data *e strumenti negoziali*, cit., p. 158 ss.
Anche in ossequio al considerando 48 della direttiva PSI, occorrerà limitare l'inserimento di clausole che attribuiscano diritti di esclusiva sul riutilizzo dei dati del settore pubblico, salvo quanto previsto dall'art. 12 della stessa.

150 V. *supra* § 5.

151 Tra cui: poteri di controllo sulla gestione e sull'operato degli amministratori e possibilità di accesso diretto alle scritture contabili ed alla documentazione sociale; eventuale compartecipazione alla gestione dell'impresa; eventuale attribuzione di particolari diritti di natura patrimoniale o amministrativa; trasferibilità della partecipazione dopo l'esaurimento dell'attività computazionale programmata, «secondo la logica del (dis) investimento tipica delle *start-up*, in cui il finanziatore non viene remunerato tanto con l'attribuzione degli utili quanto al momento della cessione della partecipazione». Così Nieddu Arrica, *Il conferimento di attività di ricerca e sviluppo nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 526.

Sulla perdita della cittadinanza europea: da Rottmann a Tjebbes, e poi?

di Angela Maria Romito*

Abstract. The article focuses on the issue of the loss European citizenship in the light of the case law: comparing *Rottman* and *Tjebbes* judgments some critical remarks are outlined. The recent case builds on and extends the scope of a line of existing cases that has started to redefine the relationship between EU citizenship and Member State nationality. The deep analysis of the opinion of Advocate General and of the reasoning of the Grand Chamber is explanatory in offering the Court's vision of what is the core of Union citizenship and the relationship between the rights of free movement and residence, and what they offer in their totality to the individual citizen.
The article also examines the requirement introduced by the Court of Justice that the rules on the loss of nationality must have due regard to the principle of proportionality and allow for an individual examination of the consequences of that loss. Some final remarks concern the post – Brexit landscape and the possible effects of Tjebbes's rule on the protection of the free movement of persons.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il caso Rottmann: la competenza della Corte ed il criterio di proporzionalità quale limite alla revoca della cittadinanza. – 3. Sulla valenza autonoma della cittadinanza europea. – 4. Il caso Tjebbes. – 5. Le conclusioni dell'Avvocato generale e la sentenza della Corte: luci ed ombre. – 6. Profili critici. – 7. Conclusioni.

1. La recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Ue resa nel caso *Tjebbes*[1] affronta la delicata questione della perdita della cittadinanza europea a causa di provvedimento statale che, in ottemperanza a quanto indicato dalla legge olandese, ha negato il rinnovo del passaporto alle richiedenti, tutte donne con doppia cittadinanza.

Se il tema, in generale, torna ad esser di rinnovato interesse in questo delicato contesto storico che l'Unione sta vivendo, segnato da rigurgiti nazionalistici e spinte antieuropeiste, la recente sentenza, in particolare, offre una ragione in più per tornare a meditare anche sulla definizione di una cittadinanza "autonoma" dell'Unione europea[2].

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

1 Corte di giustizia (Grande sezione), 12 marzo 2019, causa C-221/17, nel procedimento *M.G. Tjebbes* c. *Minister van Buitenlandse Zaken* ECLI:EU:C:2019:189.

2 Triggiani, *La cittadinanza europea per l "utopia" sovranazionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, 435 ss.; Kostakopoulou, *European Union Citizenship and Member State Nationality: Updating or Upgrading the Link?*, in Shaw (ed.), *Has the European Court of Justice Challenged Member State Sovereignty in Nationality Law*, (EUI Working Papers RSCAS 2011/62), 21 ss.

Della perdita della cittadinanza europea (univocamente ed ontologicamente connessa della perdita della cittadinanza nazionale)[3] se ne era occupata per la prima volta, circa un decennio fa, la Corte di Lussemburgo nel celebre caso *Rottman*[4]; l'odierna sentenza si pone idealmente in linea di continuità con quella precedente, offrendo nuovi spunti di riflessione, non solo per via delle differenti argomentazioni giuridiche svolte e per il differente grado di intensità attribuito al criterio di proporzionalità, ma soprattutto per i possibili riverberi che discendono dalla sua applicazione.

Dando per scontati la nozione di cittadinanza europea, il suo riferimento normativo e le sue peculiarità[5], e tralasciando, altresì, l'analisi della copiosa e nota giurisprudenza della Corte di giustizia che nel tempo ha progressivamente ampliato la portata applicativa dell'istituto, arricchendola di contenuti innovativi non previsti nel lontano 1992[6], nelle pagine che seguono, sulla scorta dell'esame della questione giuridica illustrata in modo parzialmente differente nelle Conclusioni presentate dall'Avvocato generale e nella sentenza emessa dalla Corte, si intende svolgere alcune considerazione sull'impatto che la decisione potrebbe avere al tempo della Brexit.

2. Come è ben noto nel 2010 la Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale, si era pronunciata sulle conseguenze giuridiche della perdita della cittadinanza dell'Unione (e dei diritti e delle libertà fondamentali ad essa associati) derivante dalla re-

---

3 Per profili internazionalistici v. Panella, *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Napoli, 2008; Marinai, *Perdita della cittadinanza e diritti fondamentali: profili internazionalistici ed europei*, Milano, 2017.

4 Sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione), del 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottmann* c. *Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2010:104. Tra i numerosissimi commenti, solo nella dottrina italiana, si vedano Adobati, *È possibile che un soggetto diventi apolide e perda lo status di cittadino dell'Unione nel rispetto del principio di proporzionalità*, in *Dir. comun. scambi internazionali*, 2010, 291; Bartoloni, *Competenza degli Stati in materia di cittadinanza e limiti posti dal diritto dell'Unione europea: il caso Rottmann*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 423; Fabbrini, *La Corte di giustizia europea e la cittadinanza dell'Unione*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 702; Nalin, *Revoca della cittadinanza nazionale e perdita dello status di cittadino dell'Unione*, in *Sud in Europa*, maggio 2010.

5 La letteratura sulla cittadinanza europea è sterminata. Senza pretesa di esaustività nel panorama giuridico italiano si rinvia a Lippolis, *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994; Cartabia, *Cittadinanza europea*, in *Enc. Giur.*, IV aggiornamento, Roma, 1995; Condinanzi, Lang, Nascimbene (a cura di), *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006; Triggiani (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011; Gargiulo, *Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, Roma, 2012; Morviducci, *I diritti dei cittadini europei*, III ed., Torino, 2017; Villani, *Cittadinanza dell'Unione europea, libertà di circolazione e di soggiorno e diritti fondamentali*, in AA.VV., *L'integrazione europea sessant'anni dopo i Trattati di Roma*, Milano, 2018, 48.
Si ricorda in questa sede solo che è descritta negli artt. 9, par. 1 TUE e 20 e ss. TFUE; che ha carattere derivato perché si stabilisce solo per il tramite dell'appartenenza ad uno degli Stati membri, e che è "aggiuntiva" e non "complementare" a quella nazionale.

6 Per un quadro riassuntivo, non a caso secondo la prospettiva di ricerca olandese, v. Langer, *EU citizenship from the crossborder link to the genuine enjoyment test: understanding the 'stone by stone' approach of the Court of Justice*, in Van Der Harst, Hoogers, Voerman, *European citizenship in perspective, History, Politics and Law*, 82 ss. Parimenti interessante è la prospettiva d'insieme dell'Avv. Generale Mengozzi, *Cittadinanza dell'Unione e il contributo della Corte di giustizia alla precisazione dell'identità dell'Unione*, in Baruffi (a cura di), *Cittadinanza diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2010, 3 ss.

voca (in sé legittima ai sensi del diritto nazionale) della cittadinanza tedesca ad un cittadino austriaco che, avendo perduto la propria cittadinanza a seguito della naturalizzazione tedesca, sarebbe rimasto (a causa del rifiuto austriaco di riconcedergli la propria nazionalità) apolide[7].

In quell'occasione la Corte, diversamente da quanto sostenuto sia dalla Commissione che da alcuni Stati membri, ha affermato la propria competenza, considerando la questione rilevante per l'ordinamento dell'Unione[8] sul presupposto implicito che il ricorrente avesse esercitato il proprio diritto di circolazione e soggiorno, così superando, un passaggio assai delicato quale è quello del rispetto della competenza nazionale in tema di attribuzione e revoca della cittadinanza nazionale: pur ribadendo la competenza esclusiva dei Paesi membri in materia rispetto alle situazioni puramente interne[9] che, cioè, non presentino alcun elemento di estraneità[10] né alcun collegamento con il diritto sovranazionale[11], essa ha affermato che comunque, nell'esercizio di tale competenza, gli Stati incontrino il limite del rispetto del diritto comunitario qualora le situazioni ricadano nell'ambito del diritto dell'Unione[12], e che "con tutta evidenza, la situazione di un cittadino dell'Unione che (…) si trova alle prese con una decisione di revoca della naturalizzazione adottata dalle autorità di uno Stato membro, la quale lo ponga (…) in una situazione idonea a cagionare il venir meno dello status conferito dall'art. 17 CE e dei diritti ad esso correlati, ricade, per sua natura e per le conseguenze che produce, nella sfera del diritto dell'Unione"[13]. Nella fattispecie il Collegio giudicante – pur senza indicare in modo esplicito quale fosse l'elemento di estraneità della fattispecie tale da giustificare la sua competenza – ha riconosciuto legittimo il sindacato giurisdizionale della revoca di una naturalizzazione, in quanto incidente sullo *status* di cittadino europeo; dopo aver ribadito che la cittadi-

7 Adobati, *È possibile che un soggetto diventi apolide e perda lo status di cittadino dell'Unione nel rispetto del principio di proporzionalità ?*, in *Diritto comun. scambi internaz.*, 2010, 291-292; Montanari, *I limiti europei alla disciplina nazionale della cittadinanza*, in *Dir. pubbl. comp.ed eur.*, 2010, 948-954; Bartoloni, *Competenza degli Stati in materia di cittadinanza e limiti posti dal diritto dell'Unione europea: il caso Rottmann*, cit., 423.

8 V. precedenti conformi sentenze della Corte di giustizia del 2 ottobre 2003, *Carlos Garcia Avello*, causa C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539, (spec. punto 31) e del 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Stefan Grunkin* e *Dorothee Regina Paul*, ECLI:EU:C:2008:559, (punto 16).

9 Nessun dubbio che la legislazione sulla nazionalità rimanga una competenza esclusiva degli Stati membri, come ribadito già agli albori dell'era della cittadinanza europea con la Dichiarazione sulla Nazionalità di uno Stato Membro, allegata al Trattato di Maastricht, in GUCE C191, 29 luglio 1992.

10 Sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 1997, *Kari Uecker* e *Vera Jacquet*, Cause riunite C-64/96 e C-65/96, ECLI:EU:C:1997:285.

11 V. sentenze della Corte del 16 gennaio 1997, causa C134/95, USSL n. 47 di *Biella* (Racc. pag. I195, punto 23); dell'11 ottobre 2001, cause riunite da C95/99 a C98/99 e C180/99, *Khalil* e a. (Racc. pag. I7413, per commento si rinvia a punto 69), e del 25 luglio 2008, causa C127/08, *Metock* e a. (Racc. pag. I6421, punto 77).V. *amplius* Morviducci, *La cittadinanza europea e il riparto di competenze tra Stati e Unione*, in *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2017, 31 ss., spec. 32.

12 Invero il principio era già stato affermato in termini generici nelle sentenze del 7 luglio 1992, causa C369/90, *Micheletti* e *a.*, ECLI:EU:C:1992:295 (punto 10); dell'11 novembre 1999, causa C179/98, *Mesbah*, EU:C:1992:295, del 20 febbraio 2001, causa C192/99, *Kaur*, ECLI:EU:C:2001:106, (punto 19).

13 Punto 42.

nanza europea deriva ineludibilmente da quella nazionale, per cui il venir meno della seconda comporta necessariamente la perdita della prima e, pur dopo aver esplicitamente ricordato che in materia di nazionalità, la competenza statale è esclusiva, essa ha, però, puntualizzato – ed è questa la novità – che quando le decisioni delle autorità nazionali incidono sulla condizione di cittadino europeo, quelle decisioni devono essere assunte nel rispetto del diritto dell'Unione (c.d. *due regard for the EU law*) e dei suoi principi generali, tra i quali rientra il principio di proporzionalità[14].

In quel precedente secondo la Corte, la revoca della naturalizzazione, ottenuta in modo fraudolento avrebbe legittimamente potuto portare all'apolidia e alla perdita della cittadinanza dell'Unione, a condizione che la limitazione dei diritti conseguente alla revoca della naturalizzazione fosse proporzionata alla gravità dell'infrazione[15]. In altre parole, a giudizio del Collegio, la revoca della naturalizzazione tedesca (e la conseguente perdita di quella europea) dichiarata incompatibile nella specie con il diritto comunitario, sarebbe stata ammissibile – in applicazione del principio di proporzionalità – se fosse stato provato che tale misura fosse risultata necessaria per tutelare un interesse pubblico e proteggere il vincolo di solidarietà e di lealtà, nonché di reciprocità di diritti e doveri che lega uno Stato ai propri cittadini.

Nel giudicare sul delicato confine tra nazionalità e cittadinanza dell'Unione, e tra cittadinanza degli Stati membri e diritti di matrice comunitaria, la Corte oscillava tra il rimettersi alle scelte nazionali e il segnare, tramite il richiamo ai principi di diritto europeo, i confini oltre cui gli Stati membri non possono spingersi (c.d. "riserva")[16]. Essa, dunque, introduceva un doppio "test di proporzionalità" rimettendo ai giudici nazionali l'onere di verificare se la decisione di revoca fosse rispettosa del principio di proporzionalità per quanto riguarda le conseguenze sulla situazione dell'interessato in rapporto al diritto dell'Unione e, in aggiunta, se del caso, di esaminare la proporzionalità di tale decisione sotto il profilo del diritto nazionale.

3. La sentenza Rottmann, in sintesi, ha tracciato un nuovo orizzonte di intervento dell'Unione in un settore da sempre di gelosa prerogativa statale, invertendone la pro-

[14] Punto 45. Nel decidere la questione, i giudici di Lussemburgo hanno evocato la precedente giurisprudenza relativa alla determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza: la sentenza del 24 novembre 1998, causa C-274/96, *Bickel e Franz*, ECLI:EU:C:1998:563, punto 17; del 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, ECLI:EU:C:2003:539, punto 25; del 12 luglio 2005, causa C-403/03, *Schempp*, ECLI:EU:C:2005:446, punto 19; del 12 settembre 2006, causa C-145/04, *Spagna/Regno Unito*, ECLI:EU:C:2006:543, punto 78. Essa, infine, rimetteva ai giudici nazionali il compito di verificare se le decisioni statali di revoca della nazionalità fossero proporzionali, cioè adeguate e necessarie rispetto al fine perseguito, punto 62.

[15] I criteri richiamati dalla Corte da considerare nel bilanciamento operato dal giudice statale sono la gravità dell'infrazione commessa dall'interessato, il tempo trascorso tra la decisione di naturalizzazione e la decisione di revoca nonchè la possibilità di recuperare la cittadinanza austriaca.

[16] Sul rapporto tra la cittadinanza nazionale e quella dell'Unione europea, si vedano De Groot, *The Relationship between the Nationality of the Member States of the European Union and European Citizenship*, in La Torre (ed.), *European Citizenship: An Institutional Challenge*, London, 1998, 115; Mengozzi, *Il rapporto tra la cittadinanza degli Stati membri e la cittadinanza dell'Unione*, in Parisi, Fumagalli Meraviglia, Santini, Rinoldi (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, 435.

spettiva: sebbene lo *status* di cittadino europeo, presupponga il possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri, la sua tutela non è più subordinata e condizionata alle vicende legate alla attribuzione e revoca della cittadinanza nazionale, ma assume un valore autonomo destinato ad essere garantito anche nei confronti dello Stato di appartenenza, proprio in quanto "*status* fondamentale" dei cittadini degli Stati membri[17].

Invero la Corte, come spesso accade, era stata molto sintetica nelle sue motivazioni, laddove, invece, l'Avvocato generale aveva più diffusamente argomentato la legittima autonomia ed autorità dell'ordinamento europeo, spiegando che, sebbene le due cittadinanze siano intrinsecamente connesse, e l'una sia derivata dell'altra, esse sono concettualmente scisse: mentre la cittadinanza nazionale esprime un particolare rapporto di solidarietà e di lealtà tra lo Stato nazionale e il suo cittadino, quella europea aspira a creare un nuovo rapporto di solidarietà tra gli Stati membri e a sancire l'esistenza di un collegamento di natura politica tra i popoli d'Europa, prescindendo dall'esistenza di un unico popolo e presupponendo, al contrario, che i cittadini dell'Ue per definizione non condividano la stessa nazionalità[18]. Così si legge: "È questo il miracolo della cittadinanza dell'Unione: essa rafforza i legami che ci uniscono ai nostri Stati (dato che siamo cittadini europei proprio in quanto siamo cittadini dei nostri Stati) e, al contempo, ci emancipa (dato che ora siamo cittadini al di là dei nostri Stati). L'accesso alla cittadinanza europea passa attraverso la cittadinanza di uno Stato membro, che è disciplinata dal diritto nazionale, ma, come qualsiasi forma di cittadinanza, costituisce il fondamento di un nuovo spazio politico, dal quale scaturiscono diritti e doveri che vengono fissati dal diritto comunitario e non dipendono dallo Stato"[19].

Come già correttamente osservato la cittadinanza europea non è più semplicemente "complementare" rispetto a quella nazionale, ma a questa si "aggiunge" secondo una propria autonoma rilevanza[20]: "il cittadino europeo diviene in senso proprio soggetto di un ordinamento diverso da quello nazionale, ordinamento da cui deriva

---

[17] La giurisprudenza sul punto è ormai consolidata. Per la prima volta così indicato nella sentenza del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, EU:C:2001:458, punto 31, l'espressione "*status* fondamentale" è stata ribadita nelle decisioni della Corte del 17 settembre 2002, *Baumbast* e *R*, causa C413/99, EU:C:2002:493, punto 82; del 19 ottobre 2004, *Zhu e Chen*, causa C200/02, EU:C:2004:639, punto 25; dell'8 marzo 2011, *Ruiz Zambrano*, causa C34/09, EU:C:2011:124, punto 41; del 13 settembre 2016, *Rendón Marín*, causa C165/14, EU:C:2016:675, punto 69 e da ultimo nelle sentenza dell'8 maggio 2018, *K.A. e a.*, causa C82/16, EU:C:2018:308, punto 47.
Per un'analisi approfondita dei collegamenti e delle differenze fra cittadinanza nazionale e cittadinanza dell'Unione, v., *ex multis* Closa, *Citizenship of the Union and Nationality of the Member States*, in *Common Marrket Law Review*, 1995, 487.

[18] V. per considerazioni di più ampio respiro Wieler, *The consttruction of Europe*, Cambridge,1999, 344 ss.

[19] Conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 30 settembre 2009, punto 23. Occorre precisare che l'*iter* logico seguito dai giudici di Lussemburgo è diverso da quello dell'Avvocato Poiares Maduro che a fondamento della ricevibilità della domanda aveva ritenuto necessario far riferimento al collegamento con l'esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno (punto 11).

[20] Sulla diversa sfumatura linguistica, rinveniente dalle successive modifiche dei Trattati istitutivi e indicativa di un diverso "portato" della norma, v. Schrauwen, *European Union Citizenship in the Treaty of Lisbon: Any Change at All*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 1/2008, 59

il suo *status* e davanti ai cui organi può chiedere giustizia nei confronti non solo di singole violazioni di propri diritti, ma anche di decisioni che su tale *status* incidano"[21].

La copiosa e ben nota giurisprudenza successiva ha notevolmente inciso sulla ricostruzione dell'istituto, valorizzandone la natura essenziale e fondamentale atta a garantire un nucleo di diritti che possono essere fatti valere a prescindere dal previo esercizio della libertà di circolazione[22], con la conseguenza che ai cittadini europei è stato riconosciuto il godimento dei diritti e delle libertà ricollegate alla cittadinanza dai Trattati, da far valere nei confronti del proprio Paese di origine anche senza essersi mai di lì allontanati. Ed ancora, sempre per via giurisprudenziale, la Corte ha ricollegato alla cittadinanza sovranazionale un'autonoma capacità di inclusione nell'Unione a favore di soggetti che pur non essendo cittadini, beneficino di una forma di inclusione nello spazio giuridico e territoriale dell'Unione[23]

4. Apparentemente in linea di continuità con il caso Rottman, in un contesto di fatto e giuridico differente[24], la Corte di giustizia di recente, nel caso Tjebbes ha avuto l'occasione di tornare sul tema del margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri nel fissare le cause di perdita della cittadinanza in applicazione del criterio di proporzionalità. Adíta *ex* art. 267 TFUE dal Consiglio di Stato dei Paesi Bassi, è stata chiamata a pronunciarsi circa la compatibilità con il diritto dell'Ue della legge sulla cittadinanza olandese (*Rijkswet op het Nederlanderschap*)[25],

[21] Morviducci, *Cittadinanza europea*, in *Diritto on line*, Treccani. Parla di "cittadinanza duale" intesa come due distinti status connessi inscindibilmente Lippolis, *op.cit.,*61.

[22] Si fa riferimento al filone giurisprudenziale che ha affrontato il tema dei diritti dei c.d. cittadini statici, quelli cioè che non si siano avvalsi della libertà di circolazione. Per tutti si rinvia a Morviducci, *I diritti dei "cittadini statici" nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia*, in Di Stasi (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze, e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018, 241 ss.

[23] La giurisprudenza *Che Zu* e *Zambrano*, cit.

[24] In particolare, dal punto di vista fattuale nella fattispecie in esame non si trattava di una ipotesi di apolidia giacché le tutte le ricorrenti erano bipolidi; inoltre nel caso Tjebbes la perdita dello *status* di cittadino dell'Unione risultava dalla perdita *ipso iure* della cittadinanza di uno Stato membro e non da una decisione individuale di revoca della cittadinanza connessa ad un comportamento fraudolento del soggetto interessato. Ed ancora, sul versante giuridico, attesa l'entrata in vigore della Carte di Nizza del 2000, il fondamento normativo dell'analisi verte anche sul rispetto degli artt. 7 e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue.

[25] Per un primo commento al caso *Tjebbes* si veda Boekestein, *The CJEU Judgment in Tjebbes: EU Citizenship, the Advent of the Charter, and Implications for the Loss of Nationality after Criminal Conviction*, in *Cambridge Internatinal Law Journal*, on line http://cilj.co.uk; Coutts, *Bold and Thoughtful*: *The Court of Justice intervens in nationality case law. Case C-221/17 Tjbbes*, in *European Law Blog*; Kochenov, *The Tjebbes Fail*, *ivi*, 25 Aprile 2019, 1, reperibile on line www.europeanpapers.eu; Id., *The Tjebbes Fail: Going Farcical about Bulgakovian Truths* in (*Verfassungsblog*, 5 April 2019) https://verfassungsblog.de/the-tjebbes-fail-going-farcical-about-bulgakovian-truth; Marin, *La perdita della cittadinanza europea ai tempi della Brexit: la sentenza Tjebbes*, in *Quaderni cost.*, 2019, 466 ss.; Palladino, *Cittadinanza europea, Perdita della cittadinanza nazionale e* "due regard*" per il diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 30 ottobre 2019; van Den Brink, *Bold, but without Justification*, in *European Papers*, 2019, 1; van Eijken, *Tjebbes in Wonderland: On European Citizenship, Nationality and Fundamental Rights***,** in *European Constitutional Law Review*, 2019,714; C. Vlieks, *Tjebbes and Others v Minister van Buitenlandse Zaken: A Next Step in European Union Case Law on Nationality Matters?*, in *Tilburg Law Review*, 2019, 142, reperibile on line.

legge questa, espressione di una ferma scelta politica contraria alla cittadinanza plurima.

Il fatto all'origine della controversia è semplice: tre ricorrenti, dando per scontato di essere (ancora) cittadine dei Paesi Bassi, – e che possedevano una seconda cittadinanza di un Paese extraeuropeo (canadese, svizzera ed iraniana)[26] – avevano richiesto agli organi competenti il rinnovo del passaporto nazionale; una quarta ricorrente, figlia di una delle parti del giudizio nella causa principale, di madre olandese e padre svizzero, non appena divenuta maggiorenne aveva richiesto per la prima volta il rilascio dello stesso documento di viaggio[27].

Ai sensi della legge nazionale, solo le persone che abbiano la cittadinanza olandese possono richiedere il passaporto olandese; nel caso di specie, le ricorrenti, che per differenti vicende personali erano state cittadine olandesi, presupponendo, ingenuamente ed erroneamente, di essere (ancora) cittadine dei Paesi Bassi avevano inoltrato la domanda all'Autorità competente. Sennonché, avevano appreso della modifica del proprio status e della revoca della propria cittadinanza a seguito del provvedimento di rigetto del Ministero degli Affari esteri[28], non avendo ricevuto negli anni precedenti alcuna comunicazione in tal senso da parte dello Stato europeo. L'ufficio competente, infatti, aveva respinto le domande presentate senza neanche esaminarle, sul presupposto che le richiedenti avessero automaticamente perso la cittadinanza nederlandese per aver risieduto ininterrottamente per oltre dieci anni in un Paese terzo[29]. Contro il rifiuto opposto dall'organo competente esse avevano adìto gli organi giurisdizionali interni in tutti i gradi di giudizio.

---

[26] La Signora Tjebbes era nata a Vancouver e possedeva dalla nascita anche la cittadinanza dei Paesi Bassi; la Signora Koopman era nata in Olanda e lì aveva trascorso la propria vita fino al momento del matrimonio con un cittadino svizzero. La sig.ra Saleh Abady nata a Teheran aveva ottenuto anche la cittadinanza dei Paesi Bassi con regio decreto del 3 settembre 1999.

[27] Particolare è la vicenda delle due ricorrenti Koopman e Duboux, madre e figlia svizzero-olandesi. La prima, cittadina olandese coniugata con un cittadino svizzero, aveva acquisito automaticamente la nazionalità del marito in applicazione della legge elvetica. La seconda cittadina olandese (e svizzera) *iure sanguinis*, raggiunta la maggiore età aveva presentato, allo stesso tempo della madre, domanda di passaporto presso l'ambasciata del Regno dei Paesi Bassi in Berna (Svizzera). In precedenza, alla sig.ra Duboux non era mai stato rilasciato un passaporto dei Paesi Bassi, ma era stata iscritta, in quanto minorenne, nel passaporto della madre, valido sino al 10 luglio 2005. Ella si è vista negare rilascio del passaporto a causa della perdita della cittadinanza da parte della genitrice.

[28] van Eijken, *Tjebbes in Wonderland*, cit., 716, paragona la situazione delle ricorrenti a quella di Alice nel Paese delle Meraviglie: anche loro come la protagonista del romanzo di Lewis Carroll si sono ritrovate in modo surreale in un nuovo mondo, improvvisamente e di inaspettatamente solo cittadine extraeuropee.

[29] Il mancato esame delle singole richieste da parte del Ministero degli Affari esteri avveniva in applicazione degli articoli 15 e 16 della recente legge nazionale sulla cittadinanza, i cui punti salienti sono di seguito indicati: a norma dell'art. 15 la residenza principale per un periodo ininterrotto di dieci anni fuori dai Paesi Bassi ha come conseguenza la perdita automatica della cittadinanza olandese da parte di un maggiorenne. Tuttavia, la decorrenza di tale periodo si considera interrotta se il soggetto sposti in Olanda o in un Paese Ue la propria residenza per almeno un anno; analogamente, vi è interruzione del periodo se l'interessato richieda il rilascio di una dichiarazione sul possesso della cittadinanza dei Paesi Bassi, di un documento di viaggio (passaporto) o di una carta d'identità dei Paesi Bassi. Un nuovo periodo di dieci anni inizia a decorrere dal giorno del rilascio di uno di tali documenti. Inoltre, a norma dell'art.16 della stessa legge, un minore perde, in linea di principio, la cittadinanza olandese se

Chiamato a pronunciarsi su tali controversie, il Raad van State, ha chiesto alla Corte di giustizia di fornire una interpretazione autentica degli articoli 20 e 21 TFUE, letti alla luce della sentenza Rottmann, nonché dell'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito CDFUE) ed in particolare di sapere se la perdita *ipso iure* della cittadinanza dei Paesi Bassi sia compatibile con il diritto dell'Unione. Separatamente, il giudice di ultimo grado ha sollevato anche una questione pregiudiziale volta a conoscere se lo *status* di cittadino dell'Unione e l'interesse superiore del minore vietino a uno Stato membro di prevedere che il figlio di detto cittadino perda contestualmente la cittadinanza di tale Stato membro.

Il *thema decidendum* è, dunque, sapere se nel caso di specie, in cui il rifiuto di rilasciare il passaporto olandese era stato deciso in modo generico, senza, cioè, l'esame individuale delle domande di rinnovo del documento, fosse stato rispettato il principio di proporzionalità così come enunciato nel precedente giurisprudenziale del 2010. Vale la pena segnalare che, in una prospettiva invertita, le ricorrenti invocavano il riconoscimento della cittadinanza europea al fine di per poter riacquistare quella nazionale.

5. Prima ancora di esprimere qualche considerazione sul provvedimento emesso dai giudici di Lussemburgo, occorre porre ben in chiaro che la sentenza si discosta notevolmente dall'analisi offerta dall'Avvocato generale, risultando oltre che sintetica e oscura anche abbastanza superficiale.

I) Ed infatti, se il Collegio dà assolutamente per scontata la propria competenza – eccezione invero non sollevata da alcuna delle parti –, l'Avvocato generale Mengozzi aveva considerato necessario provarla valutando se l'elemento di rilevanza comunitaria atto a fungere da presupposto per l'applicazione del diritto dell'Ue in una situazione che *prima facie* appare essere meramente "interna" possa consistere esclusivamente nel fatto di possedere una cittadinanza europea[30], e se cioè il collegamento con l'ordinamento dell'Unione possa essere solo *ratione personae* e non anche *ratione materiae*.

Orbene, l'occasione è utile per ribadire che l'applicabilità del solo art. 20 TFUE ed il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta di Nizza, il cui rispetto s'impone a ogni autorità degli Stati membri che agisca nel contesto del diritto dell'Unione, sono garantiti ai destinatari degli atti adottati da una tale autorità indipendentemente da qualsiasi criterio di territorialità[31] e dunque, la circostanza che le ricorrenti della causa principale risiedessero tutte in un Paese extraeuropeo e che non avessero esercitato il diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione

suo padre o sua madre perdono tale cittadinanza. Sulle origini e la *ratio* della norma statale v. De Hart, *Loss of Ditch nationality ex lege: Eu Law, gender and multiple nationality*, in http://globalcit.eu.

[30] In dottrina c'è chi aveva espresso posizioni scettiche Condinanzi, Lang, Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2016, 29.

[31] Così al punto 43 delle Conclusioni.

non pregiudica l'applicazione del diritto sovranazionale, né fa venir meno la competenza del giudice di Lussemburgo[32].

II) Invero, l'Avvocato generale si premura anche di indagare circa la *ratio* sottesa alla legge olandese sulla cittadinanza, valutando separatamente la posizione giuridica di soggetti maggiorenni e minorenni. Diversamente la Corte evita di affrontare il tema, limitandosi asetticamente "a rispettare" le scelte operate dal legislatore dei Paesi Bassi. Ne consegue che la cautela mostrata dal Collegio, tesa a dimostrare il pieno rispetto della competenza statale in materia, è stata anche letta da parte della dottrina come una scelta poco coraggiosa nel rivendicare il valore politico della cittadinanza europea[33], se non proprio una negazione della stessa[34].

In particolare, con riferimento alle domande delle ricorrenti maggiorenni, il criterio adottato del legislatore dei Paesi Bassi per definire i modi di acquisto e di perdita della cittadinanza (la residenza abituale nel territorio dello Stato e il termine decennale ivi indicato), risulta essere, secondo l'Avvocato, ragionevole e proporzionato rispetto al pubblico interesse da tutelare e idoneo a non pregiudicare in modo assoluto la conseguente perdita della cittadinanza europea.

Sul tema la Corte, invece, evita di pronunciarsi "rispettosamente" rimettendosi alle scelte nazionali dei criteri idonei a testimoniare il "*genuine link*"; essa, tuttavia, sposta il fulcro dell'analisi volta a verificare il rispetto del principio di proporzionalità sulle conseguenze che sul piano dell'ordinamento europeo scaturirebbero dal mancato rinnovo del documento di viaggio.

Con riguardo ai minori, secondo la prospettazione dell'Avvocato generale, non risponderebbe al criterio di proporzionalità la legge olandese nella misura in cui presupponga che la qualità di cittadino dell'Unione di un minore sia sistematicamente accessoria a quella di un maggiorenne[35]. Secondo le argomentazioni svolte, il presupposto a fondamento della norma statale è che l'unità della cittadinanza nella famiglia coincida con l'interesse superiore del minore e che la perdita o l'affievolimento di un legame effettivo di uno dei genitori con i Paesi Bassi – valutato alla luce del criterio di residenza – debba sempre coincidere con analoga degradazione di vincolo di appartenenza da parte del minore. L'art. 16 della legge olandese sulla cittadinanza, in sostanza, non terrebbe in dovuta considerazione l'interesse superiore del minore, il quale non avendo la possibilità di evitare la perdita della cittadinanza dei Paesi Bassi (richie-

[32] Nel silenzio della Corte sul punto può forse leggersi l'intento di far passare come assolutamente per scontata la sua competenza.

[33] Così Marin, cit., 468.

[34] In termini decisamente *tranchant* Kochenov, *The Tjebbes Fail*, cit.: "(…) In failing to build on the spirit of the law as it stands and *de facto* erasing the long-cherished fundamental nature of the legal status at issue (…)", *contra* van Eijken, *Tjebbes in Wonderland*, cit, 730, valuta in termini positivi il provvedimento "(…) The judgment of the Court in *Tjebbes* can be applauded for its lenient approach to the proportionality test. (…) The judgment, however, struck an appropriate balance between the interests of the state and of the individuals, so that both interests are guaranteed."

[35] In generale sul tema si rinvia a Baruffi, *La cittadinanza dell'Unione e i diritti di minori nello spazio giudiziario europeo*, in Baruffi (a cura di), *Cittadinanza diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2010, 69.

dendo in modo autonomo il rinnovo dei documenti necessari o scegliendo di risiedere saltuariamente in Olanda), si troverebbe a subire gli effetti privativi scaturenti dalle scelte compiute dal proprio genitore. Ed ancora, sempre a giudizio dell'Avvocato Mengozzi, il criterio dell'unità della cittadinanza nella famiglia non necessariamente risponderebbe all'interesse superiore del minore, il quale rispetto all'ordinamento dell'Ue non è un cittadino di "serie B". I minori non godono della cittadinanza europea derivata da quella dei loro genitori, cittadini europei, ma godono dello *status* di cittadino dell'Unione in modo autonomo e sono titolari, al pari dei maggiorenni, degli stessi diritti che derivano da tale *status*, indipendentemente dal fatto che l'esercizio dei diritti dipenda dalle persone che esercitano la potestà genitoriale[36].

Il Collegio, invece, in modo singolare e da taluni definito superficiale[37] accoglie acriticamente il criterio dell'unità famigliare individuato come pregnante dal legislatore olandese, giungendo alla conclusione paradossale di accettare, senza nulla argomentare, la conseguente perdita della cittadinanza europea da parte di una delle ricorrenti, rea di non aver potuto decidere in autonomia, perché non maggiorenne, come e quando rinnovare il proprio passaporto. Né la minorenne avrebbe potuto, *sua sponte*, rinunciare alla cittadinanza dello Stato terzo[38].

III) Ed ancora, con riferimento al doppio test di proporzionalità, l'Avvocato generale ha espresso una posizione parzialmente diversa dalla Corte, argomentando che affinché esso fosse rispettato non sarebbe stato necessario imporre all'autorità nazionale preposta o al giudice interno di prendere in considerazione tutte le circostanze personali specifiche di ogni singolo caso, le conseguenze dirette, indirette o addirittura ipotetiche della perdita della cittadinanza nazionale, perché per questa via si giungerebbe al paradosso di sostituire il pubblico impiegato o il magistrato al

[36] Così punto 132 della Conclusioni; diversamente argomentando si giungerebbe, in definitiva, con il pretendere di imporre al giudice nazionale di disapplicare il motivo posto alla base della perdita della cittadinanza scelto dal legislatore nazionale – conformemente al diritto internazionale e senza violare il diritto dell'Unione – in favore di altri criteri di collegamento allo Stato membro interessato, che sono certamente ipotizzabili dal punto di vista teorico o dal punto di vista di un altro Stato membro, ma che il legislatore nazionale non ha considerato pertinenti al fine di dimostrare la conservazione di un legame effettivo con lo Stato membro.

[37] Così van den Brink, cit., 6 e Marin, cit., 469.

[38] Al riguardo si osserva che il in astratto il criterio dell'unità famigliare in sé non risulta essere vincente, atteso che potrebbe dar luogo a situazioni di discriminazione all'interno della stessa famiglia tra fratelli di diversa età. Ed infatti ipotizza van Eijken, *Tjebbes in Wonderland*, 723. "A new legitimate aim is to prevent families from having multiple nationalities and to preserve the unity of the family. By accepting this aim, the Court granted the member states a great degree of discretion to restrict Article 20 TFEU. That can be criticised in the sense that the unity of the family does not always benefit from the Dutch legislation, since it also creates different nationalities in one family: the children above 18 years old will keep their Dutch nationality, while their siblings who are not yet 18 years old will no longer be Dutch nationals". Ed ancora si immaginino le paradossali conseguenze derivanti dalla applicazione della legge olandese nell'ipotesi in cui ci fosse un minorenne con doppia nazionalità (di cui una di un Paese terzo, ad esempio norvegese) residente nei Paesi Bassi i cui genitori, come nella causa principale, perdessero la cittadinanza olandese perché residenti in un altro Paese (terzo). Ed ancora diverse sarebbero le conseguenze giuridiche se, nella medesima fattispecie, la seconda nazionalità fosse quella di un Paese dell'Unione.

legislatore e di escludere per via giudiziale l'applicazione della limitazione prevista dalla legge, frutto, invece, di scelte politiche dello Stato[39].

In altri termini, un esame dell'autorità nazionale preposta che dovesse tener conto non solo delle circostanze personali che dimostrerebbero che l'individuo ha mantenuto un legame effettivo con il Paese di cittadinanza, (nonostante il criterio prescelto dal legislatore[40]) ma che, secondo una interpretazione estesa del principio di proporzionalità, dovesse considerare anche e soprattutto circostanze personali che si riferissero ad altri fattori di collegamento, quali ad esempio la conoscenza della lingua (olandese), il mantenimento di legami familiari e/o affettivi in tale Stato membro e l'esercizio del diritto di voto alle elezioni statali, sarebbe una interpretazione talmente forzata del principio di proporzionalità che altererebbe il riparto di competenze tra Stati membri e Unione europea giungendo fino a comportare la violazione, da parte dell'Unione, dell'obbligo di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri (ex art. 4, par. 2, TUE). Oltre che esporre i singoli ad evidenti situazioni di incertezza giuridica.

L'esame svolto dalle competenti autorità statali dovrebbe, allora, limitarsi, conformemente alla giurisprudenza pregressa[41], a verificare che il provvedimento nazionale in questione, "che ha come conseguenza diretta la perdita della qualità di cittadino dell'Unione, sia idoneo a garantire il raggiungimento dell'obiettivo di pubblico interesse da esso perseguito e che tale obiettivo non possa essere raggiunto mediante misure meno restrittive, vale a dire che la misura in questione non vada oltre quanto è necessario per il conseguimento di tale obiettivo di pubblico interesse"[42].

In conclusione, sarebbe rispondente ai canoni indicati dalla giurisprudenza Rottmann una qualsiasi legge nazionale in tema di cittadinanza che prevedesse una misura atta a consentire effettivamente all'interessato il "recupero" della propria cittadinanza in un Paese europeo; di conseguenza un esame astratto, che prescindesse dalla valutazione circa le conseguenze e le circostanze personali che avrebbero l'effetto di escludere l'applicazione dei motivi di perdita della cittadinanza scelti dal legislatore, così come previsto dall'art.15 della legge olandese, sarebbe dunque conforme al principio di proporzionalità[43].

Di rimando il Collegio giudicante, ha ritenuto che un criterio basato sulla residenza abituale dei cittadini dei Paesi Bassi per un periodo ininterrotto di dieci anni al di fuori dell'Unione europea può essere considerato come legittimo poiché riflet-

[39] A supporto sono richiamati i precedenti *Rottmann* e la sentenza della Corte del 6 ottobre 2015, *Delvigne*, C650/13, EU:C:2015:648, che riguardava l'applicazione di una normativa nazionale che aveva l'effetto di privare automaticamente un cittadino dell'Unione, condannato a una sanzione penale, del diritto di voto alle elezioni del Parlamento europeo.

[40] Nella fattispecie il criterio di cui all'articolo 15, paragrafo 1, lettera c, della legge sulla cittadinanza dei Paesi Bassi.

[41] In tal senso, vedi sentenze del 22 dicembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, causa C208/09, EU:C:2010:806, punti 90 e 93 e del 2 giugno 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, causa C438/14, EU:C:2016:401, punti 72 e 74.

[42] *Ivi*, punto 82.

[43] Rispettivamente il diritto della vita familiare in combinato disposto con l'obbligo di tener conto dell'interesse superiore del minore. Punto 91 delle conclusioni.

te l'assenza di tale legame effettivo[44]. Tuttavia, la perdita automatica della cittadinanza di uno Stato membro sarebbe incompatibile con il principio di proporzionalità se le norme nazionali pertinenti non consentissero, in nessun momento, un esame individuale delle conseguenze che tale perdita comporta, per gli interessati, sotto il profilo del diritto dell'Unione (c.d. *ancillary individual exmination*).

Infatti, secondo la Corte, le autorità e gli organi giurisdizionali nazionali competenti devono poter esaminare, in via incidentale, le conseguenze di tale perdita di cittadinanza e, se del caso, far riacquistare retroattivamente la cittadinanza all'interessato, in occasione della domanda, da parte di quest'ultimo, di un documento di viaggio o di qualsiasi altro documento che attesti la sua cittadinanza[45].

La Corte[46] aggiunge che, nell'ambito di tale esame di proporzionalità, le autorità nazionali competenti e, se del caso, gli organi giurisdizionali nazionali, sono tenuti ad assicurarsi, in particolare, che la perdita di cittadinanza sia conforme al rispetto degli articoli 7 e 24 par. 2 della CDFUE[47].

È la stessa Corte ad indicare i criteri sostanziali della valutazione, segnatamente: la limitazione nell'esercizio della libertà di circolazione e di risiedere nel territorio di un Paese membro, la difficoltà di viaggiare nei Paesi Bassi o in un altro Stato Ue al fine di mantenere un legame famigliare o esercitare o avviare una attività professionale, la facoltà di rinunciare alla ulteriore cittadinanza ed il diritto alla protezione consolare[48].

6. Così descritti i differenti percorsi logico – argomentativi dell'Avvocato generale e dei giudici del Collegio, è opportuno svolgere qualche considerazione sulla pro-

[44] Va segnalato che una delle ricorrenti, cittadina iraniana e anche olandese non avrebbe in ogni caso potuto rinunciare alla cittadinanza iraniana a favore di quella dei Paesi Bassi perché non consentito dalla legge di quel Paese; ed ancora un'altra ricorrente cittadina olandese aveva acquisito in modo automatico, per via del suo matrimonio la cittadinanza di un Paese terzo (svizzera), senza potersi opporre.

[45] Suscita perplessità siffatta impostazione, giacché di fatto altera, fino a capovolgere, il rapporto tra Stato e cittadino. Se si considera la cittadinanza nazionale quale espressione più alta di un legame biunivoco che lega Stato e cittadino, fondato su un vincolo di reciprocità, di diritti e doveri, non si vede il perché debba essere solo il cittadino a "rincorrere" lo Stato e non anche quest'ultimo a fornire compiuta comunicazione della imminente revoca della nazionalità. Sembra quasi che l'individuo sia in un rapporto di soggezione, onerato dal fornire la prova del proprio senso di appartenenza. Così Kochenov, *The Tjebbes Fail: Going Farcical about Bulgakovian Truths*, cit..

[46] Conformemente alla giurisprudenza pregressa del 10 maggio 2017, causa C-133/15, *Chavez*. Si rinvia a van Eijken, Phoa, *The scope of Article 20 TFEU clarified in Chavez-Vilchez: are the fundamental rights of minor EU citizens coming of age?*, in *European Law Review*, 2018, 949.

[47] Così paragrafi 40-45 della sentenza. La legittimità della perdita della cittadinanza in uno Stato membro in siffatte situazioni è inoltre supportata dalle disposizioni degli artt. 6 e 7, par. 3 ss. della Convenzione ONU sulla riduzione dei casi di apolidia adottata il 30 agosto 1961. Tale legittimità, secondo il giudice *a quo*, è ulteriormente rafforzata dal fatto che, ai sensi dell' art.15, par. 1., lett. c) della legge olandese sulla cittadinanza, se la persona interessata chiede entro il periodo di 10 anni il rilascio di una dichiarazione sul possesso della cittadinanza dei Paesi Bassi, di un documento di viaggio o di una carta d'identità dei Paesi Bassi ai sensi della legge sui passaporti, il legislatore olandese considera che tale persona intenda così mantenere un legame affettivo con il proprio Paese .

[48] *Ivi*, par. 46. A ben vedere tali criteri apparentemente condivisibili, sono del tutto irrilevanti perché farebbero dipendere il riconoscimento della cittadinanza nazionale dall'esercizio di diritti che potrebbero discendere dallo status di cittadino. Così. D. Kochenov. cit.,16.

nuncia. In primo luogo, si osserva una certa incoerenza: pur volendo la Corte mantenere un *self restraint* rispetto alle scelte politiche compiute dagli Stati membri nella materia *de quo*, di fatto, essa interviene in modo molto incisivo all'interno della organizzazione nazionale non solo imponendo alle autorità amministrative e giurisdizionali un obbligo procedurale, non previsto dalla legislazione interna, ma anche indicando in modo particolareggiato i criteri cui ispirarsi nel loro operato[49].

In virtù del "*double proportionality test*", la Corte, considerata in astratto conforme la norma nazionale all'ordinamento Ue, rimette alla valutazione delle autorità nazionali competenti, anche nell'ipotesi di perdita *ipso iure* della cittadinanza, la ulteriore verifica circa le conseguenze della revoca. Esse dovranno ponderare se la perdita della cittadinanza dello Stato membro interessato, e la automatica conseguente perdita dello *status* di cittadino dell'UE e dei diritti che ne discendono, sia rispettosa del principio di proporzionalità per quanto concerne le conseguenze che essa determina sulla situazione dell'interessato (e, se del caso, del suoi familiari) sotto il profilo del diritto dell'UE[50].

Oltre che essere, da un punto di vista pratico, una ingiustificata ingerenza nella modalità di attribuzione/revoca della cittadinanza nazionale, destano anche preoccupazione le conseguenze che potrebbero scaturire dall'aver degradato l'essenza del processo di integrazione europea ad una "procedura burocratica" giacché siffatta "procedimentalizzazione" potrebbe dar luogo all'incremento di decisioni di de-naturalizzazione e potrebbe anche creare situazioni di discriminazione. Ed infatti, le modalità di espletamento dei diversi "procedimenti" attraverso cui le autorità preposte nei singoli ordinamenti interni potranno valutare (alla luce del principio di proporzionalità) se revocare o riconfermare la cittadinanza nazionale, si potranno ripercuotere inevitabilmente sulla possibilità di ottenere o perdere con minore o maggiore facilità la cittadinanza europea con conseguenze a volte "aberranti" o comunque contraddittorie[51].

Lascia perplessi, inoltre, la assoluta assenza tra i criteri menzionati dalla Corte di qualsiasi riferimento all'esercizio dei diritti politici[52] che sono a corredo della cittadinanza europea, e che anzi ne manifestano meglio la tensione verso una prospettiva costituzionale in quanto in grado di accomunare una collettività sulla base della "appartenenza"[53].

---

[49] Giustamente la sentenza è stata definita "additiva", Marin, cit., 468. Critico Coutts, *Bold and Thoughtful*, cit. sul fatto che la Corte, se per un verso si mostra rispettosa della sovranità statale, per l'altro "at the same time imposed very detailed procedural requirements on the exercise of that competence".

[50] Discorre di doppio momento valutativo del controllo di conformità della misura che determina la perdita della cittadinanza nazionale rispetto al diritto dell'UE, uno di dimensione "astratta" e l'atro di dimensione "concreta" Palladino, *Cittadinanza europea, Perdita della cittadinanza nazionale*, cit.,12.

[51] L'esigenza di provvedere a qualche forma di armonizzazione delle legislazioni statali circa i criteri di attribuzione e revoca della cittadinanza nazionale era stata prospettata da O'Learly, *Nationality Law and Community Citizenship: a tale of two Uneasy Bedfellows*, in *Yearbook of European Law*, 1992, 353. V. anche Triggiani, *La cittadiananza europea*, cit., 450.

[52] Non sono considerati neanche i rapporti di dialogo con le istituzioni europee.

[53] Sul significato politico e giuridico della cittadinanza europea v. per tutti Triggiani, *La cittadinanza europea per l "utopia" sovranazionale*, cit., 435 ss.

Appare dunque evidente che nell'affrontare il tema della cittadinanza europea la Corte nel caso in esame si sia mossa in una prospettiva ben più limitata rispetto a quanto delineato nella copiosa giurisprudenza pregressa: omettendo di inquadrare i termini della questione in una visione costituzionalmente autonoma, essa tradisce i confini del proprio pensiero relegando lo *status* di cittadino europeo alla mera sommatoria delle libertà del mercato, secondo una visuale puramente privatistica[54]. Essa dunque finisce per considerare *de plano* legittima la *ratio* sottesa alla revoca o perdita della cittadinanza, evidentemente in ossequio alla esclusiva titolarità in capo agli Stati membri di tale potere[55]. Sul punto è indubbio che vi sia un netto passo indietro rispetto al caso Rottmann.

Nel difficile compito di giudicare il confine tra cittadinanza nazionale e cittadinanza europea, pare che la Corte non abbia saputo gettare il cuore oltre l'ostacolo; quel che appare carente in Tjebbes è uno slancio verso un più alto e pregnante significato "dell'essere cittadino europeo", inteso cioè quale essere parte di un processo di unificazione che non rinnega le diverse identità, anzi le valorizza trovando una sintesi più elevata[56]. Al contrario, nel caso di specie, il tutto sembra essere semplificato nella equazione che l'assenza di un *genuine link* (rappresentato dal rinnovo del passaporto prima della sua scadenza) con un Paese dell'Ue sia elemento sufficiente per giustificare la perdita della cittadinanza europea[57].

In ultimo, non si può sottacere che la pronuncia *Tjebbes* crea, di fatto, una discriminazione tra categorie di cittadini: tra coloro che abbiano la sola cittadinanza olan-

[54] Sempre attuali sono le riflessioni di Caggiano, *La "filigrana" del mercato nello status di cittadino europeo*, in Triggiani (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, 209 ss., laddove si segnalava una ri-concettualizzazione delle libertà di mercato alla luce della cittadinanza europea nella prospettiva di adattamento alle istanze sociali dei cittadini. Per converso la Corte pare abbia inteso l'Unione europea come un "*common working living space*" accessibile solo per coloro che hanno formalmente lo status di cittadino. Così Kochenov, *The Tjebbes Fail: Going Farcical about Bulgakovian Truth*, cit.,1.

[55] Palladino, *Cittadinanza europea, Perdita della cittadinanza nazionale*, cit., 12 in sintesi ed efficacemente osserva che nella valutazione operata dalla Corte di giustizia, il "grande assente" sia proprio il diritto dell'Unione europea, "atteso che il giudizio non è operato alla luce di quest'ultimo."

[56] Coutts, *Bold and Toughtful*, cit. evidenzia che "The absence of any mention of political rights (including local voting rights or the right to participate in a citizens initiative) is notable and gives a very clear indication of the private and professional, as opposed to public and political, nature of Union citizenship".

[57] La soluzione scelta appare ancor più criticabile se si considera che nel caso di specie il "*geniune link "è determinato soltanto da un elemento fattuale quale è quello della* richiesta di rinnovo del documento di viaggio o più in generale dalla residenza, in palese contrasto con quanto in precedenza deciso nel caso *Micheletti* (sentenza della Corte di giustizia del 7 luglio 1992, causa C-369/90, ECLI:EU:C:1992:295) e *Eman e Sevinger* (sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2006 causa C-300/04, ECLI:EU:C:2006:545)**.** Scettico sulla scelta del criterio della residenza quale parametro di valutazione del legame con uno Stato Membro è anche Kochenov, *The Tjebbes fail*, cit., 10 e 11. Contrappone il vettore "*to stay*" presente nella cittadinanza nazionale al vettore del "*to go*", percorso di cittadinanza europea Kochenov, *Mevrouw De Jong Gaat Eten: EU Citizenship and the Culture of Prejudice*, in *EUI Working Papers*, 2011, 3, il quale osserva come la logica alla base delle leggi sulla nazionalità e dei requisiti di naturalizzazione sia quella di inserire stabilmente il cittadino nei "confini dello Stato". Al contrario la logica sottesa alla cittadinanza dell'Unione è quella di liberare i cittadini dagli effetti negativi della "*container theory of society*".

dese[58], coloro che possiedono una seconda cittadinanza di Paesi dell'UE, e coloro che, come nel caso di specie siano anche cittadini di Paesi terzi[59]; essa, dunque, sarebbe destinata ad essere un precedente ingombrante sia per i cittadini britannici, che a seguito della *Brexit* sono a tutti gli effetti considerati cittadini di uno Stato terzo[60], sia, per converso, per i cittadini di quegli Stati Membri che, come l'Olanda, prevedono la perdita della cittadinanza nazionale per residenza prolungata in uno Stato terzo, laddove Paese terzo è da considerare Regno Unito[61].

[58] In particolare rileva che il criterio della residenza abituale trova applicazione solo per coloro che posseggono la doppia cittadinanza non per quanti abbiano la sola cittadinanza olandese. Di conseguenza "(…) Si potrebbe affermare che la diversità di trattamento – per quanto concerne la previsione nazionale che si applica agli adulti – operi nella misura in cui lo stesso periodo di tempo trascorso fuori dal territorio dello Stato non fa scattare la perdita della cittadinanza quando si tratta di un soggetto che abbia la sola cittadinanza olandese. La norma è suscettibile di creare una discriminazione tra soggetti in situazioni comparabili, salvo ad individuare la "giustificazione oggettiva" nella necessità di impedire ad alcuni cittadini (quelli aventi la sola cittadinanza olandese) di andare incontro ad apolidia, se fosse loro applicato lo stesso criterio fondato sul "*genuine link*". Il che giustifica che solo coloro che hanno una doppia cittadinanza necessitano di provare il legame effettivo con lo Stato, andando incontro – in caso di mancata prova – alla perdita della cittadinanza nazionale e, di conseguenza, dello *status* di cittadino dell'Unione europea." Così Palladino, *Cittadinanza europea, Perdita della cittadinanza nazionale*, cit., 15. Riflette polemico Kochenov, *The Tjebbes Fail: Going Farcical about Bulgakovian Truth*, che secondo il ragionamento della Corte, un cittadino svizzero-olandese, come la ricorrente Koopman, residente in Svizzera è apparentemente meno europea, di un cittadini olandese in Svizzera.

[59] Utili spunti di riflessione sono dati da Strumia, *Prospettive per l'inclusione dei cittadini di Paesi terzi nell'Unione Europea. Alcune tendenze contrastanti tra cittadinanza dell'Unione e cittadinanza nazionale*, on line http://workingpapers.iuse.it.

[60] Sono già numerosi i giudizi pendenti dinnanzi ai tribunali olandesi di cittadini britannici residenti in Olanda e un primo tentativo di sollevare un rinvio pregiudiziale teso a conoscere le conseguenze della Brexit per i diritti dei britannici era stato avanzato il 7 febbraio 2018 dal Tribunale distrettuale di Amsterdam in seguito a una causa intentata da una famiglia inglese in merito al mantenimento della cittadinanza e dei diritti dell'UE anche dopo la Brexit. *Williams e a*. c. *Staat der Nerderlanden e Gemeente Amsterdam*, C/13/640244/KGZA 17-1327. L'ordinanza di rimessione alla Corte è consultabile online https://waitingfortax.com/2018/02/13/decision-of-the-district-court-in-amsterdam. Un primo commento è di Garner, *Does Member State Withdrawal from The European Union Extinguish Eu Citizenship? C/13/640244 / Kg Za 17-1327 of The Rechtbank Amsterdam ('The Amsterdam Case')*, online sul sito http://europeanlawblog.eu. Di fatto però la procedura non ha avuto seguito perché bloccata dalla Corte di Appello olandese.
Più in generale, per un puntuale approfondimento sul tema della Brexit e della cittadinanza europea tra tanti si rinvia a Marinai, *La perdita della cittadinanza dell'Unione europea: il caso Brexit*, in Di Stasi (a cura di) *Cittadinanza, cittadinanze nuovi* status, cit., 277, e più di recente a Porchia, *Citizens'rights in the post Brexit scenario*, in *ERA Forum*, 2019, 585; on line si consulti anche www.eulawanalisys.blogspot.com ed i numerosi post dedicati al tema. Per avere contezza sul dibattito in corso e sulle esperienze della gente comune v. rispettivamente theberxitblog.ideasoneurope.eu e ourbrexit.org.

[61] È balzata gli onori della cronaca la vicenda dei numerosi cittadini dei Paesi Bassi che hanno presentato richiesta di passaporto britannico per acquisire la cittadinanza britannica e poter restare nel Regno Unito anche dopo la Brexit e che potrebbero perdere la loro cittadinanza olandese. https://www.rd.nl/vandaag/politiek/kabinet-blijft-bij-tegengaan-dubbel-paspoort-1.1416335. Sul tema v. *amplius* Mindus, *European Citizenship after Brexit. Freedom of Movement and Rights of Residence*, Cham, 2017; Kostakopoulou, *Scala Civium: Citizenship Templates Post-Brexit and the European Union's Duty to Protect EU Citizens*, in *Journal of Common Market Studies*, 2018, 854; LANG, *Brexit e cittadinanza europea*, in Baruffi, Ortino (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, Bari, 2018, 51; Bellamy, Castiglione, *From Maastricht to Brexit: Democracy, Constitutionalism and Citizenship in the EU*, London, 2019; Orgad, Lepoutre (eds.), *Should EU Citizenship Be Disentangled from Member State Nationality?*, EUI Working Papers, 2019, reperibile *online*.

7. Se è vero che la cittadinanza europea scandisce l'avvenuta "mutazione genetica"[62] della costruzione europea, dalla originaria connotazione mercantile ad una entità di più vasto respiro, fondata su valori solennemente enunciati che pone al centro del processo di integrazione l'individuo, inteso quale cittadino, a noi pare che la sentenza *Tjebbes*, in controtendenza con la pregressa e consolidata giurisprudenza, ometta di compiere la transizione concettuale dalla cittadinanza nazionale a quella sovranazionale[63]. Essa svela, così, in tutta la sua evidenza lo scollamento tra cittadinanza nazionale e cittadinanza europea e la fragilità della seconda che può essere "cancellata" in base a valutazioni non necessariamente omogenee[64]. In un mal inteso senso di rispetto della competenza statale, nascondendosi dietro un linguaggio lineare nella forma ma nebuloso nei contenuti, la pronuncia esaminata mette in risalto una dissonanza tra appartenenza agli Stati membri e appartenenza all'Unione Europea, finendo così per svilire completamente l'essenza stessa del progetto europeo[65]. Sarebbe stata, al contrario, l'occasione per superare il concetto tradizionale di cittadinanza, collegata alla nazionalità e alla territorialità a favore di una visione più ricca ed evoluta.

Nella continua tensione tra spinte di "apertura" ad un concetto europeo di appartenenza[66] e scelte di "chiusura" dello Stato nazione la sentenza in esame rappresenta un esempio di "esclusione"[67], appiattendosi la Corte su parametri di cittadinanza statali che sono a loro volta manifesta espressione di una tendenza protezionistica e preclusiva nell'ambito dei confini domestici. Sarebbe forse stato più coraggioso, soprattutto in un momento storico caratterizzato da pericolose derive sovraniste, dare maggior risalto alla cittadinanza dell'Unione europea proprio perché anche simbolica evidenza del processo di integrazione.

Tralasciando le considerazioni più spiccatamente giuridiche, vale, infine, considerare che, se è vero che la nazionalità contribuisce a plasmare l'identità personale, sembra davvero una aberrazione consentire che le autorità statali attraverso un processo burocratico, e per giunta secondo modalità spesso molto diverse, possano decidere su una porzione della propria personalità e sul senso di comune appartenenza all'Europa.

---

[62] Nic Shuibhne, *Limits rising, duties ascending: The changing legal shape of Union citizenship*, in *Common Market Law Review*, 2015, 903.

[63] Vlieks, *Tjebbes and Others v Minister van Buitenlandse Zaken*, cit., 146 anche conviene che il caso "(...) demonstrates that the Court was not prepared to take the concept of EU citizenship forward as a status independent from national citizenship"

[64] Kochenov, *The Tjebbes Fail: Going Farcical about Bulgakovian Truth*, cit., in termini veementemente critici afferma che "Dutch state simply *erases* you in some case. Of couse your Europeaness goes, too".

[65] Sintetizza Kochenov, *The Tjebbes Fail: Going Farcical about Bulgakovian Truth*, "The far-reaching poisonous potential of *Tjebbes* is clear: EU citizenship made dependent on the renewal of a passport before its expiration is *NOT a 'fundamental status of the nationals of the Member States'."*

[66] Discorre di una "dimensione inclusiva" fondata su dinamiche realmente partecipative ai vari livelli Triggiani, *La cittadinanza europea per l "utopia"sovranazionale*, cit., 473.

[67] "Not a behaviour one would expect of a constitutional court acting as a truly insightful and responsible custodian of its legal system" per dirla con Kochenov, *The Tjebbes Fail*, cit., 9; "Tjebbes should make us wonder whether the judges also feel obliged within the scope of the Treaties" scrive van den Brink, *Bod but without justification*, cit., 4.

L'assegno di divorzio nell'evoluzione giurisprudenziale

di Francesca Zagaria*

Abstract. This paper aims to analyse the basis and the feature of the divorce allowance, according to the jurisprudential interventions that, overcoming a consolidated position, have recently led to a different interpretation of the criteria for assigning and determining the divorce allowance. The contribution also highlights the role played by jurisprudence in providing timely and effective solutions in the family law area, characterized by a rapid and significant evolution.

SOMMARIO: 1. La questione. – 2. L'assegno di divorzio nel trentennale orientamento giurisprudenziale. – 3. Dal tenore di vita all'indipendenza economica, il revirement della Cassazione. – 4. La mancata rimessione della questione alle Sezioni Unite: rilievi critici. – 5. Fondamento e natura dell'assegno divorzile alla luce del mutato orientamento della Suprema Corte. – 6. La giurisprudenza di merito: in particolare la pronuncia della Corte d'Appello di Napoli del 22.02.2018 n. 911. – 7. L'epilogo delle Sezioni Unite: sentenza n. 18287 dell'11.07.2018.

1. L'art. 5 comma 6 l. div.[1], così come modificato dalla legge n. 74 del 1987, individua, quale presupposto del riconoscimento del diritto all'assegno di divorzio, la "mancanza di mezzi adeguati" (o l'oggettiva impossibilità di procurarseli) in capo al coniuge richiedente.

Il parametro dell'adeguatezza è, evidentemente, «un concetto di relazione» e, come è stato autorevolmente evidenziato, il legislatore, non volendo o potendo decidere, ha dettato una norma "in bianco" demandando all'interprete, il compito di riempirla di contenuto concretamente precettivo»[2].

* Dottore di ricerca in Diritto Privato.

1 La l. 1.12.1970, n. 898, come modificata dalla l. 6.3.1987, n. 74, all'art. 5 comma 6, stabilisce espressamente: «*con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive*».

2 G. Gabrielli, *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 540; G. Bonilini, in G. Bonilini, F. Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, III ed., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, 589, parla di «ovvia relatività» e sottolinea che il concetto di adeguatezza è «certamente mutevole, intuitivamente variando a seconda del parametro considerato, e meglio avrebbe fatto il legislatore, anche preoccupato di sottrarre al giudice una discrezionalità indiscutibile, ad ancorare la nascita del diritto all'assegno post-matrimoniale ad un dato normativo più saldo». Dello stesso tenore, le parole di U. Roma,

In verità, nell'ambito del diritto di famiglia, in cui particolarmente stretto appare il legame tra diritto e realtà sociale, si registra il costante ricorso all'utilizzo, nei testi normativi, di espressioni e termini elastici destinati a mutare il proprio significato nel tempo e nello spazio, al fine di rendere la norma stessa idonea a rispecchiare e disciplinare le varie fattispecie, tenendo conto dell'evoluzione della società e dei costumi[3].

Questa caratteristica amplia il ruolo della giurisprudenza, chiamata ad offrire risposte tempestive ed efficienti in un ambito connotato da rapidi e significativi mutamenti[4].

In particolare, nell'ambito della problematica oggetto di analisi, il superamento del concetto di solidarietà postconiugale così come formulato all'inizio degli anni 90 e l'esigenza di un mutamento delle regole che la disciplinano, derivano, probabilmente da un contesto sociale e da un sistema normativo significativamente mutati nel tempo che, peraltro, hanno visto il realizzarsi di una pluralità di «costellazioni familiari»[5], caratterizzate dalla liquidità e dalle materiali aggregazioni e riaggregazioni.

2. La giurisprudenza, per circa trent'anni, con un orientamento granitico espresso per la prima volta da quattro sentenze emesse dalla Corte di Cassazione a Sezioni

Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica; in *Nuova giur. comm.*, 2017, 100, «l'aggettivo adeguato, riveste una relatività immanente che esaurisce la sua evanescenza solo se trova il riferimento rispetto al quale assume un significato compiuto e fermo».

3 In tal senso, C. Cost., 14 aprile 2010, n.138, in *Dir. famiglia,* 2011, 1, I, 4 con nota di V. Tondi Della Mura, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della "libertà"*; in *Giur. cost.,* 2010, 3, 2715, con nota di B. Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*; in *Responsabilità civile e previdenza* 2010, 7-8, 1491 con nota di: L. Morlotti, *Il no della Consulta ai matrimoni gay*; in *Giust. civ.*, 2010, 6, I, 1294; in *Iustitia*, 2010, 3, 311 con nota di M Costanza, *La Corte Costituzionale e le unioni omosessuali*; in *Foro it.* 2010, 5, I, 1361 con nota di: R. Romboli, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio,* con nota di F. Dal Canto*, La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*; in *Foro it.* 2010, 5, I, 1369, e con nota di M. Costantino, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempi*) 6, I, 1701. La corte Costituzionale, nella sentenza 14 aprile 2010 n. 138 (punto 9, Considerato in diritto) espressamente statuisce: che i concetti di famiglia e matrimonio: «non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore», in quanto «sono dotati della qualità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi».

4 Per una sintetica idea del fenomeno ampio e complesso si veda R. Carleo, *Il ruolo della giurisprudenza nel diritto di famiglia: cenni introduttivi*, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, 165 ss. In particolare, p. 168, l'Autore pone: «particolare attenzione alla tecnica legislativa che deve caratterizzare il diritto di famiglia» in virtù della quale «il giudice è chiamato al difficile compito di bilanciare l'applicazione dei principi nel rispetto della vecchia e superata "fattispecie", forse ancora utile per agevolare la prevedibilità della decisione e la certezza del diritto, pur volendo applicare prudentemente i principi per favorire l'evoluzione dell'ordinamento mediante l'interpretazione giurisprudenziale, senza attendere che il legislatore provveda a soddisfare le nuove esigenze sociali (con l'inesorabile "senilità" dell'intervento legislativo)».

5 Mutuando l'espressione da L. Rossi Carleo, *Status e contratto nel mosaico della famiglia,* in *Dir. famiglia*, 2016, I, 221.

Unite, nel novembre del 1990[6], ha statuito che il diritto all'assegno divorzile deve essere riconosciuto al coniuge che non disponga di mezzi adeguati (tenendo conto non solo dei suoi redditi ma anche dei cespiti patrimoniali e delle altre utilità di cui può disporre) a consentirgli il mantenimento di un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio[7].

Le Sezioni Unite hanno riconosciuto il carattere «esclusivamente assistenziale» dell'assegno post-matrimoniale, individuando nell'inadeguatezza dei mezzi il solo presupposto per il riconoscimento del relativo diritto (*an debeatur*), rimettendo la determinazione in concreto dello stesso (*quantum debeatur*) alla «valutazione ponderata e bilaterale dei criteri enunciati dalla legge (condizioni dei coniugi, ragioni della decisione, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, reddito di entrambi, durata del matrimonio) con riguardo al momento della pronuncia di divorzio».

Il parametro del "tenore di vita", che secondo quanto chiarito dalla Suprema Corte è da identificarsi con quello offerto dalle potenzialità economiche dei coniugi[8], dovrà, pertanto, essere bilanciato, nei singoli casi, con tutti i criteri normativamente individuati dall'art. 5 comma 6 l. div.

---

6 Cass., S.U., 29 novembre 1990, n. 11489, 11490, 11491, 11492, in *Foro It,* 1991, I, 67, con note di E. Quadri, *Assegno di divorzio, la mediazione delle Sezioni Unite*, e V. Carbone, *Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*; in *Giust. civ.*, 1990, I, 2789; in *Giust. civ.*, 1991, I, 1223, con nota di A. Spadafora, *L'orientamento delle Sezioni Unite in materia di assegno divorzile: considerazioni critiche*; in *Giust. civ.*, 1991, I, 2119, con nota di E. Bruschi, *Le Sezioni Unite e l'assegno di divorzio*; in *Nuova giur. comm.*, I, 112, con nota di G. M. Pellegrini, *La determinazione dell'assegno di divorzio al vaglio delle Sezioni Unite*; in *Corriere giur.*, 1991, 305, con nota di A. Ceccherini, *Le Sezioni Unite ritornano sul «tenore di vita» del coniuge divorziato*.

7 La Corte, a tal proposito, chiarisce che non è necessario uno stato di bisogno dell'avente diritto, il quale può anche essere economicamente autosufficiente, rilevando l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle condizioni economiche del medesimo. Si vedano, in tal senso, Cass., 28 ottobre 2013, n. 2452, in *Foro it.*, 2014, I, 858; Cass., 3 luglio 2013, n. 16597, in *Famiglia e dir.*, 2015, 1079 ss.; F. Alcaro, *Note in tema di assegno divorzile: "il tenore di vita in costanza di matrimonio", un'aporia interpretativa?*, in *Famiglia e dir.*, 2013, 12, 1079 ss.; E. Al Mureden, *Assegno divorzile*, *parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoresponsabilità*, in *Famiglia e dir.*, 2015, 539 ss.; L. Rossi Carleo, *La separazione e il divorzio,* in AA. VV., *Il diritto di famiglia,* IV, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da M. Bessone, (a cura di T. Auletta); G. Ferrando, *Le* conseguenze patrimoniali *del divorzio tra autonomia e tutela*, in *Dir. Famiglia pers.*, 1998, 703 ss.

8 Cass., 16 ottobre 2013 n. 23442, in *Corriere giur.*, 2014, 1349, che espressamente statuisce: «In tema di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nella disciplina dettata dall'art. 5 della legge 1 dicembre 1978 n. 898, come modificata dall'art. 10 della legge 6.3.1987, n. 74, il giudizio di adeguatezza dei mezzi a disposizione del coniuge richiedente l'assegno di divorzio deve essere rapportato al tenore di vita goduto durante il matrimonio che è quello offerto dalle potenzialità economiche dei coniugi e non già dallo stile di vita concretamente condotto in base a scelte di rigore caratterizzate da "*self restraintment*"». In senso conforme, Cass.,16 maggio 2005, n. 10210, in *Giust. civ.* 2006, 894, e in *Dir. e giustizia*, 2005, 25, 40. Pertanto, secondo l'impostazione accolta dalla Cassazione, l'adeguatezza dei redditi del coniuge richie-

I suddetti criteri potranno agire, o come fattori di moderazione dell'importo dell'assegno, o al fine di negare il diritto alla corresponsione dello stesso.

In realtà, le sentenze delle Sezioni Unite furono precedute da una pronuncia emessa all'inizio del 1990[9], in cui la Corte, prendendo le distanze dall'orientamento giurisprudenziale prevalente[10], individuava nella sussistenza in capo al richiedente di mezzi adeguati a mantenere un "*modello di vita economicamente autonomo e dignitoso*"[11], il parametro di riferimento alla luce del quale effettuare la valutazione in merito alla spettanza dell'assegno divorzile.

Tale orientamento, che in verità suscitò le critiche della dottrina più autorevole[12], fu probabilmente ispirato dalla lettura di alcuni punti dei lavori preparatori della legge 74/1987[13].

---

dente l'assegno deve essere valutata alla luce del tenore di vita consentito dalle potenzialità economiche della coppia e non del tenore di vita più modesto effettivamente goduto durante il matrimonio.

9 Cass., 2 marzo 1990, n. 1652 in *Dir. Famiglia*, 1990, 437, con nota di G. Nappi, *Assegno divorzile e principio di solidarietà post-coniugale*; e di F. Dall'Ongaro, *L'art. 10 della L. 74/87 ed il dissidio sul concetto di mezzi adeguati.* ed in *Foro it*., 1990, I, 1165 con nota di E. Quadri, *La Cassazione "rimedita" il problema dell'assegno di divorzio*; in *Giur.* it.*,* 1990, I, 1741, con nota di C. Iacovino, *Assegno di divorzio e "modelli" di vita;* in *Giust. civ*. 1990, I, 925, con nota di S. Sotgiu, *Il concetto di "adeguatezza di mezzi" nell'attribuzione dell'assegno di divorzio*; in *Corriere giur.,* 1990, 459 ss., con nota di V. Carbone, *Il tenore di vita del coniuge divorziato*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2390 ss., con nota di A. Spadafora, *Il presupposto fondamentale per l'attribuzione dell'assegno divorzile nell'ottica assistenzialistica della riforma del 1987*, 2394.

10 Sposando le tesi formulate da parte della dottrina del tempo che aveva espresso il timore che l'assegno di divorzio commisurato al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, avrebbe potuto trasformarsi in una rendita parassitaria: M. Bin, *I rapporti di famiglia. Sentenze d'un anno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 199 ss.; C. Luminoso, *La riforma del divorzio*: *profili di diritto sostanziale*, in *Dir. Famiglia*, 1988, 455; L. Barbiera, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, 97; A. Spadafora, *Il presupposto fondamentale per l'attribuzione dell'assegno divorzile* cit. 2394 ss.; F. Alcaro, *Note in tema di assegno divorzile: 'il tenore di vita in costanza di matrimonio', un'aporia interpretativa?*, in *Famiglia e dir.*, 2013, 12, 1081 ss.; M. Palazzo, *Assegno post-coniugale e capacità di lavoro potenziale, in Fam. pers. e succ.*, 2012, 732 ss.

11 Cass., 2 marzo 1990, n. 1652 cit., testualmente afferma che ai fini della valutazione dell'assegno, la valutazione in merito all'adeguatezza dei mezzi economici del richiedente: «deve essere compiuta con riferimento non al tenore di vita da lui goduto durante il matrimonio, ma ad un modello di vita economicamente autonomo e dignitoso, quale, nei casi singoli configurato dalla coscienza sociale».

12 C.M. Bianca, *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 537 ss.; G. Gabrielli, *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 543, in particolare l'A. individua nel tenore di vita goduto in costanza di matrimonio il parametro cui ancorare la valutazione dell'adeguatezza di mezzi funzionale al riconoscimento dell'assegno divorzile e dell'assegno di mantenimento nella fase di separazione «*con questa differenza, tuttavia tra la disciplina della separazione e del divorzio: che, nella prima, il riferimento al tenore di vita matrimoniale è inderogabile in favore del coniuge cui la separazione stessa non possa addebitarsi; mentre nella seconda, la discrezionalità giudiziale può spaziare, nel disporre l'assegno, fra un massimo rappresentato dal tenore di vita coniugale e un minimo costituito dagli alimenti in considerazione di una pluralità di elementi indicati dalla norma*». Tale proposta interpretativa fu poi seguita dalle Sezioni Unite con un orientamento consolidatosi nell'arco di quasi un trentennio; G. Bonilini, *Assegno postmatrimoniale e tenore di vita coniugale*, nota a Trib. Parma, 12 novembre 1998, in *Famiglia e dir.*,1999, 2, 169 ss.

13 Per dettagliati riferimenti relativamente all'*iter* parlamentare della legge 6.3.1987, n. 74, si veda E. Quadri, *La nuova legge sul divorzio*, I*, Profili patrimoniali*, Napoli, 1987, 1 ss.

In particolare, in un passaggio della relazione di accompagnamento al testo proposto in sede di Commissione Giustizia del Senato[14], veniva fatto espresso riferimento alla «funzione assistenziale dell'assegno» da considerarsi come «diretto ad assicurare al coniuge economicamente più debole, non già lo stesso tenore di vita conseguito in costanza di convivenza, quanto un mantenimento dignitoso».

I vari criteri indicati dalla norma avrebbero avuto, invece, la funzione di giungere alla determinazione del concreto importo dell'assegno. Ed effettivamente, la proposta di legge cui si riferiva la relazione, individuava testualmente quale parametro di riferimento per il riconoscimento del diritto a percepire l'assegno, l'idoneità dei redditi disponibili a garantire al coniuge richiedente "un dignitoso mantenimento". Tuttavia, il suddetto riferimento, nel corso dei successivi lavori parlamentari fu espunto dal testo[15]. Il concetto di "adeguatezza di mezzi" tornò, pertanto, ad essere disancorato ad un preciso parametro di riferimento.

D'altra parte, l'impianto delineato dalle sentenze del 1990 ha ricevuto il sostanziale avallo della stessa Corte Costituzionale[16] che ha considerato conforme al dettato della Costituzione la disciplina statuita dall'art. 5 comma 6 della legge 898/1970 così come modificato dalla l. 74/1987.

Secondo l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite del 1990, la valutazione in merito al riconoscimento dell'assegno di divorzio si articola in due fasi. In una prima fase, oggetto di valutazione è l'accertamento del diritto a percepire l'assegno (*an debeatur*) ed il giudice è chiamato a verificare la sussistenza, in capo al coniuge richiedente, di "mezzi adeguati" (o, comunque, "dell'impossibilità di procurarseli per

[14] Senato della Repubblica, IX Legislatura, 561° seduta pomeridiana pubblica del 17 febbraio 1987, relazione del Senatore Nicolò Lipari

[15] Come puntualmente sottolineato anche da Cass., S.U., 29.11.1990, n. 11490, cit. Inoltre, si evidenzia, con riguardo ai lavori preparatori della l. 6.3.1987, n. 74, con riferimento specifico al comma 6 dell'art 5, che proprio in sede di approvazione veniva respinto l'emendamento proposto dal Sen. Mariucci Mariani che statuiva il riconoscimento dell'assegno quando il richiedente non aveva «mezzi adeguati per il proprio mantenimento».

[16] C. Cost., 11 febbraio 2015, n. 11 in *Famiglia e dir.,* 2015, 6, 537 ss., con nota di E. Al Mureden, *Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoresponsabilità*. La questione di legittimità costituzionale veniva sollevata dal Tribunale di Firenze con ordinanza emessa il 22 maggio 2013 n. 239, in *Famiglia e dir.*, 2014, 7, 690 ss., con note di E. Al Mureden, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione* e di A. Morrone, *Una questione di ragionevolezza: l'assegno divorzile e il criterio del "medesimo tenore di vita"*. Il Tribunale di Firenze aveva posto in dubbio la conformità con il principio costituzionale di ragionevolezza (art. 3 Cost.), dell'art. 5 comma 6 della legge 898 del 1970 come interpretato alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il parametro per l'attribuzione dell'assegno divorzile viene individuato nell'inadeguatezza dei mezzi del richiedente a garantire un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio. Il Tribunale rimettente individuava, nella suddetta regola un'evidente contraddizione logica e giuridica fra l'istituto del divorzio, volto alla cessazione del matrimonio e dei suoi effetti, e una normativa che, offrendo al coniuge economicamente debole, la garanzia di mantenere il tenore di vita goduto durante il matrimonio avrebbe determinato un prolungamento all'infinito dei "vincoli economici derivanti da un fatto (il matrimonio) che non esiste più proprio a seguito del divorzio" travalicando "il dato normativo e l'intenzione del legislatore".

ragioni oggettive") a garantire lo stesso tenore di vita goduto in costanza di matrimonio. Conclusasi con esito positivo la prima fase, con il riconoscimento del diritto del richiedente alla percezione dell'assegno divorzile, il giudice dovrà procedere alla quantificazione dell'assegno avvalendosi dei criteri dettati dall'art. 5 comma 6 l. div. (condizione e reddito dei coniugi, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla formazione del patrimonio comune, durata del matrimonio, ragioni della decisione) che, pertanto, agiscono come fattori di "*moderazione e diminuzione*" della somma considerata in astratto, e potranno "*valere anche ad azzerarla*"[17].

Il parametro del "*tenore di vita*" goduto dal coniuge in costanza di matrimonio si pone, pertanto, sulla base della prevalente giurisprudenza, come il criterio alla luce del quale valutare la sussistenza del diritto a percepire l'assegno di divorzio, e a quantificare la misura massima ipotizzabile del detto assegno.

Il giudice sarà, poi, chiamato ad effettuare le ulteriori valutazioni relativamente alla dinamiche familiari caratterizzanti la fattispecie concreta sottoposta al suo esame, che potrebbero addirittura condurre sino all'azzeramento dell'assegno stesso.

Su queste basi sembra doversi escludere, onde evitare pericolosi equivoci, che l'orientamento praticamente incontestato per quasi un trentennio[18] abbia espresso il principio secondo cui l'assegno divorzile debba garantire in ogni caso, al coniuge economicamente più debole, il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.

3. Con la celebre sentenza n. 11504 del 10 maggio 2017[19], la Corte di Cassazione ha sovvertito clamorosamente i principi consolidati in giurisprudenza da quasi

[17] C. Cost., 11 febbraio 2015, n. 11, cit.

[18] L'insegnamento impartito dalla Cassazione è stato costantemente seguito sia dalle successive pronunce della Cassazione che dai giudici di merito.

[19] Cass., 10 maggio 2017, n. 11490, in *Nuova giur. comm.*, 2017, con nota di U. Roma, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica*; in *Famiglia e dir.* 2017, 1001 ss.; con nota di E. Al Mureden, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale,* 636 ss.; con nota di F. Danovi, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*, 655 ss.; in *Corriere giur.* 2017, 885 ss. con nota di E. Quadri, *I coniugi e l'assegno di divorzio, tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità". "Persone singole" senza passato?*; in *Giur. it.,* 2017, 1 ss., con nota di A. di Majo, *Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*; in *Giur. it.,* 2017, 1799 ss., con nota di C. Rimini, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile, l'agonia del fondamento assistenziale;* in *Foro It.*, 2017, I, 1859 ss., con nota di G. Casaburi, *Tenore di vita e assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi di antico*; con nota di C. Bona, *Il revirement sull'assegno divorzile, e gli effetti sui rapporti pendenti,* in *Foro It.*, 2017, I, 1900 ss.; e con nota di A. Mondini, *Sulla determinazione dell'assegno divorzile la sezione semplice decide "in autonomia". Le ricadute della pronuncia sui giudizi di attribuzione e sui ricorsi per revisione dell'assegno* in *Foro It.*, 2017, I, 1903 ss.; C. M., Bianca *L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: Ciao Europa?*, in *Giustiziacivile.com* del 09.06.2017; A. Spadafora, *Il "nuovo", assegno di divorzio e la misura della solidarietà postaffettiva* in *Giustiziacivile.com* del 25.07.2017; V. Barba, *Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente* in *Giustiziacivile.com* del 27.11.2017, F. Tommaseo, *La prima sezione sui criteri per stabilire an e quantum dell'assegno divorzile, una svolta nella giurisprudenza della Cassazione,* in *Quotidiano Giur.,* 2017, 7

un trentennio in tema di criteri e metodi di determinazione dell'*an* e del *quantum* dell'assegno di divorzio[20] ritenendo, «non più attuale (…) a distanza di quasi ventisette anni» l'orientamento previgente[21].

La I Sezione della Suprema Corte, in verità, presta un iniziale e formale ossequio ai principi delineati dalle Sezioni Unite nel 1990.

La pronuncia, infatti, sulla base del dato testuale dell'art. 5 comma 6, l. 1-12-1970, n. 898 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio) introdotto dall'art. 10 della l. 6-3-1987, n. 74 (Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio), conferma, innanzitutto il carattere "assistenziale" dell'assegno divorzile[22], individuandone la ratio nel dovere di "solidarietà economica" costituzionalmente sancito.

---

ss; F. Danovi, *La Cassazione e l'assegno di divorzio: en attendant Godot (ovvero le Sezioni Unite)*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 1, 51 ss.; negli stessi termini anche Cass.,16 maggio 2017 n. 12196, in *Famiglia e dir.,*2018, 4, 344, con nota di E. Al Mureden, *Berlusconi v. Lario: autosufficienza e tenore di vita coniugale in un "big money case" italiano*; in *Giur. it.*, 2017, 8-9, 1799 con nota di U. Roma, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*; in *Dir. Famiglia pers,* 2017 765, con nota di G. Savi*, La rilevanza del "tenore di vita" nel regolamento delle crisi del rapporto coniugale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 764. Il suddetto orientamento è stato, peraltro, ribadito Suprema Corte, cfr. Cass., 7 febbraio 2018, n. 3015, in *Guida al Diritto* 2018, 10, 20; Cass., 7 febbraio 2018, n. 3016, in *Diritto & giustizia*, 8 febbraio 2018; Cass., 25 ottobre 2017, n. 25327, in *Il familiarista.it*, 23 gennaio 2018, con nota di A. Fasano, *Negato l'assegno richiesto 30 anni dopo il divorzio*; Cass., 9 ottobre 2017, n. 23602, in *Corriere giur.*, 2017, 1597, Cass., 22.06.2017, in *Foro it.*, 2017, 7-8, 2259; Cass., 11 maggio 2017, n. 11538, in *Ilfamiliarista.it* 30 giugno 2017 con nota di M. Rovacchi, *La natura assistenziale dell'assegno divorzile,* che ha utilizzato, per la concessione dell'assegno di divorzio, il parametro di riferimento di "*un'esistenza libera e dignitosa*" discostandosi dall'espressione "*indipendenza o autosufficienza economica*".

20 In tema di individuazione dei criteri di determinazione dell'assegno divorzile, veniva presentata alla Camera dei Deputati, in data 27.07.2017, a firma dell'On. Donatella Ferranti, una proposta di legge avente oggetto: «*Modifiche all'art. 5 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, in materia di assegno spettante a seguito di scioglimento del matrimonio o dell'unione civile*», peraltro caducata al termine della legislatura. Si veda anche A. Morace Pinelli, *Il revirement della Cassazione in tema di assegno divorzile: in attesa delle Sezioni Unite*, in *Arch. Giur.*, 2018, 20 ss.

La suddetta proposta di legge, all'art. 1 configura l'assegno come «destinato a compensare, per quanto possibile, la disparità che lo scioglimento crea nelle condizioni di vita dei coniugi. Nella determinazione dell'assegno il tribunale valuta le condizioni economiche in cui i coniugi vengono a trovarsi a seguito della fine del matrimonio; le ragioni dello scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio; la durata del matrimonio; il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno e di quello comune; il reddito di entrambi, l'impegno di cura personale dei figli comuni minori o disabili, assunto dall'uno o dall'altro coniuge; la ridotta capacità reddituale dovuta a ragioni oggettive; la mancanza di un'adeguata formazione professionale quale conseguenza dell'adempimento di doveri coniugali».

21 In realtà, i contenuti della sentenza erano già stati compiutamente argomentati dallo stesso giudice relatore della sentenza in un articolo di dottrina pubblicato circa un anno prima: cfr. A. Lamorgese, *L'assegno divorzile e il dogma della conservazione del tenore di vita matrimoniale*, in *Questione giustizia* (edizione on line, 11 marzo 2016).

22 Secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti, la scelta del legislatore del 1987, sarebbe orientata ad attribuire all'assegno di divorzio natura essenzialmente assistenziale, superando, in tal modo, l'impostazione che tendeva a riconoscere allo stesso una natura composita in cui confluiscono un elemento assistenziale, uno risarcitorio ed un altro compensativo. Tale conclusione è stata tratta dal dato testuale introdotto dal

La Corte, inoltre, aderisce pienamente all'interpretazione dell'art. 5 l. div. che configura come ripartito in due distinte fasi il giudizio volto all'attribuzione in concreto dell'assegno divorzile. In particolare, la prima fase sarà volta al riconoscimento del diritto, la seconda, invece, che avrà luogo solo in caso di esito positivo della fase precedente, avrà ad oggetto la quantificazione dell'assegno.

Tuttavia, la pronuncia in discorso statuisce espressamente che nella prima fase avente ad oggetto l'*an debeatur*, «non possono rientrare valutazioni di tipo comparativo tra le condizioni economiche degli *ex* coniugi, dovendosi avere riguardo esclusivamente alle condizioni del soggetto richiedente l'assegno successivamente al divorzio».

La sentenza innova radicalmente l'interpretazione dell'espressione «mezzi adeguati», individuando il parametro cui commisurare l'adeguatezza dei mezzi, al raggiungimento dell'"indipendenza economica" del richiedente[23].

In altri termini, qualora si accerti che l'ex coniuge richiedente l'assegno è «economicamente indipendente o è effettivamente in grado di esserlo, non dovrà essergli riconosciuto il relativo diritto»[24], chiarendo espressamente che l'interesse tutelato con l'assegno «non è il riequilibrio delle condizioni economiche degli *ex* coniugi, ma il raggiungimento dell'indipendenza economica, in tal senso dovendo intendersi la funzione esclusivamente assistenziale dell'assegno divorzile». Su queste basi sarebbe inconfigurabile un «interesse giuridicamente rilevante o protetto dell'ex coniuge a conservare il tenore di vita matrimoniale»[25].

Risulta pertanto evidente come, la giurisprudenza, a fronte di un testo normativo formalmente identico, di fatto innova sostanzialmente il significato della disposizione.

4. La sentenza della I Sezione della Cassazione presenta evidenti punti di fragilità sia per l'aspetto metodologico, sia sotto il profilo del merito.

---

nuovo comma 6 che prevede l'obbligo per un coniuge di corrispondere all'altro un assegno periodico quando quest'ultimo «non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive».

[23] In verità App. Milano, 16 novembre del 2017 n. 4793, in *Corriere giur.*, 2018, 3, 319, con nota di C. Rimini, *Assegno di divorzio, non è solidarietà, non è assistenza ciò che l'ex coniuge va cercando*, afferma che gli indici dell'autosufficienza economica "non potranno essere criteri rigidi e predefiniti (quali il riferimento a stipendi minimi di determinate categorie di lavoratori o simili), giacché ogni automatismo contrasta con la particolare natura di questi procedimenti e con la natura non definitiva delle decisioni, che sempre devono tenere conto di una pluralità di fattori". In particolare la Corte Milanese chiarisce che l'autosufficienza economica, pur non dipendendo dal pregresso tenore di vita matrimoniale, è un parametro flessibile, non uguale per tutti ma dipendente dalle condizioni di vita effettive, dai progetti e dalle aspettative del coniuge richiedente, In tal senso anche Trib. Milano, 3 ottobre 2017 n. 9868, in *ilfamiliarista.it*, 19.05.2018, con nota di G. Danise, *Assegno divorzile per consentire un'esistenza libera e dignitosa,* che espressamente afferma "nella valutazione dell'assegno, nel considerare le esigenze minime che possono e devono essere salvaguardate, in virtù della solidarietà postconiugale, occorre avere riguardo anche alla posizione sociale dell'avente diritto". In tal senso D. Piantanida, *L'assegno di divorzio dopo la svolta della Cassazione: orientamenti (e disorientamenti) nella giurisprudenza di merito*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 1, 71.

[24] Così Cass., 10 maggio 2017, n. 11504 cit., par. 2.4. e Cass., 22 giugno 2017, cit. par. 5.1.

[25] Cass., 10 maggio 2017, n. 11504 cit., n. 2.2. lett. E.

Innanzitutto, non convince il *modus operandi* della Corte, che con un indirizzo espresso da una Sezione semplice ha sconfessato un orientamento che, sebbene espresso ventisette anni prima, era stato seguito con un'assoluta uniformità sin dal 1990[26].

Del resto, la Corte ha disatteso il costante orientamento delle Sezioni Unite senza provvedere a delineare, come sarebbe stato quanto meno opportuno, l'*iter* logico – giuridico posto alla base della decisione assunta, ma limitandosi ad illustrare sinteticamente le conclusioni di diritto cui la pronuncia sarebbe giunta, per poi giudicare superflua la rimessione della questione alle Sezioni Unite in ragione del fatto che, l'orientamento inaugurato nel 1990 sarebbe da considerarsi a distanza di quasi un trentennio *non più attuale*". La Corte osserva testualmente: «a distanza di quasi ventisette anni, il Collegio ritiene tale orientamento, per le molteplici ragioni che seguono, non più attuale», ritenendosi, su queste basi, esentato dall'osservanza dell'art. 374, terzo comma, c.p.c. ai sensi del quale: «se la Sezione Semplice ritiene di non dover condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

La pretesa giustificazione adottata dalla Corte per sottrarsi all'applicazione dell'art. 374 non trova riscontro alcuno nel dato normativo[27].

Inoltre, non può non sottolinearsi come l'orientamento secondo cui il presupposto per la concessione dell'assegno divorzile veniva individuato nell'inadeguatezza di mezzi idonei a far conservare al richiedente un tenore di vita analogo a quello goduto durante le nozze, non si fonda unicamente su remoti[28] ed isolati precedenti, ma

[26] La dottrina ha criticato la mancata rimessione della questione alle Sezioni Unite, individuando in essa una violazione dell'art. 374 comma 3 c.p.c. ancor più rilevante, perché commessa dall'organo supremo della giurisdizione civile, garante della corretta ed uniforme applicazione della legge. Si vedano tra gli altri E. Quadri, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?*, cit., 885; G. Casaburi, *Tenore di vita e assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi di antico*, cit., 1986; A. Mondini, *Sulla determinazione dell'assegno divorzile la sezione semplice decide "in autonomia". Le ricadute della pronuncia sui giudizi di attribuzione e sui ricorsi per revisione dell'assegno*, cit., 1904; di F. Danovi, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*, cit., 655 ss.; F. Danovi, *La Cassazione e l'assegno di divorzio: en attendant Godot (ovvero le Sezioni Unite)*, cit., 59.

[27] Con la successiva Cass., 22 giugno 2017, n. 15481 cit., la Corte ha disatteso la richiesta formulata dal Procuratore Generale di rimessione del giudizio alle Sezioni Unite affermando: «non si scorge, perciò, per quali ragioni – che non si risolvano, però, nel mero dissenso dell'Ufficio del Procuratore Generale rispetto all'orientamento assunto da una Sezione semplice – l'applicazione e lo svolgimento dei principi enunciati con la sentenza n. 11504 del 2017 debbano ritenersi istituzionalmente attribuiti alla cognizione delle Sezioni Unite di questa Corte».

[28] Sposa in pieno i criteri dettati dalle Sezioni Unite nel 1990, in tempi immediatamente antecedenti alla pronuncia della Prima sezione, tra le altre, Tribunale di Modena, sez. II, 1 febbraio 2017, n. 290: «in tema di assegno di divorzio la determinazione dell'assegno presuppone in primo luogo che l'avente diritto non abbia mezzi adeguati o comunque non possa procurarseli per ragioni oggettive, in relazione al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio. Va, quindi, preliminarmente accertata l'impossibilità di procurarsi adeguati mezzi di sostentamento per ragioni oggettive. Il diritto all'assegno non sorge soltanto in caso di mancanza assoluta di tali mezzi, ma anche in caso di impossibilità di ottenere mezzi tali da consentire il raggiun-

risulta frutto di un insegnamento impartito con rara continuità dalla giurisprudenza di legittimità (peraltro ribadito anche pochi mesi prima[29] della citata sentenza n.11504/2017) e costantemente seguito dai giudici di merito.

In una materia tanto delicata, suscettibile di generare un contenzioso di dimensioni importanti, risulta quanto meno discutibile la scelta operata dalla Corte di discostarsi in via del tutto autonoma dall'iter delineato dall'art. 374 c.p.c. senza peraltro fornirne adeguata motivazione. Appare concreto, a tal proposito il rischio di una sorta di anarchia del «post-principio»[30] che vada a frustare le esigenze di certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni.

5. La prima sezione della Suprema Corte ha abbandonato il riferimento al pregresso tenore di vita come criterio guida per l'attribuzione dell'assegno divorzile, individuando il parametro dell'indipendenza economica come fondamento del diritto del coniuge richiedente alla corresponsione dell'assegno.

Un primo aspetto della sentenza, che genera particolare perplessità, risiede nella circostanza per cui lo stravolgimento dell'interpretazione dell'immutato dettato normativo è stato occasionato da due fattispecie concrete che, per le condizioni socio-economiche delle parti in causa, sono assolutamente eccezionali[31].

La Corte di Cassazione[32], nell'infrangere la costante prassi giurisprudenziale afferma che i parametri dell'"indipendenza economica" e del "tenore di vita matrimoniale" sarebbero in netta contrapposizione tra di loro proprio in quanto attuazione di principi e funzioni dell'assegno del tutto differenti. In particolare, il primo concetto corrisponderebbe alla funzione assistenziale dell'assegno di divorzio ispirata

gimento non già della mera autosufficienza economica, ma di un tenore di vita sostanzialmente non dissimile da quello goduto in costanza di matrimonio. L'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente è in relazione al mantenimento di un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stesso, o quale poteva legittimamente e ragionevolmente configurarsi sulla scora delle aspettative maturate nel corso del rapporto. Il tenore di vita precedente viene desunto dalle possibilità economiche dei coniugi, ossia dall'ammontare complessivo dei redditi e dalle loro disponibilità patrimoniali».

29 Si veda, tra le più recenti, Cass., 29 settembre 2016, n. 19339, in *Diritto & Giustizia* 2016, 55, 8 con nota di P. Paleari, *Il tenore di vita nell'assegno divorzile*.

30 G. Casaburi, *Tenore di vita e assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi di antico*, cit., 1896.

31 Le famose decisioni (Cass., 10 maggio 2017 n. 11504 cit. e Cass.,16 maggio 2017 n. 12196 cit.) con cui la I sezione della Suprema Corte ha stravolto il granitico orientamento delle Sezioni Unite, hanno ad oggetto fattispecie del tutto atipiche sia per le cifre in gioco che per il ruolo sociale delle persone coinvolte. Indubbiamente differenti sono infatti le problematiche che assumono rilievo nelle fattispecie che coinvolgono persone comuni.

32 Cass.,10 maggio 2017, n. 11504 cit., par. 2.2., e analogamente Cass., 22 giugno 2017, n. 15481, cit., par. 5.2 e 5.6.

agli articoli 2 e 23 Cost.[33], mentre l'altra, alla funzione solidaristica[34] ancorata agli articoli 2, 3 e 29 Cost.

Secondo l'interpretazione formulata dalla I sezione della Suprema Corte, se è accertato che il coniuge richiedente è «economicamente indipendente o è effettivamente in grado di esserlo, non deve essergli riconosciuto il diritto all'assegno di divorzio».

Inoltre, la Suprema Corte ha chiarito espressamente che l'accertamento dell'indipendenza economica del coniuge deve essere condotto con riferimento «alla persona dell'ex coniuge richiedente l'assegno come singolo individuo, cioè senza alcun riferimento al preesistente rapporto matrimoniale».

In tal modo viene statuito a chiare lettere che il concetto di autosufficienza ed indipendenza economica è assoluto e non può essere inteso come dipendente dalle sostanze dell'altro coniuge e dalla condizione economica dei coniugi in costanza di matrimonio.

Infine, la Cassazione, pronunciando un principio generale in materia di riparto dell'onere della prova, precisa che al richiedente «spetta allegare, dedurre e dimostrare di "non avere mezzi adeguati" e di "non poterseli procurare per ragioni oggettive". Tale onere probatorio ha ad oggetto i predetti indici principali, costitutivi del parametro dell'"indipendenza economica", e presuppone tempestive, rituali e pertinenti allegazioni e deduzioni da parte del medesimo coniuge, restando fermo, ovviamente, il diritto all'eccezione e alla prova contraria dell'altro»[35].

In particolare, la Cassazione ha ritenuto inammissibile l'utilizzo del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio come parametro cui ancorare il giudizio avente ad oggetto il diritto alla corresponsione dell'assegno innanzitutto perché il suddetto criterio farebbe rivivere un rapporto matrimoniale oramai estinto, determinando un'indebita "ultrattività" di un vincolo dissolto.

In effetti, il ragionamento della Corte si basa sulla premessa fondamentale alla luce della quale con il divorzio il rapporto matrimoniale deve intendersi estinto totalmente e definitivamente, non solo con riguardo allo *status* dei coniugi, ma anche da un punto di vista dei rapporti patrimoniali[36].

---

33 Espressamente richiamati da Cass., 10 maggio 2017, n. 11504 cit., par. 2.1.

34 Secondo C. M. Bianca, *Diritto civile, 1, La famiglia,* V ed., Milano, 2015, 298: la funzione solidaristica dell'assegno «contrasta con la tendenza volta a ravvisare nel divorzio lo strumento di liberazione totale dal matrimonio e da ogni peso che direttamente o indirettamente vi si riconnette. Questa tendenza ha trovato un limite nell'esigenza, alla quale la nostra società è ancora sensibile, di non lasciare al singolo l'arbitrio di cancellare senza tracce l'impegno assunto col matrimonio e di abbandonare alla sua sorte chi su tale impegno aveva costruito la propria famiglia».

35 Cass., 10 maggio 2017, n. 11504 cit., n. 2.4.

36 Parte della dottrina, in verità, ha manifestato l'idea secondo cui la fine della coppia non determini il radicale venir meno delle esigenze di gestione della vita comune della famiglia. In tal senso, E. Quadri, *I coniugi e l'assegno di divorzio, tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità"*, *"Persone singole" senza passato?* cit., 885 ss.; E. Al Mureden, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007, 238.

La suddetta argomentazione non appare condivisibile. Non convince l'affermazione secondo cui una volta sciolto il matrimonio, il rapporto coniugale «si estingue definitivamente sul piano sia dello status personale dei coniugi (…) sia dei loro rapporti economico – patrimoniali».

Basti pensare che il legislatore ha espressamente riconosciuto, al titolare dell'assegno di divorzio, il diritto alla quota di pensione di reversibilità[37], alla quota di indennità di fine rapporto[38], all'assegno a carico dell'eredità[39]; inoltre è prevista la possibilità che l'ex coniuge che non abbia copertura sanitaria possa conservare il diritto nei confronti dell'ente mutualistico che assiste l'ex coniuge[40].

La titolarità dei suddetti diritti trova comunque il suo fondamento nel preesistente vincolo matrimoniale, sebbene dissolto.

Nella sentenza 11504/2017, ed ancor di più nella sentenza n. 11538[41] del maggio 2017[42], in realtà, risuonano chiaramente le parole ed i concetti espressi dalla Corte nel 1990 nella pronuncia che ha preceduto, di poco, l'intervento delle Sezioni Unite.

---

37 Art. 9 comma 2 l. 898/1970: «il coniuge rispetto al quale è stata pronunciata la sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ha diritto, se non passato a nuove nozze e sempre che sia titolare dell'assegno di cui all'art. 5, alla pensione di reversibilità». Sulla legittimità della suddetta norma si è espressa la Corte Costituzionale con sentenza del 4 novembre 1999, n. 419 in *Famiglia e dir.*; 1999, 521.

38 Art. 12 *bis* comma l. 1-12-1970 n. 898: «Il coniuge nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ha diritto, se non passato a nuove nozze e in quanto sia titolare di assegno ai sensi dell'art. 5, ad una percentuale di indennità di fine rapporto percepita dall'altro coniuge all'atto della cessazione del rapporto di lavoro anche se l'indennità viene a maturare dopo la sentenza».

39 Art. 9 *bis* l. 1-12-1970 n. 898: «A colui al quale è stato riconosciuto il diritto alla corresponsione periodica di somme di denaro a norma dell'art. 5, qualora versi in stato di bisogno, il tribunale, dopo il decesso dell'obbligato, può attribuire un assegno periodico a carico dell'eredità tenendo conto dell'importo di quelle somme, della entità del bisogno, dell'eventuale pensione di reversibilità, delle sostanze ereditarie, del numero e della qualità degli eredi e delle loro condizioni economiche. L'assegno non spetta se gli obblighi patrimoniali previsti dall'art. 5 sono stati soddisfatti in unica soluzione. Su accordo delle parti la corresponsione dell'assegno può avvenire in unica soluzione. Il diritto all'assegno si estingue se il beneficiario passa a nuove nozze o viene meno il suo stato di bisogno. Qualora risorga lo stato di bisogno l'assegno può essere nuovamente attribuito».

40 Art. 5 comma 1, 1-12-1970 n. 898: «Il coniuge, al quale non spetti l'assistenza sanitaria per nessun altro titolo, conserva il diritto nei confronti dell'ente mutualistico da cui sia assistito l'altro coniuge. Il diritto si estingue se egli passa a nuove nozze».

41 Le due sentenze esprimono principi sostanzialmente analoghi. In particolare, nella prima, si rigetta la richiesta di assegno di divorzio formulata da chi ha mezzi elevatissimi ma insufficienti a ricostruire il tenore di vita matrimoniale mentre nella seconda si concede l'assegno divorzile a chi non ha raggiunto l'indipendenza economica ma non ha provato (come ritenuto necessario dalla controparte) l'impossibilità assoluta a trovare qualunque lavoro (ma ha soltanto provato di aver cercato dei lavori).

42 Cass., 11 maggio 2017, n. 11538, cit., che ha espressamente statuito «L'assegno divorzile ha natura assistenziale e deve permettere a chi non dispone di redditi sufficienti di condurre un'esistenza libera e dignitosa». La Cassazione ha così ripetuto testualmente le parole espresse nel 1990 dalla citata Cass., 2 marzo 1990, n. 1652.

La I Sezione della Suprema Corte, al di là del professato intento di innovare un orientamento ritenuto "superato", a distanza di quasi ventisette anni, ripropone soluzioni del tutto analoghe a quelle elaborate dalla sentenza n. 1652/1990, già espressamente disattese dalle Sezioni Unite[43].

Peraltro, l'adozione dei concetti di "indipendenza economica" e "autosufficienza economica" quali criteri di riferimento per l'attribuzione del diritto all'assegno di divorzio non pare condivisibile anche sotto altri aspetti.

L'assoluta genericità dei detti concetti rende davvero difficile determinare in concreto il limite dell'indipendenza economica. In realtà, la giurisprudenza di merito[44] ha effettuato vari tentativi in tal senso chiarendo che «per "indipendenza economica" deve intendersi la capacità per una determinata persona adulta e sana – tenuto conto del contesto sociale di inserimento – di provvedere al proprio sostentamento, intesa come capacità di avere risorse sufficienti per le spese essenziali (vitto, alloggio, esercizio dei diritti fondamentali). Un parametro (non esclusivo) di riferimento può essere rappresentato dall'ammontare degli introiti che, secondo le leggi dello Stato, consente (ove non superato) ad un individuo di accedere al patrocinio a spese dello Stato (soglia che ad oggi è di € 11.528,41 annui ossia circa 1.000,00 euro mensili)».

Inoltre, appare assai arduo, dopo le pronunce del 2017 operare le dovute distinzioni tra assegno divorzile, alimenti e assegno di mantenimento concesso in sede di separazione.

Desta infatti perplessità la circostanza per cui il concetto di "adeguatezza" riceverebbe un'interpretazione diversa nel contesto dell'art. 156 comma 1 c.c. con riferimento all'assegno di mantenimento, che spetterebbe al coniuge sprovvisto di "red-

[43] Sul punto si esprime G. Gabrielli, *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione*, 543 «Se l'intento del legislatore fosse stato quello di assicurare un sostegno solo a quei divorziati che non riescano con le proprie forze a condurre un'esistenza libera e dignitosa – da apprezzarsi secondo un criterio di statistica normalità, senza tenere in conto le specifiche condizioni economiche della vita pregressa di coniuge e di separato – davvero non si vede quale funzione più avrebbe l'espresso invito a considerare le ragioni del fallimento della comunione di vita, la misura del contributo dato da ciascuno alla formazione del patrimonio dell'altro e di quello comune, la durata del vincolo matrimoniale: tutti quei criteri insomma, sia pure subordinati, cui si riferisce la disciplina legale, e cui per contro, significativamente, la motivazione della sentenza in esame non dedica una sola parola. Nella prospettiva dell'interpretazione da tale sentenza prescelta, quei criteri non potevano che essere ignorati: in questa prospettiva, per quanto potentemente essi possano deporre in favore del coniuge economicamente più debole, mai varranno ad assicurargli un assegno, se già egli ha di suo quanto occorre per condurre una vita dignitosa, e mai per converso potranno valere a far scendere l'assegno sotto il livello di questa occorrenza, per quanto gravemente possano deporre contro di lui. Una massima giurisprudenziale che condanna all'inutilità una parte del dettato normativo non può, per ciò stesso, essere condivisa».

[44] Trib. Milano, ord. 20 maggio 2017, in *Dir. Famiglia pers.*, 2017, 3, 863; in *Diritto & Giustizia* 26 maggio 2017; in *Ilfamiliarista.it* 25 maggio 2017, che ha testualmente affermato che: il presupposto giuridico per il riconoscimento dell'assegno di divorzio, non è il pregresso tenore di vita matrimoniale, bensì' la "non" indipendenza economica dell'ex coniuge richiedente. Ulteriore parametro, per adattare "in concreto" il concetto di indipendenza, può essere il reddito medio percepito nella zona in cui il richiedente vive e abita». Assume una posizione sostanzialmente conforme il Trib. Venezia, ord. 24 maggio 2017, in *www.ilcaso.it*.

diti propri adeguati" a consentirgli un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio e nell'art. 5 comma 6 l. div. per cui l'assegno divorzile spetterebbe al coniuge privo di "mezzi adeguati" (o che comunque non può procurarseli) a garantirgli semplicemente un'esistenza libera e dignitosa.

Appare infatti paradossale riconoscere al coniuge "economicamente debole" un assegno sulla base del criterio del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio e negarlo poi dopo sei mesi o un anno. La netta cesura introdotta tra l'istituto della separazione e quello del divorzio non appare in linea con i dati emergenti dalla complessiva logica dell'ordinamento soprattutto in considerazione del fatto che la recente l. 6 maggio 2015 n. 155, ha significativamente ravvicinato anche da un punto di vista temporale i detti istituti[45]. In definitiva, il coniuge richiedente rischierebbe di vedersi negato, a distanza di soli pochi mesi, un assegno attribuito e determinato sulla base di criteri del tutto difformi.

Risulta altresì complesso distinguere l'assegno divorzile, che deve consentire l'indipendenza o l'autosufficienza economica, dagli alimenti considerando che non risulta chiarita la differenza tra indipendenza economica e stato di bisogno[46].

Un altro aspetto della sentenza che crea perplessità attiene all'applicazione concreta del recente orientamento: la Corte, infatti, non chiarisce se nell'ipotesi di coniuge avente diritto all'attribuzione dell'assegno di divorzio in quanto non autosufficiente dal punto di vista economico, la concreta determinazione dell'assegno debba avere come tetto massimo l'importo che garantisce l'autosufficienza economica.

Non risulta infatti chiaro se il detto assegno può essere determinato in un importo anche più elevato alla luce dei criteri indicati nella parte centrale dell'art. 5, comma 6, l. div.

---

[45] L'art. 1 della l. 6 maggio 2015 n. 155 modifica l'art. 3 comma 1 lett. b n. 2 della l. n. 898/1970 ha ridotto da tre anni a dodici mesi (per le separazioni giudiziali) o a sei mesi (per le separazioni consensuali) la durata minima del periodo di separazione ininterrotta dei coniugi idoneo a legittimare la domanda di divorzio; inoltre, la legge 10 novembre 2014 n. 162 ha notevolmente semplificato le forme del divorzio stesso, rendendo possibili sia la separazione che il divorzio mediante negoziazione assistita dei difensori (art. 6) e mediante accordo raggiunto dinanzi all'Ufficiale di Stato civile (art. 10).
Peraltro, un illustre autore riconosce alla separazione una «funzione autonoma rispetto all'istituto del divorzio. L'autonomia della funzione della separazione è suffragata dalla scelta del legislatore che predispone, richiedendo tempi e modalità, uno spazio di riflessione, indice di rispetto dei sentimenti e degli affetti. Più norme (art. 708 e 711, ult. comma c.p.c.; 4, commi 2 e 7 l. div.) tendono a favorire la riconciliazione, la ricostituzione della comunione spirituale e materiale, in attuazione del precetto costituzionale emergente soprattutto dagli artt. 2, 29, ultima parte, e 31, comma 1, Cost». P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 965, Id, *Aspetti civilistici, della separazione e del divorzio,* in *Rapporti personali nella famiglia,* a cura di P. Perlingieri, Camerino-Napoli 1982, 503; Id, *Persona e comunità familiare* in P. Perlingieri, *La persona e i suoi diritti*, Napoli 2005, 394 ss. Aderiscono invece all'idea di una funzione unitaria L. Rossi Carleo, *La separazione e il divorzio*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia, I,* in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, IV, Torino, 1999, 279 ss.; C.G. Terranova, *Contributo a una teoria unitaria delle prestazioni alimentari*, Napoli, 2004, 11 ss.

[46] M. Bianca, *Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile. Una storia incompiuta*, in *Foro it.*, 2017, I, 2716.

Sul punto, una recente sentenza[47] della Cassazione afferma che: «Una volta superato il vaglio dell'ammissibilità dell'assegno, ed accertata la non autosufficienza economica del richiedente (e l'impossibilità di ottenere mezzi adeguati per ragioni oggettive), sicuramente potrebbero venire in considerazione i vari profili indicati dalla norma per la quantificazione dell'assegno, tali eventualmente da condurre ad una elevazione dell'importo (ragioni della decisione, contributo alla formazione del patrimonio familiare e personale dei coniugi, durata del matrimonio)».

La giurisprudenza di merito[48], invece, ha chiarito che il raggiungimento dell'indipendenza economica rappresenta il tetto massimo della determinazione dell'assegno. Del resto, se si ammettesse che esso può essere determinato in un importo superiore a quanto necessario per la mera autosufficienza economica, si raggiungerebbe una conclusione oltremodo iniqua. L'ex coniuge che, compiendo durante la vita matrimoniale sacrifici tesi a contemperare esigenze familiari e lavorative, al momento del divorzio gode di un reddito autonomo che gli consente una modesta autosufficienza, non avrebbe diritto a ricevere alcun assegno; viceversa, un coniuge, al momento del divorzio privo di reddito autonomo per non essersi impegnato nella ricerca e nello svolgimento di alcuna attività lavorativa durante la vita coniugale, e impossibilitato a trovare un'occupazione per ragioni connesse all'età o al contesto del mercato del lavoro, avrebbe invece diritto ad un assegno divorzile calcolato nel suo ammontare in misura eventualmente (se i redditi dell'altro coniuge lo permettono) superiore a ciò che è necessario per garantire un'esistenza libera e dignitosa.

Inoltre, i criteri di interpretazione del concetto di "autosufficienza economica" fornita dalla Corte e la ricostruzione della funzione dell'assegno in termini *stricto sensu* assistenziali sembra lasciare poco spazio all'applicazione dei criteri indicati dal legislatore per la quantificazione dell'assegno (le ragioni della decisione, il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, il reddito di entrambi, la durata del matrimonio)[49].

I suddetti criteri non possono trovare alcuno spazio di operatività se l'*ex* coniuge ha diritto all'assegno solo se non ha mezzi adeguati a soddisfare i principali bisogni di vita. In particolare, se il coniuge economicamente "debole" non ha alcun diritto se raggiunge l'autosufficienza economica, non sussiste poi alcuno spazio di operatività per i suddetti criteri.

---

47 Cass., 26 gennaio 2018, n. 2043 in *Famiglia e dir.*, 2018, 4, 326 con nota di A. Figone, *Assegno divorzile e valutazione ponderata dell'autosufficienza economica: un "apripista" per le Sezioni Unite?*

48 Si veda Trib. Palermo, del 12 maggio 2017, riportata da D. Piantanida, *L'assegno di divorzio dopo la svolta della Cassazione: orientamenti (e disorientamenti) nella giurisprudenza di merito cit.*, 67.

49 C. M. Bianca, *L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa?*, in *Giustizia civile.com* editoriale del 9.06.2017, 4; in senso conforme D. Cavallari, *Attribuzione dell'assegno divorzile: evoluzione normativa e contrasti in giurisprudenza in attesa di un nuovo intervento delle Sezioni Unite*, in *magistraturaindipendente.it*, 22.01.2018; http://www.magistraturaindipendente.it/attribuzione-dellassegno-divorzile-evoluzione-normativa-e-contrasti-in-giurisprudenza-in-a.htm.

In tal modo, però, l'art. 5 comma 6 l. div. risulterebbe in parte abrogato.

A sostegno dell'opzione interpretativa che individua nel raggiungimento dell'«indipendenza economica» il parametro di riferimento cui rapportare il giudizio relativo all'«adeguatezza-inadeguatezza dei mezzi» dell'ex coniuge richiedente l'assegno di divorzio, (e sulla possibilità-impossibilità di procurarseli «per ragioni oggettive») il Collegio indica quale base normativa l'art. 337 *septies* c.c. comma I rubricato "Disposizioni in favore dei figli maggiorenni"[50].

La Cassazione indica, quale lacuna normativa idonea a giustificare il ricorso all'*analogia legis*[51], l'«assenza di uno specifico contenuto normativo della nozione di "adeguatezza dei mezzi" a norma dell'art. 5 comma 6 l. 898/70».

L'identità di *ratio* risiederebbe nella circostanza che si tratterebbe, in entrambi i casi, di «prestazioni economiche regolare nell'ambito del diritto di famiglia e dei relativi rapporti»[52].

In motivazione è dato leggere testualmente che l'indipendenza economica «se condiziona negativamente il diritto del figlio maggiorenne alla prestazione («assegno periodico») dovuta dai genitori, nonostante le garanzie di uno *status filiationis* tendenzialmente stabile e permanente (art. 238 c.c.) e di una specifica previsione costituzionale (art. 30 comma 1 Cost.) che riconosce anche allo stesso figlio maggiorenne il diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione, a maggior ragione può essere richiamato ed applicato, quale condizione negativa del diritto all'assegno di divorzio, in una situazione giuridica che, invece, è connotata dalla perdita definitiva dello *status* di coniuge».

L'assimilazione con riferimento all'indipendenza economica della posizione dell'ex coniuge a quella del figlio maggiorenne[53] non convince del tutto, come non

[50] A. Palazzo, *La filiazione*, in Tratt. Cicu – Messineo, Milano, 2013, 638 ss.; A. Morace Pinelli, *Le disposizioni in favore dei figli maggiorenni*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015, 855.

[51] Ai sensi dell'art. 12 comma 2 primo periodo delle disposizioni sulla legge in generale.

[52] Con riferimento alla *eadem ratio* tra la posizione dell'*ex* coniuge e quella del figlio maggiorenne non indipendente economicamente individuata nella circostanza che si tratti «in entrambi i casi di prestazioni economiche regolate dall'ambito del diritto di famiglia e dei relativi rapporti» si mostra critico U. Roma, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica* cit., 1007.

[53] Cass. S. U., 11 luglio 2018, n. 18287, in particolare par. 7, in *Diritto & Giustizia*, 11 luglio 2018, in *Diritto & Giustizia*, 11 luglio e in *Ilfamiliarista.it,* 17 luglio 2018, con nota di A. Simeone, *Il nuovo assegno di divorzio dopo le Sezioni Unite: ritorno al futuro?* par. 5.4, osserva che il detto richiamo «non risulta condivisibile in quanto le condizioni soggettive rispettivamente dell'ex coniuge e del figlio maggiorenne non autosufficiente non sono comparabili: il figlio maggiorenne ha il compito sociale, prima che giuridico, di mettersi nelle condizioni di essere economicamente indipendente e l'obbligo di mantenimento è definito temporalmente in funzione del raggiungimento dell'obiettivo; il coniuge, specie se non più giovane, che abbia rinunciato per scelta condivisa anche dall'altro, ad essere economicamente indipendente o abbia ridotto le proprie aspettative professionali per l'impegno familiare si può trovare, in virtù dell'applicazione del criterio dell'indipendenza economica, in una situazione di irreversibile grave disparità. Infine, l'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente perdura fino a quando non sia raggiunto un livello di indipendenza adeguato al percorso di studi e professionale seguito, mentre all'esito del divorzio per il coniu-

poche perplessità genera l'*eadem ratio* concretamente individuata. Infatti, la disciplina dettata dall'art. 337 *septies* trova il proprio fondamento nel rapporto di filiazione e nella responsabilità genitoriale che difficilmente risulta assimilabile al rapporto di *coniugio* se non per la circostanza che entrambi rientrano nei temi generali del diritto di famiglia[54]. Inoltre, assolutamente diverse sono le prospettive: il figlio ha dinanzi a sé un futuro da costruire in base a scelte autonomamente determinate, i genitori sono chiamati ad accompagnarlo verso l'obiettivo dell'indipendenza non soltanto economica in un compito che si configura come destinato fisiologicamente ad estinguersi; la prospettiva del coniuge è profondamente differente, in quanto avrà fisiologicamente già compiuto quel percorso evolutivo, magari rinunciando ad una propria completa realizzazione economica e professionale per dedicare il proprio tempo e le proprie energie alla cura della famiglia e dei figli ed in realtà, potrebbe trovarsi nella condizione di dover subire le scelte di vita da altri assunte con riferimento alla fine della relazione coniugale.

Inoltre, anche la sottintesa idea che la posizione del figlio sia sempre e comunque meritevole di maggior tutela rispetto a quella del coniuge è una prospettiva che non merita acritica condivisione, proprio in considerazione del fatto che, la posizione dell'ex coniuge, a differenza di quella del figlio, è destinata naturalmente a peggiorare progressivamente con il trascorrere degli anni.

Alla I sezione della Suprema Corte, deve in ogni caso riconoscersi il merito di essersi fatta interprete delle crescenti istanze di revisione del consolidato orientamento previgente probabilmente derivanti dai significativi cambiamenti della struttura sociale ed economica della coppia, che oggi, riceve un espresso riconoscimento giuridico, anche se non coniugata, e delle importanti trasformazioni di numerosi istituti del diritto di famiglia sia da un punto di vista normativo che interpretativo.

In particolare, le istanze di cui si fa portatrice la Cassazione nelle sentenze del 2017 sono, sotto alcuni punti di vista, senza dubbio condivisibili in quanto espressione di un diffuso sentire sociale, ed alla Corte deve sicuramente riconoscersi il merito di aver suscitato una rimeditazione della delicata problematica, volta a porre

ge che abbia le caratteristiche soggettive sopra delineate, la condizione deteriore in cui versa non ha alcuna possibilità di essere emendata, essendo fondata su una sperequazione reddituale e patrimoniale non più colmabile. Tale è la condizione della ricorrente rispetto al livello economico-patrimoniale molto più elevato dell'ex marito».

[54] Così G. Savi, *La rilevanza del "tenore di vita" dei con-sorti nel riconoscimento del contributo al mantenimento in regime di separazione personale e dell'assegno post-coniugale* in *L'Osservatorio sul diritto di famiglia,* Gennaio – Dicembre 2017, 103. Forti dubbi in merito alla solidità dell'assimilazione, quanto all'indipendenza economica della posizione dell'*ex* coniuge a quella del figlio maggiorenne è avanzata dalla dottrina più attenta: U. Roma, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica* cit., 1007 e C. Rimini, *Verso una nuova stagione dell'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale*, in *Nuova giur. comm.*, 2017, 1280; Id, *Assegno di divorzio non è solidarietà, non è assistenza ciò che l'ex coniuge va cercando*, in *Corriere giur.*, 2018, 323; F. G. Viterbo, *L'an e il quantum dell'assegno di divorzio: una valutazione da effettuare in concreto*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 940; F. Danovi, *La Cassazione e l'assegno di divorzio: en attendant Godot (ovvero le Sezioni Unite)*, cit. 61.

un argine ad una giurisprudenza di merito che con prassi troppo "frettolose" si lasciava guidare da pericolosi automatismi che finivano per tradurre il criterio del "tenore di vita matrimoniale" in una ingiustificata rendita di posizione acriticamente concessa sulla base dell'analisi dell'unico parametro ritenuto rilevante del divario dei redditi.

Ciò che, infatti, appare decisamente superato nella diffusa sensibilità sociale, è la natura assistenziale dell'assegno divorzile costantemente affermata sin dalle sentenze della Cassazione a Sezioni Unite del 1990[55], per quasi un trentennio, nonostante la significativa evoluzione ed i rilevanti mutamenti che si sono verificati nell'organizzazione della vita familiare e nell'essenza stessa della famiglia nella nostra società.

L'idea della natura assistenziale dell'istituto, recepita alla stregua di un dogma dalla nostra giurisprudenza, non è in grado di integrare né da un punto di vista giuridico né, prima ancora, da un punto di vista etico, il fondamento dei diritti del coniuge debole nella fase di dissoluzione del vincolo e quindi non appare idonea a porsi come linea guida della risoluzione dei conflitti né come criterio di bilanciamento dei contrapposti interessi.

Ridurre la funzione dell'assegno alla mera natura assistenziale, appare oltremodo offensivo per la dignità del coniuge richiedente e spesso lesivo del principio di pari dignità tra i coniugi che, in teoria, dovrebbe realizzare[56].

6. La pronuncia della Sezione I della Cassazione ha stravolto, dunque, criteri e principi seguiti con straordinaria continuità dalla giurisprudenza di legittimità e di merito.

In particolare, ai giudici di merito è stato affidato il compito, reso ancor più arduo dall'estrema delicatezza della materia, di verificare l'effettiva rispondenza dei criteri dettati ai principi dell'ordinamento, di valutare quanto l'impostazione delineata meriti di essere condivisa ed applicata e gli eventuali correttivi da apportare alla stessa.

In tale contesto, appare degna di particolare rilievo la pronuncia della Corte di Appello di Napoli n. 911 del 2018[57] cui può, senza dubbio riconoscersi il merito di aver individuato ed enucleato molti dei principi e delle esigenze che le Sezioni Unite hanno posto a fondamento della sentenza n. 18287 dell'11 luglio 2018.

---

[55] Cass. S. U., 29 novembre 1990, n. 11489, 11490, 11491, 11492, cit.

[56] E. Quadri, in nota a Cass., 2 marzo 1990, n. 16652, in *Foro it.*, 1990, I, 1171, *La Cassazione rimedita l'assegno di divorzio* sostiene a chiare lettere che una «elemosina graziosamente elargita a mezzo del giudice» (come viene definito l'assegno divorzile sorretto improntato a logiche assistenzialistiche in Cass.,1 febbraio 1974, n. 263, in *Foro it.*, 1974, I, 1246) appare del tutto inidonea a garantire il rispetto e la tutela della "dignità" del coniuge richiedente l'assegno.

[57] App. Napoli, 22 febbraio 2018, n. 911, in *Famiglia e diritto*, 2018, 360 con nota di F. Danovi, *La meritevolezza dell'assegno di divorzio va valutata nel concreto svolgimento della vita coniugale*. Anche Trib. Udine, 1 luglio 2017, in *Corriere giur.,* 2018, 633, con nota di E. Andreola, *I nuovi presupposti dell'assegno divorzile: la "distonia" dei giudici di merito.*

Con rigore logico e profondità di argomentazioni, i giudici napoletani prendono le distanze dalla Suprema Corte evidenziando i punti di fragilità della c.d. sentenza Grilli.

Da un punto di vista strettamente metodologico, i giudici napoletani hanno ritenuto poco corretto l'operato della Cassazione che ha inteso disattendere, con un indirizzo assunto da una Sezione Semplice, un orientamento espresso a Sezioni Unite costantemente seguito per quasi un trentennio, sebbene introdotto appunto in un periodo piuttosto lontano[58].

Con riferimento al merito, invece la Corte d'Appello ha evidenziato come il concetto di "autosufficienza economica" si presti a "letture contrastanti" e sia da considerarsi "altamente indeterminato"[59].

Tuttavia, la Corte[60] ha fissato un dato imprescindibile partendo dal dato normativo: la legge fa riferimento a mezzi "adeguati" e non a mezzi "sufficienti"; pertanto, l'assegno divorzile «non potrà mai essere ridotto ad una sorta di assegno alimentare e determinato secondo i criteri dell'art. 438 c.c.»; una tale interpretazione, infatti, equiparerebbe, illegittimamente, la posizione dell'*ex* coniuge a quella dell'*ex* convivente.

Di fatto, la legge n. 76 del 2016, innanzitutto, all'art. 1 comma 36[61], circoscrive espressamente il proprio ambito di applicazione. In particolare, la suddetta normativa sarebbe applicabile soltanto alle convivenze in cui sussista un legame affettivo di coppia, con espressa esclusione delle convivenze fondate su vincoli costituiti da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile.

Inoltre, all'art. 1, comma 65[62] riconosce, in caso di cessazione della convivenza di fatto, il diritto del convivente, qualora «versi in stato di bisogno e non sia in grado

---

58 Con riferimento alla mancata rimessione alle Sezioni Unite, larga parte della dottrina si è espressa in termini critici: E. Quadri, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?*, cit., 885; G. Casaburi, *Tenore di vita e assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi di antico*, cit., 1986; A. Mondini, *Sulla determinazione dell'assegno divorzile la sezione semplice decide "in autonomia". Le ricadute della pronuncia sui giudizi di attribuzione e sui ricorsi per revisione dell'assegno*, cit., 1904; di F. Danovi, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*, cit., 655 ss.; F. Danovi, *La Cassazione e l'assegno di divorzio: en attendant Godot (ovvero le Sezioni Unite)*, cit., 659.

59 Aggiunge la Corte "*ben più di quella del tenore di vita*".

60 App. Napoli, 22 febbraio 2018, n. 911, cit., par. 8 b, in *Famiglia e diritto*, 2018, 360 con nota di F. Danovi, *La meritevolezza dell'assegno di divorzio va valutata nel concreto svolgimento della vita coniugale*. Anche Trib. Udine, 1 luglio 2017, in *Corriere giur.,* 2018, 633, con nota di E. Andreola, *I nuovi presupposti dell'assegno divorzile: la "distonia" dei giudici di merito.*

61 La l. 20.5.2016, n. 76, all'art. 1, comma 36 definisce «conviventi di fatto» ai fini dell'applicazione delle disposizioni normative dettate, «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile».

62 L. Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Famiglia e dir.*, 2016, 909; L. Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti dei diritti e dei doveri,* in *Famiglia e dir.*, 2016, 931; M. Sesta,

di provvedere al proprio mantenimento», a ricevere gli alimenti dall'altro convivente[63].

Pertanto, su queste basi, la Corte d'Appello ritiene che la nozione di autosufficienza non potrà mai coincidere con la disponibilità di mezzi idonei a garantire al richiedente una vita dignitosa; una tale determinazione darebbe infatti luogo ad una illegittima equiparazione dell'assegno divorzile all'assegno alimentare[64] in quanto appare incontestabile che gli alimenti devono comunque garantire, anche nella nozione più restrittiva, la dignità dell'esistenza.

In realtà, la Corte di Appello, attraverso l'esame della giurisprudenza della Corte successiva alla sentenza n. 11504/2017, evidenzia come la Cassazione, da un lato stabilisca che il giudice di merito può determinare l'assegno senza essere vincolato ad un "tetto massimo"[65] e dall'altro che il detto assegno debba garantire l'autosufficienza economica da valutarsi in maniera tale da permettere al coniuge istante di godere di un'esistenza libera e dignitosa evitando illegittime locupletazioni[66].

L'analisi della giurisprudenza di merito[67] dimostra come risulti particolarmente complicata l'applicazione del principio, astrattamente declamato, nelle singole fattispecie[68].

In verità, appare oltremodo complesso individuare una nozione oggettiva di autosufficienza e indipendenza "valevole per qualsiasi rapporto matrimoniale in dissoluzione"[69] o immaginare la creazione di una formula matematica idonea a determinare concretamente un assegno capace di garantire al coniuge richiedente l'autosufficienza economica che di per sé risulta un concetto di difficile determinazione[70].

Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia in *Famiglia e diritto,* 2015, f. 3, 295; F. S. Mattucci, *Gli alimenti a favore del "convivente di fatto"*, in *Famiglia e diritto,* 2017, 705.

63 La norma prosegue, poi, stabilendo espressamente che «In tali casi, gli alimenti sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'articolo 438, secondo comma, del codice civile. Ai fini della determinazione dell'ordine degli obbligati ai sensi dell'articolo 433 del codice civile, l'obbligo alimentare del convivente di cui al presente comma è adempiuto con precedenza sui fratelli e sorelle».

64 A. M. Teodoldi, *La domanda di alimenti all'ex convivente ai sensi dell'art. 1, 65° comma, della l. n. 76/2016*, nota Trib. Milano, 23 gennaio 2017, in *Riv. AIAF,* 2017, 4, 24 ss.

65 Cass., 26 gennaio 2018, n. 2042, in *Foro it.*, 2018, 3, I, 836 con nota di G. Casaburi *In tema di assegno divorzile,* con nota anche a Trib. S. Maria C.V. 13.12.2017, di M. Velletti, *Quali criteri per la determinazione dell'assegno divorzile dopo Cass.,10 maggio 2017 n. 11504?*

66 Cass.,11 maggio 2017 n. 11538, in *Ilfamiliarista.it* 30 GIUGNO 2017 con nota di M. Rovacchi, *La natura assistenziale dell'assegno divorzile*, cit.

67 Cfr. D. Piantanida, *L'assegno di divorzio dopo la svolta della Cassazione: orientamenti (e disorientamenti) nella giurisprudenza di merito*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 1, 65 ss. per un'estesa rassegna.

68 Cass., 26 gennaio 2018, n. 2042, in *Famiglia e dir.*, 2018, 4, 321 ss. con nota di A. Figone, *Assegno divorzile e valutazione ponderata dell'autosufficienza economica: un "apripista" per le Sezioni Unite?*

69 App. Napoli, 22 febbraio 2018, n. 911, cit., par. 8 b.

70 Trib. Udine, 1 luglio 2017, cit., che, in evidente contrasto con l'orientamento da Cass. 11504/2017, segue il trentennale ordinamento inaugurato dalle Sezioni Unite nel 1990, affermando che il concetto di indipen-

D'altro canto, i giudici napoletani hanno posto l'accento un altro punto critico dell'orientamento assunto dalla I sezione della Suprema Corte.

In un sistema in cui è stata ridotta significativamente la distanza temporale tra le due fasi in cui si articola il processo di dissoluzione del vincolo matrimoniale, non sembra avere senso introdurre una contrapposizione così accentuata tra i due istituti e tra i rispettivi assegni.

La pronuncia emessa dalla Corte di Appello di Napoli affronta, con una approfondita analisi, la complessa tematica alla luce dei principi generali dell'ordinamento.

I giudici, infatti, pongono a fondamento della sentenza in commento l'altissima dignità sociale e giuridica riconosciuta all'istituto del matrimonio (art. 29 Cost.), fonte di diritti inviolabili e indisponibili e di doveri inderogabili[71].

Risulta infatti quanto meno inopportuno, riconoscere a un coniuge un assegno di separazione parametrato sul tenore di vita goduto in costanza di matrimonio per poi negare allo stesso, dopo appena sei mesi, il diritto a percepire l'assegno divorzile.

Su queste basi, la Corte di Appello di Napoli formula un'analisi della complessa tematica relativa all'interpretazione dell'art. 5 comma 6 l. div., incentrata sul rispetto dei principi generali dell'ordinamento, conferendo il dovuto risalto ai valori espressi dalla Costituzione.

I giudici, infatti, pongono a fondamento della sentenza in commento il rilievo che il matrimonio costituisce «istituto di altissima dignità sociale e giuridica che trova solenne riconoscimento nell'art. 29 Cost.».

Orbene, il matrimonio è certamente risolubile e gli istituti della separazione e del divorzio, attraverso i quali si articola la procedura di dissoluzione del vincolo, «costituiscono oramai oggetto di un vero e proprio diritto potestativo di ciascun coniuge (…) alla stregua di una concezione non più pubblicistica del rapporto»[72].

I coniugi, infatti, possono conseguire sia la separazione sia il divorzio anche senza l'intervento del giudice[73].

---

denza economica è: «particolarmente sfuggevole e proteiforme non essendo per nulla chiaro a cosa dovrebbe ancorarsi». Il giudice di merito evidenzia, poi, il concreto rischio che «il tanto vituperato criterio del tenore di vita in costanza di matrimonio e le ragionevoli aspettative future fatte uscire dalla porta verrebbe fatto rientrare immediatamente dalla finestra, perché i mezzi adeguati non potrebbero che essere rapportati alla condizione sociale ed economica dalle parti in causa e ai loro redditi, e quindi al loro tenore di vita passato e attuale».

71 Cass., 1 giugno 2012, n. 8862, in *Giust. civ.* 2012, 11-12, I, 2601, con nota di A. Gatto*, Natura della responsabilità derivante dalla violazione dell'obbligo di fedeltà tra coniugi*, in *Il civilista*, 2012, f. 5, 24; e Cass.,10 maggio 2005 n. 9801, in *Foro it.* 2012, 7-8, I, 2037, con nota di G. De Marzo, *Responsabilità civile endofamiliare. Le molte questioni aperte*.

72 Così Cass., 21 gennaio 2014, n. 1161, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 22 gennaio; in *Guida al diritto* 2014, 17, 67, in *Foro it.,* 2014, I, 463 con nota di G. Casaburi, *In tema di intollerabilità della convivenza e addebito della separazione giudiziale*.

73 Con la negoziazione assistita o attraverso una procedura amministrativa dinanzi all'ufficiale dello stato civile, cfr. d.l. 12-09-2014, n. 132, convertito in l. 10-11-2014 n. 162, articoli 6 e 12.

Tuttavia, ciò non può significare che con il divorzio si dissolvano tutte le conseguenze giuridicamente rilevanti del matrimonio e si cancelli, il percorso di vita comune compiuto dai coniugi[74].

Come è stato osservato da attenta dottrina, infatti, il punto non condivisibile dell'orientamento formulato dalla I sezione della Suprema Corte è «non tanto quello di considerare gli ex coniugi come "persone singole", dato che ciò pare l'inevitabile riflesso del venir meno del vincolo matrimoniale, quanto quello di considerarli senza un passato di vita in comune»[75].

Il principio di eguaglianza dei coniugi, richiederebbe, al contrario, che al momento di dissoluzione del vincolo, si tenesse conto della partecipazione e condivisione di quanto realizzato all'interno della vita familiare[76] in vista della separazione.

Tale interpretazione, a ben vedere, mira a realizzare non tanto istanze assistenziali o solidaristiche, ma bensì esigenze perequative[77] degli equilibri economici post coniugali, imprescindibili per l'effettiva realizzazione del principio di parità dei coniugi nella fase di scioglimento del vincolo matrimoniale.

La concezione dei rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi elaborata dalla nostra Carta Costituzionale, ispirata all'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, alla pari dignità dei componenti della famiglia, non può non incidere sulla configurazione del regime patrimoniale della famiglia, sia nella sua fase fisiologica che in quella patologica[78].

Risulta, pertanto, necessario adottare un'interpretazione che pur garantendo completa esplicazione al valore della libertà assicuri il pieno rispetto del principio di parità dei coniugi al momento della dissoluzione della comunità familiare consentendo ai coniugi di partecipare a quanto costruito insieme durante la vita matrimoniale.

Il principio di "autoresponsabilità" che la I sezione ha posto a fondamento della definizione degli aspetti patrimoniali della crisi coniugale, non può prescindere, nell'ottica di rispetto della pari dignità dei coniugi, da una attenta valutazione del contributo personale apportato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di entrambi.

---

74 Si veda, sul punto, E. Quadri, *Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative*, in *Dir. Famiglia*, 2005, 1303 ss.

75 In dottrina E. Quadri, *I coniugi e l'assegno di divorzio, tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità". "Persone singole" senza passato?*, cit. 894, ed è proprio quel passato di vita in comune che riemergerà prepotentemente nella sentenza delle Cass. S.U., 11 luglio 2018, n. 18287.

76 E. Quadri. *Aspetti economici postconiugali e dinamiche esistenziali in Nuova giur. comm.*, 2015, II, 377 ss.; e M. Dossetti, *Gli effetti della pronuncia di divorzio,* in *Trat. Bonilini - Cattaneo*, I, Torino, 2007, 787 ss.

77 In tal senso anche Cass., 5 marzo 2019, in *Foro it.*, 2019, 4, I, 1181, con nota di G. Luccioli, *Ancora sull'assegno di divorzio: la «terza via» non obbligata delle sezioni unite*.

78 P. Perlingieri, *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, 263 e Id, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 969, «la concezione dei rapporti personali ispirata all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, alla pari dignità dei componenti il gruppo familiare all'unità della famiglia non può non incidere sulla configurazione del suo regime patrimoniale».

Uno degli aspetti più meritori della pronuncia dei giudici napoletani consiste nella convinta affermazione del principio alla luce del quale la pronuncia della sentenza di divorzio non appare idonea a cancellare il percorso di vita in comune compiuto dai coniugi e, pertanto, le valutazioni in merito al riconoscimento e alla determinazione dell'assegno di divorzio devono essere effettuate proprio tenendo conto di quel percorso nell'ottica dei principi di eguaglianza e solidarietà.

In realtà, nonostante l'indubbia evoluzione sociale che ha interessato l'istituto del matrimonio e della famiglia, occorre valutare con obiettività i dati della realtà sociale che ci circonda.

L'analisi delle statistiche sul tema, ci consegna l'immagine di una società in cui molte donne, per un indirizzo familiare condiviso con il coniuge, ancora si dedicano alla famiglia e alla cura dei figli con un innegabile sacrificio per la carriera.

La giurisprudenza, soprattutto in una materia delicata come quella in discorso, sarà capace di individuare soluzioni interpretative tanto più corrette ed eque quanto più aderenti al contesto sociale di riferimento. In tale ottica, non possono ignorarsi alcuni dati: ad esempio, nel nostro Paese si registra ancora la presenza di un tasso di occupazione femminile tra i più bassi d'Europa[79], si rileva un'elevata incidenza statistica di donne che abbandonano il lavoro a seguito della maternità[80], e si registra, inoltre, la mancanza di un sistema di *welfare* in grado di fornire un effettivo supporto alle donne durante il periodo della maternità e della prima infanzia dei figli[81].

Tali condizioni di fatto impongono, pertanto, di riconoscere, in concreto, in vista dell'attuazione della pari dignità e dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, il valore e la dignità (anche con indici economicamente rilevanti) del valore casalingo e domestico[82] cui spesso si dedica la donna in attuazione di un indirizzo familiare determinato di comune accordo dai coniugi.

Tali considerazioni rivelano che sono senza dubbio in corso significativi mutamenti sociali ma che gli stessi sono ben lontani dall'assumere i caratteri delineati come fondamento dell'orientamento giurisprudenziale recentemente formulato dalla I sezione della Suprema Corte.

---

79 Sulla base dei dati Eurostat riferiti al primo trimestre 2017, L'Italia resta agli ultimi posti in Europa per il tasso di occupazione femminile (il suo 48,8% è più alto solo rispetto al 43,3% della Grecia e certamente distante dalla media dei Paesi Europei che si attesta sul 61,6%. Inoltre, la pensione delle donne, resta mediamente più bassa del 30,5% rispetto a quella degli uomini: gli uomini rappresentano il 47% dei pensionati ma incassano il 56% del monte pensioni.

80 Risulta evidente, per le donne, la difficoltà di conciliare il lavoro con la famiglia; in base agli ultimi dati degli ispettorati del lavoro, nel 2016 circa 30.000 donne hanno dato le dimissioni dal posto di lavoro in occasione della maternità.

81 Basti pensare che secondo i dati Istat, in Italia ci sono 22,5 posti in asilo nido ogni 100 bambini tra 0 e 3 anni, a fronte dei 33 posti indicati come obiettivo strategico dall'Unione Europea.

82 P. Perlingieri, *Profili del diritto civile*, cit., 233; Id, *Il diritto civile nella legalità costituzionale* cit., 971; M. Paradiso, *I rapporti personali tra i coniugi*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1990, 133; M. Sesta, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, 132 ss.

In tale ottica, l'attuazione del principio di eguaglianza tra i coniugi richiede che proprio al momento della dissoluzione del vincolo, l'ordinamento debba farsi carico delle conseguenze negative derivanti da una divisione asimmetrica del lavoro domestico in seno alla famiglia[83].

In tale contesto, l'assegno divorzile, come è stato giustamente osservato, riveste la funzione di «architrave»[84] cui viene affidato il compito di reggere il complesso sistema chiamato a garantire una condivisione delle risorse della famiglia in ossequio al principio di parità dei coniugi[85].

Una rilettura costituzionalmente orientata in tema di assegno divorzile, ispirata ai principi sanciti dagli articoli 2, 3, 29, 30, 31, 37 Cost. e alla necessità di garantire adeguata tutela al coniuge che abbia investito tempo ed energie alla cura della famiglia, sacrificando inevitabilmente le proprie aspirazioni professionali, dovrebbe costituire il fondamento di un'interpretazione che miri a garantire un efficace sistema di tutela del coniuge "debole".

Secondo la linea interpretativa prospettata dai giudici napoletani, la domanda dell'assegno di divorzio non può prescindere dal passato di vita in comune degli *ex* coniugi. Sarà, pertanto, compito del giudice sia nella fase di riconoscimento del diritto all'assegno, che nella fase di quantificazione dello stesso, nell'ottica dei principi costituzionali di eguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità, determinare l'assegno nelle singole fattispecie sottoposte al suo esame tenendo conto degli assetti familiari concreti.

I giudici napoletani, pur condividendo l'assunto che l'assegno di divorzio non deve tradursi in una rendita parassitaria o in un'illegittima locupletazione, tuttavia chiariscono che il principio di autoresponsabilità, posto a fondamento delle pronunce della I sezione della Suprema Corte «non può tradursi nell'irresponsabilità dell'altro; anzi, questi è a sua volta vincolato da un analogo principio, in quanto - contraendo il matrimonio - ha assunto anche i doveri che ne conseguono, anche con riferimento agli effetti del divorzio, ed è quindi tenuto ad un "aiuto esigibile" in favore dell'altro, se in posizione deteriore»[86].

In altri termini, il principio di autoresponsabilità individuale di ciascun coniuge, non può essere applicato in maniera acritica ed incondizionata (dovendo comunque essere bilanciato da quello, sempre operante, di solidarietà), e soprattutto - operando comunque il superiore canone di cui all'art. 29 Cost.[87]- non può costituire osta-

[83] M. Marella, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e resistenze. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *Riv. critica dir. priv*, 2010, 233.

[84] L'espressione è di E. Al Mureden, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*, cit., 696.

[85] A. Barbera, *Sub art. 2*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1975, 55 ss.; A Morrone, *Sub art. 2 Cost.*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia,* III ed.; Milano, 2015, 6 ss.

[86] App. Napoli, 2 febbraio 2018 n. 911, par. 8b.

[87] Sul tema si rinvia a M. Sesta, *Sub art. 29 Cost.*, in M. Sesta, (a cura di) *Codice della famiglia,* III ed., Milano, 2015 in particolare 80 ss.; F. Caggia, A. Zoppini, *Sub art. 29*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, I, 2006, 611.

colo ai meccanismi di tutela del coniuge più debole, anche in una prospettiva di riequilibrio della posizione economica degli ex coniugi.

La Corte di Appello pone l'accento sulla natura dell'assegno divorzile attribuendo allo stesso una funzione di natura compensativa che si affianca alla natura assistenziale dello stesso e chiarisce che nella determinazione e nella quantificazione dell'assegno di divorzio sarà necessario verificare, caso per caso, "il contributo dato da ciascun coniuge alla conduzione della vita familiare, e dei sacrifici fatti a tal fine".

Risulterà, pertanto indispensabile, a tal fine, la determinazione da parte del Giudice del contributo personale ed economico dato dall'ex coniuge alla vita familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, in considerazione della durata del rapporto matrimoniale.

Una lettura dell' art. 5 comma 6 l. div., che tenga in debito conto tutti i criteri dettati dalla norma, deve necessariamente conferire il dovuto rilievo giuridico alla pregressa esperienza di vita in comune dei coniugi.

In altri termini, l'ex coniuge che non ha compiuto sacrifici a favore della famiglia o li ha compiuti soltanto per un periodo di tempo del tutto irrilevante, non ha alcun diritto a percepire l'assegno post matrimoniale.

D'altro canto, ha diritto a ricevere un assegno che possa riequilibrare le concrete possibilità di vita attuale e futura, il coniuge che si è sacrificato per molti anni durante la vita comune per l'educazione dei figli o per la cura della famiglia.

E l'adeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente ai sensi dell'art. 5 comma 6 l. div., dovrà essere effettuata tenendo conto dei criteri dettati dalla norma.

Tale aspetto, inoltre, induce a riflettere sulla netta scissione del giudizio di attribuzione dell'assegno di divorzio in due stadi, uno volto alla determinazione dell'*an* e l'altro del *quantum debeatur*.

La rigida bipartizione del suddetto giudizio risulta artificiosa in quanto le fasi[88] che lo costituiscono si pongono come «due facce della stessa medaglia»[89].

Ne deriva che i criteri di cui all'art. 5, 6° comma l. div. non possono ritenersi rilevanti solo ai fini della quantificazione, ma improntano di sé l'intero giudizio di attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile.

In particolare, nel valutare l'adeguatezza della situazione in cui si viene a trovare il coniuge debole al momento della dissoluzione del vincolo, dovrà essere tenuto in

[88] Cfr. E. Quadri, *Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 11, 971; U. Roma, *Primissime contestazioni al criterio dell'indipendenza economica per l'assegno di divorzio e non solo*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, I, 216 che criticano la consolidata ricostruzione bifasica del giudizio avente ad oggetto l'assegno di divorzio, proponendo, da un lato, il superamento della distinzione tra la fase relativa al riconoscimento dell'assegno e quella successiva ed eventuale relativa alla sua quantificazione, dall'altro, una lettura sistematica dei criteri dettati dall'art. 5 commi 6 e 9 della l. div. che, con riferimento alla valutazione della adeguatezza dei mezzi, impone l'operatività congiunta dei suddetti criteri, tra i quali risulta espressamente indicato anche il tenore di vita.

[89] App. 22 febbraio 2018 n. 911, par. 10. Sulla stessa linea si pone la successiva Cass. S. U., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Diritto & Giustizia*, 11 luglio e in *Ilfamiliarista.it,* 17 luglio 2018, con nota di A. Simeone, *Il nuovo assegno di divorzio dopo le Sezioni Unite: ritorno al futuro?*

debito conto il fatto che lo stesso sia stato indotto ad abbandonare la propria occupazione lavorativa per dedicarsi alle esigenze familiari, che abbia dovuto rinunciare, in tutto o in parte alle proprie aspirazioni professionali, per consentire magari all'altro coniuge di realizzare le proprie.

Dovrebbe, inoltre, essere oggetto di attenta e specifica valutazione, la possibilità di reindirizzare la propria vita professionale recuperando il tempo perduto, oltre alle ragioni della decisione. Le suddette valutazioni dovranno essere effettuate alla luce del reddito e del patrimonio del coniuge economicamente più forte.

L'assegno divorzile, per svolgere tale funzione, in un'ottica di riequilibrio, dovrà dunque essere determinato tenendo conto di tutti gli apporti, anche quelli non immediatamente valutabili in termini economici, dispiegati dai coniugi, in costanza di matrimonio[90].

Appare doveroso, quindi, in una lettura che tenga conto dei superiori principi costituzionali, superando l'idea della natura meramente ed esclusivamente assistenziale dell'istituto, recuperare la natura compensativa[91] dell'assegno di divorzio con riferimento alla valutazioni in merito all'attribuzione ed alla quantificazione dello stesso.

Del resto, come già accennato, il testo di una recente proposta di legge[92], avente oggetto: «*Modifiche all'art. 5 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, in materia di assegno spettante a seguito di scioglimento del matrimonio o dell'unione civile*», l'emblema dell'avvertita esigenza di recuperare la funzione compensativa dell'assegno di divorzio.

Il testo della suddetta proposta all'art. 1, a garanzia dell'eguaglianza tra i coniugi, delinea l'assegno come «destinato a compensare, per quanto possibile, la disparità che lo scioglimento crea nelle condizioni di vita dei coniugi. Nella determinazione dell'assegno, il tribunale valuta le condizioni economiche in cui i coniugi vengono a trovarsi a seguito della fine del matrimonio; le ragioni dello scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio; la durata del matrimonio; il contributo perso-

[90] In tal senso si era già pronunciata attenta dottrina: E. Quadri, *I coniugi e l'assegno di divorzio, tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità". "Persone singole" senza passato?*, cit. 885, C. Rimini, *Verso una nuova stagione dell'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenzia*le, in *Nuova giur. comm.*, 2017, 1281.

[91] Opinione da tempo sostenuta in dottrina da E. Quadri, *Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative*, in *Dir. Famiglia*, 2005, 1307; Id, *Brevissima durata del matrimonio e assegno di divorzio*, in *Corriere giur.*, 2009, 474; M. Sesta, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Famiglia e dir.*, 3, 2015, 300 ss; Id, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica alla luce di Cass., 10. 5. 2017, n. 11504,* Relazione al convegno organizzato a Roma l'8 novembre 2017 dalla Scuola Superiore della Magistratura *http://www.studiosesta.it/Allegati/Contributi/Relazione%20Prof.%20Sesta.%20Assegno%20di%20divorzio.%20Roma%208%20nov.pdf.*

[92] Il riferimento è alla già citata proposta di legge presentata alla Camera dei Deputati, in data 27.07.2017, a firma dell'On. Donatella Ferranti avente oggetto: «*Modifiche all'art. 5 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, in materia di assegno spettante a seguito di scioglimento del matrimonio o dell'unione civile*», peraltro caducata al termine della legislatura.

nale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno e di quello comune; il reddito di entrambi, l'impegno di cura personale dei figli comuni minori o disabili, assunto dall'uno o dall'altro coniuge; la ridotta capacità reddituale dovuta a ragioni oggettive; la mancanza di un'adeguata formazione professionale quale conseguenza dell'adempimento di doveri coniugali».

Del resto, formulazione testuale dell'art. 5 l. div., non sembra essere ostativa al riconoscimento di una funzione compensativa all'assegno di divorzio in quanto non sembra affermare espressamente la natura assistenziale della prestazione dovuta.

Il matrimonio è certamente oggi un vincolo rispetto al quale è ammesso lo scioglimento, peraltro, sulla base della semplice volontà unilaterale di un coniuge.

Esso tuttavia crea, anche in ragione e sulla base della dignità espressamente conferita all'istituto dalla nostra carta costituzionale, un reciproco affidamento, in virtù del quale uno dei coniugi può essere indotto a compiere sacrifici che non possono rimanere privi di rilevanza.

In realtà, una funzione meramente assistenziale dell'assegno divorzile che non tenga conto dell'impegno e del lavoro prestato da un coniuge nella vita matrimoniale e familiare disincentiverebbe chiunque a profondere energie fisiche e mentali a servizio della famiglia e a discapito della propria realizzazione sociale ed economica.

È evidente l'altissimo costo sociale di una tale conseguenza soprattutto in ragione dei riflessi negativi che avrebbe sull'istituto della famiglia[93], che riceve espressa tutela dalla nostra Carta costituzionale (art. 29, 30 31Cost.)e che si pone come cellula fondamentale della nostra società, come «*uno dei luoghi principali della formazione della persona dell'uomo*»[94].

Appare, del resto, difficilmente contestabile l'idea per cui il tenore di vita goduto dai coniugi dopo tanti anni di matrimonio spesso è parimenti frutto sia dell'attività lavorativa extradomestica del coniuge impegnato in un lavoro produttivo di reddito, sia dell'impegno altrettanto indispensabile del coniuge che ha dedicato tempo ed energie alla cura della casa e della famiglia, limitando le proprie aspirazioni ed ambizioni professionali.

Proprio in quest'ottica, appare doveroso commisurare l'assegno di divorzio al contributo effettivamente dato dal coniuge più debole al miglioramento del tenore di vita familiare ed alle condizioni patrimoniali dell'altro coniuge[95].

---

93 Una delle cause di fondo della condizione di crisi che da lungo tempo vive il vincolo matrimoniale può essere proprio individuata nell'evoluzione diritto positivo volta a riconoscere e tutelare la posizione del singolo piuttosto che il superiore interesse della comunità familiare. In dottrina, sul punto, M. Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali,* in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2017, 567; P. Rescigno, *Il diritto di famiglia ad un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.,* 1988, I, 109; e Id., *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Familia*, 2002, 1; P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico,* Camerino, 1972, 191.

94 L'espressione è di P. Togliatti, *Alcune osservazioni in margine,* in *Rinascita*, 20 giugno1964, n. 25, 6-7.

95 P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* cit., 972, a tal proposito afferma testualmente che «il dovere di contribuzione costituisce un regime primario ed inderogabile rilevante in tutti i regimi patri-

La prospettata ricostruzione sembra trovare solido fondamento nei principi costituzionali di ragionevolezza[96] e proporzionalità[97].

7. Con l'attesa sentenza[98] emessa a sezioni Unite[99], la Corte di Cassazione offre una soluzione alla problematica relativa all'individuazione dei criteri di attribuzione e quantificazione dell'assegno di divorzio.

moniali della famiglia ed è dotato, per così dire di ultrattività. Esso rileva non solamente durante la vita fisiologica del rapporto familiare ma anche nelle fasi patologiche di esso (separazioni: art. 155 c.c.; divorzio: art. 5 l. div.; scioglimento anche per morte; art. 279, 580, 594 c.c.) tant'è che l'assegno di divorzio costituisce l'ultimo atto del dovere di contribuzione»; in tal senso E. Quadri, *Aspetti economici postconiugali e dinamiche esistenziali* in *Nuova giur. comm.*, 2015, 376 ss.; e Id, *La crisi familiare e le sue conseguenze,* in *Rass. dir. civ.*, 2013, 139 ss.

96 Per un'estesa ed approfondita analisi del principio G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015 e P. Perlingieri, *Ratio iuris e ragionevolezza nell'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, in *Corti Marchigiane*, 2005, 3 ss.

97 Il principio di proporzionalità è testualmente richiamato dall'art. 143 c.c. che al comma 3 espressamente statuisce: «Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia»; art. 316 *bis* comma 1 c.c., «I genitori devono adempiere i loro obblighi nei confronti dei figli in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo. Quando i genitori non hanno mezzi sufficienti, gli altri ascendenti, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli»; art. 337 *ter*, comma 4 c.c. «salvo diversi accordi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando: 1) le attuali esigenze del figlio. 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori. 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore. 4) le risorse economiche di entrambi i genitori. 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore». In dottrina, si veda, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* cit., 380 ss.

98 Cass. S. U., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Foro it.*, 2018, 9, I, 2671, con nota di M. Bianca, *Le sezioni Unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?* e di G. Casaburi, *L'assegno divorzile secondo le Sezioni Unite della Cassazione: una problematica "terza via"*; in *Foro it.*, 2018, 11, I, 3605, con nota di F. Macario, *Una decisione anomala e restauratrice delle Sezioni Unite nell'attribuzione (e determinazione) dell'assegno di divorzio;* in *Foro it.*, 2018, 12, I, 3999, con nota di M. Cea Costanzo*, L'assegno di divorzio e la nomofilachia intermittente*; in *Resp. civ. e prev.,* 2018, 6, 1856 con nota di G. Basini, *Le Sezioni Unite ripensano i criteri di attribuzione e rideterminano la funzione dell'assegno post-matrimoniale*; in *Giur. it.*, 2018, 8-9, 1843 ss., con nota di C. Rimini, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*; in *Corriere giur.*, 2018, 1186, con nota di S. Patti, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*; in *Dir. Famiglia pers.*, 2018, 47, 869, con nota di C. Savi, *Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico. Sulla decisione delle Sezioni Unite*; in *Guida al Diritto,* 2018, 32, 29, con nota di G. Dosi, *Resta fondamentale il contributo fornito durante l'unione.*

99 La causa, (avente ad oggetto il criterio di riconoscimento dell'assegno di divorzio), veniva discussa dalle Sezioni unite civili della Corte di cassazione nella pubblica udienza del 10 aprile 2018. La causa era poi trattenuta in decisione. La questione era stata sollevata dall'allora primo Presidente, Giovanni Canzio, per sollecitare un intervento chiarificatore sui parametri alla luce dei quali valutare il riconoscimento dell'assegno divorzile e la sua quantificazione, soprattutto in considerazione della sentenza Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, resa dalla Prima sezione civile della Cassazione, che si discostava decisamente dal consolidato

Le Sezioni Unite si discostano dalle precedenti e contrapposte impostazioni che consideravano l'assegno di divorzio da un lato, un mezzo per consentire al coniuge il ripristino del tenore di vita goduto durante il matrimonio e, dall'altro, un istituto con funzione esclusivamente assistenziale volto ad assicurare al coniuge privo di mezzi un'esistenza libera e dignitosa[100].

I suddetti criteri di determinazione, entrambi uniti dalla comune esigenza di limitare la discrezionalità dei giudici di merito[101] rispetto all'interpretazione dell'espressione "mezzi adeguati" contenuta nell'art. 5 l. div., denotano un elevato livello di astrattezza rispetto alle concrete esigenze prospettate dagli assetti familiari di volta in volta oggetto di giudizio[102].

Con una notevole ricchezza argomentativa e con un grado di analisi particolarmente approfondito, le Sezioni Unite giungono ad affermare il principio di diritto in base al quale: «ai sensi dell'art. 5 comma 6 della legge n. 898 del 1970, dopo le modifiche introdotte con la legge n. 74 del 1987, il riconoscimento dell'assegno di divorzio, cui deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, richiede l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi o comunque dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, attraverso l'applicazione dei criteri di cui alla prima parte della norma i quali costituiscono il parametro di cui si deve tenere conto per la relativa attribuzione e determinazione, ed in particolare, alla luce della valutazione comparativa delle condizioni economico - patrimoniali delle parti e, in considerazione del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli *ex* coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto (…). Il parametro così indicato si fonda sui principi costituzionali[103] di pari dignità e di solidarietà che permeano l'unione matrimoniale anche dopo lo scioglimento del vincolo».

---

orientamento che individuava come parametro solitamente impiegato per la determinazione dell'assegno, quello del "tenore di vita" tenuto dal coniuge in costanza di matrimonio, in favore del differente presupposto dell' "*indipendenza economica*".

100 Sul tema si veda V. Carbone, *Il contrasto giurisprudenziale sull'assegno all'ex coniuge divorziato tra tenore di vita "paraconiugale" e "dipendenza economica"*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 11, 958 ss.

101 «… ai quali era stata lasciata la comparazione, la selezione, ed in concreto la graduazione della rilevanza dei tre criteri (assistenziale, compensativo e risarcitorio)» Cass., S. U. 11 luglio 2018 n. 18287, cit., par. 8.2.1.

102 «Entrambi i parametri, il tenore di vita matrimoniale (specie se potenziale) e l'autonomia od indipendenza economica (anche nella nuova versione dell'autosufficienza economica introdotta dalla sentenza n. 11504 del 2017) sono esposti al rischio dell'astrattezza e del difetto di collegamento con l'effettività della relazione matrimoniale. Tale collegamento diventa meramente eventuale ove si assuma come parametro l'autosufficienza economica ma può perdere di rilievo anche con l'ancoraggio al tenore di vita ove questo criterio venga assunto esclusivamente sulla base della comparazione delle condizioni economico-patrimoniali delle parti e, dunque valutando la potenzialità e non l'effettività delle condizioni di vita matrimoniale» Cass. S. U., 11 luglio 2018 n. 18287, cit., par. 8.2.1.

103 Sul fondamento costituzionale della solidarietà post-coniugale si veda, E. Al Mureden, *L'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle Sezioni Unite*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 11, 1019 ss.

La Corte, nel pronunciare la tanto attesa sentenza, offre una ricostruzione analitica e puntuale dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale[104] che, partendo sin dalla formulazione originaria dell'art. 5, comma 6 Legge 1 dicembre 1970, n. 898[105], mostra di tenere attentamente conto non solo dei precedenti orientamenti giurisprudenziali, ma anche dell'acceso ed intenso dibattito dottrinale in materia.

La strada segnata dalla Corte nella recente sentenza parte, infatti, dall'individuazione e dall'esame dei punti critici evidenziati dai due principali orientamenti giurisprudenziali formatisi sul punto.

Il primo orientamento, risalente agli anni novanta del secolo scorso, enunciato nella sentenza n. 11490 del 1990 e costantemente seguito dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, individua il tenore di vita matrimoniale come parametro del giudizio di inadeguatezza dei mezzi del richiedente l'assegno ed attribuisce assoluta preminenza alla comparazione delle condizioni economico-patrimoniali dei coniugi.

Il suddetto criterio, ad avviso della Corte, espone al rischio di creare ingiustificate rendite parassitarie o comunque arricchimenti ingiustificati a vantaggio dell'ex coniuge richiedente in tutte quelle situazioni in cui egli possa, comunque, godere di una certa autosufficienza economica o addirittura di una condizione di particolare agiatezza oppure quando non abbia fornito un significativo apporto alla formazione del patrimonio familiare o dell'altro coniuge.

Una tale lettura finisce per svalutare significativamente ed in maniera ingiustificata la funzione degli altri criteri dettati dall'art. 5 l. div.(in particolare quello relativo all'apporto fornito dall'ex coniuge alla vita familiare), che fungono esclusivamente da canoni alla luce dei quali quantificare (agendo come fattori di "moderazione e diminuzione"[106]) l'assegno attribuito tenendo conto esclusivamente del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.

Con la sentenza n. 11504 del 2017, la I sezione della Suprema Corte, ponendosi nettamente in contrasto con il granitico orientamento previgente, evidenzia come

[104] In senso critico, si veda M. Dogliotti, *L'assegno di divorzio, tra innovazione e restaurazione*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 11, 964 ss.

[105] Pochi anni dopo l'entrata in vigore della legge 898 del 1970, le Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza Cass., S.U. 26 aprile 1974 n. 1194, in *Foro it.*, 1974, I, c. 1335, statuirono espressamente che l'assegno previsto dall'art. 5 l. div. aveva natura composita «assistenziale in senso lato, con riferimento al criterio che fa leva sulle condizioni economiche dei coniugi; risarcitoria in senso ampio, con riguardo al criterio che concerne le ragioni della decisione; compensativa, per quanto attiene al criterio del contributo personale ed economico dato da ciascun coniuge alla condizione della famiglia ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Il giudice, che pur deve applicare tali criteri nei confronti di entrambi i coniugi e nella loro necessaria coesistenza, ha ampio potere discrezionale, soprattutto in ordine alla quantificazione dell' assegno». Le Sezioni Unite nella recente sentenza al par. 8.1. sottolineano che «la coesistenza dei criteri, come espresso efficacemente nella massima, ne evidenziava la equiordinazione e costituiva una prescrizione di primario rilievo per la valutazione che doveva essere svolta dal giudice di merito al quale veniva riconosciuto un ampio potere discrezionale nella determinazione dell'ammontare dell'assegno ma non gli era consentito di considerare recessivo, in astratto ed in linea generale, un criterio rispetto ad un altro, salvo che il rilievo concreto di alcuno di essi non fosse marginale od insussistente».

[106] C. Cost., 11 febbraio 2015, n. 11 cit.

con il divorzio, il rapporto matrimoniale debba intendersi estinto totalmente e definitivamente non solo con riguardo allo *status* dei coniugi, ma anche da un punto di vista dei rapporti patrimoniali. Sono assunti quali principi informatori della decisione i principi di autodeterminazione e autoresponsabilità. Di conseguenza, all'assegno viene riconosciuta una natura giuridica strettamente ed esclusivamente assistenziale, rigidamente ancorata ad una condizione di mancanza di autonomia economica, da valutare in considerazione della condizione soggettiva del richiedente e del tutto svincolata dalla relazione matrimoniale.

Il criterio della autosufficienza economica, ad avviso della Corte, foriero di gravi ingiustizie sociali, rischia di svilire oltremodo l'istituto del matrimonio, non tenendo in debita considerazione l'irreversibilità, sotto il profilo economico e professionale delle scelte aventi ad oggetto la definizione dei ruoli all'interno della compagine familiare assunte di comune accordo dai coniugi[107].

La Corte, dopo aver evidenziato gli aspetti problematici di ciascuno degli orientamenti previgenti, anche alla luce dei correttivi introdotti dalla giurisprudenza di merito, propone il superamento della rigida bipartizione tra la fase dell'attribuzione e della quantificazione dell'assegno di divorzio che costituiva uno dei pochi tratti condivisi dalle tesi contrapposte, alla luce di una lettura dell'art. 5, comma 6 più coerente con il quadro costituzionale di riferimento costituito dagli artt. 2, 3 e 29 Cost[108].

L'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite valorizza indubbiamente lo spirito e la lettera dell'art. 5, legge div. anche evitando quella "marginalizzazione" dei criteri ivi enunciati e causata dalla distinzione, accolta acriticamente dalla concorde giurisprudenza, fra la fase dell'attribuzione e la fase della quantificazione dell'assegno di divorzio[109].

La Corte statuisce, inoltre, che il giudizio di adeguatezza richiesto dall'art. 5, comma 6 deve essere formulato sulla base del contributo fornito dal coniuge istante alla realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali ed economiche eventualmente sacrificate, in considerazione della durata del matrimonio e dell'età del richiedente[110].

---

[107] U. Roma, *Primissime contestazioni al criterio dell'indipendenza economica per l'assegno di divorzio e non solo*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, I, 224.

[108] In tal senso si era espressa anche App. Napoli, 22 febbraio 2018, n. 911, cit., par. 9.

[109] La Cassazione, a Sezioni Unite, offre un'interpretazione delle norme dettata in tema di assegno di divorzio con riferimento all'attribuzione e quantificazione dello stesso, destinata ad offrire maggior tutela al coniuge economicamente debole anche nei giudizi di revisione dell'assegno divorzile. A tal proposito di veda F. Tommaseo, *La decisione delle Sezioni Unite e la revisione ex art. 9 l. div. dell'assegno postmatrimoniale*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 11, 1050 ss.

[110] Nello stesso senso Cass., 21.06.2019, n. 16796 che espressamente statuisce: «L'assegno divorzile, appurata la sua funzione assistenziale, compensativa e perequativa, deve essere determinato alla luce di una valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto».

Il giudizio di adeguatezza, pertanto, dovrà essere elaborato anche valutando, in termini prognostici, la concreta possibilità di recuperare il pregiudizio professionale ed economico derivante dall'assunzione dei compiti di cura della famiglia e dei figli.

La Corte evidenzia, inoltre, come la soluzione prospettata sia largamente coerente con il quadro della legislazione dei paesi dell'Unione Europea. Dall'analisi comparativa delle legislazioni, emerge, infatti, la natura specificamente perequativo-compensativa attribuita all'assegno di divorzio posta in relazione con una limitazione temporale dell'obbligo finalizzato a colmare gli squilibri economici sorti con lo scioglimento del vincolo[111].

L'assegno, pertanto, non dovrà più essere considerato quale strumento per consentire al coniuge il ripristino del tenore di vita goduto nel matrimonio né come un istituto di natura meramente assistenziale volto ad assicurare al coniuge privo di mezzi un'esistenza libera e dignitosa.

Le Sezioni Unite con la nuova interpretazione[112], peraltro auspicata da autorevole dottrina[113], pur senza privare l'assegno della sua funzione assistenziale, gli conferiscono una dimensione che ne valorizza la natura compensativa e perequativa[114],

[111] Le Sezioni Unite hanno, infatti, avvertito l'esigenza di sottolineare (par. 11) che la soluzione adottata è in perfetta armonia con quella di altri ordinamenti giuridici europei e non. La ricostruzione proposta, appare, in effetti, coerente con il quadro della legislazione dei Paesi dell'Unione Europea. La Corte opera una attenta comparazione con alcuni ordinamenti europei (in particolare francese e tedesco) all'esito della quale evidenzia la funzione perequativo-compensativa attribuita all'assegno di divorzio. Viene inoltre sottolineato come gli ordinamenti esaminati si fondano apertamente sul principio di eguaglianza effettiva tra i coniugi che, trova riscontro effettivo anche nel VII Protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei Diritti Umani, nell'articolo 5 che recita «I coniugi godono dell'uguaglianza dei diritti e responsabilità di carattere civile tra di essi e nelle loro relazioni con i loro figli riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e in caso di suo scioglimento». Il detto principio si pone come naturale evoluzione di quanto sancito dall'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 10.12.1948, secondo il quale «Uomini e donne hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento».

[112] La nuova interpretazione tiene evidentemente conto dell'elaborazione della più attenta giurisprudenza di merito, App. Napoli, 22 febbraio 2018, n. 911.

[113] E. Quadri, *I coniugi e l'assegno di divorzio, tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità". "Persone singole" senza passato?*, cit. 885, C. Rimini, *Verso una nuova stagione dell'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenzia*le, in *Nuova giur. comm.*, 2017, 1281. Il principio di diritto enunciato e la lettura della sentenza nel suo complesso sembra riecheggiare le significative parole espresse circa un trentennio or sono da E. Quadri, in *La Cassazione rimedita l'assegno di divorzio,* nota a Cass., 2 marzo 1990, n. 16652, in *Foro it.*, 1990, I, 1171, l'Autore osserva che il recupero dei criteri indicati dal legislatore nell'art. 5 comma 6 l. div. risulta necessario ad adeguare l'assegno alle singole situazioni personali «E tali criteri offrono la possibilità, ove applicati correttamente, di superare quell'ottica meramente assistenziale, che finisce col considerare l'assegno sempre quale forma di "aiuto" (così Cass., 2 marzo 1990, n.1652) al coniuge più o meno bisognoso: c'è da dubitare infatti che la "dignità" del coniuge (a ragione posta in primo piano da Cass., 2 marzo 1990, n.1652) possa essere rispettata e tutelata con l'attribuzione di un assegno che, ad onta degli esercizi verbali, resterebbe, nonostante tutto, "una elemosina graziosamente elargita a mezzo del giudice" (così, in toni fortemente critici delle concezioni assistenzialistiche, già Cass., 1 febbraio 1974, n. 263, in *Foro it*., 1974, I, 1246)».

[114] Il nuovo orientamento della Cassazione a Sezioni Unite che riconosce all'assegno di divorzio una funzione composita e prevalentemente compensativa, rende, di fatto, il relativo diritto negoziabile, infatti chi si ac-

attribuendo allo stesso la funzione di tangibile riconoscimento del contributo fornito dal coniuge alla realizzazione della vita familiare.

La sentenza pone a fondamento della decisione assunta, il modello costituzionale del matrimonio fondato sui principi di eguaglianza e di pari dignità fra i coniugi.

I detti principi ispirano i rapporti fra i coniugi non solo e non tanto durante il matrimonio, ma anche e soprattutto al momento dello scioglimento del vincolo, quando si pone l'esigenza di definire gli aspetti della sfera economico - patrimoniale[115].

Osserva espressamente la Corte: «La conduzione della vita familiare è il frutto di decisioni libere e condivise alle quali si collegano doveri ed obblighi che imprimono alle condizioni personali ed economiche dei coniugi un corso, soprattutto in relazione alla durata del vincolo, anche irreversibile. Alla reversibilità della scelta relativa al legame matrimoniale non consegue necessariamente una correlata elasticità in ordine alle condizioni soggettive e alla sfera economico patrimoniale dell'ex coniuge al momento della cessazione dell'unione matrimoniale»[116].

Come autorevolmente osservato in dottrina: «espressione di libertà è il potere riconosciuto ai coniugi di concordare l'indirizzo della vita familiare, interpretando le esigenze di entrambi e della famiglia (art. 144 c.c.). L'accordo assume il ruolo di strumento attuativo del principio di eguaglianza morale e giuridica e, ad un tempo, con riguardo alla natura e ai contenuti dell'indirizzo fissato, la funzione di garanzia e di affidamento per i terzi (…) e diventa punto di confluenza tra esigenze esistenziali e patrimoniali»[117].

La valorizzazione dell'accordo quale valore fondamentale di determinazione dell'indirizzo familiare induce ad una riflessione ulteriore. La libertà di scegliere e di autodeterminarsi costituisce senza dubbio un valore fondamentale nel sistema dei diritti della persona; tuttavia è necessario che l'autodeterminazione sia effettiva atteso che la libertà di scegliere e di determinarsi è condizionata dalla possibilità concreta di esercitare questo diritto. Proprio per questa ragione «i diritti inviolabili della

cinge a compiere un sacrificio e deve essere indennizzato per esso, può essere riconosciuto pienamente in grado di valutare i propri interessi nonché di disporre del diritto di cui è titolare. Tali considerazioni, consentirebbero di valutare, in una prospettiva sensibilmente più innovativa, la tematica della validità dei patti in vista del divorzio. In tal senso C: Rimini, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 11, 1041 ss, in particolare, 1042.; A. Fusaro, *La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 11, 1031 ss.; F. Tommaseo, *La revisione delle Sezioni Unite e la revisione ex art. 9 l. div. dell'assegno postmatrimoniale,* in *Famiglia e dir*., 2018, 11, 1050.

115 Sul tema si veda C. M. Bianca, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile, una nuova luce sulla solidarietà postconiugale.*

116 Cass. S. U., 11 luglio 2018, n. 18287, cit., par. 9.

117 P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* cit., 966 ss.; si veda anche Id, *Profili del diritto civile,* cit., 261-262. Sul punto si vedano anche M. Paradiso, *La comunità familiare*, Milano, 1984, 168 ss.; F. Ruscello, *I rapporti personali tra i coniugi,* Milano, 2000, 63 ss.; F. Parente*, Le convenzioni tra coniugi: profili patrimoniali e non patrimoniali*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto delle relazioni affettive. Nuove responsabilità e nuovi danni*, I, Padova, 2005, 437 ss.

persona sono vivificati nella nostra Costituzione dal principio di effettività che permea l'art. 3 Cost.»[118].

Orbene, osserva giustamente la Corte che «i ruoli all'interno della relazione matrimoniale costituiscono un fattore, molto di frequente, decisivo nella definizione dei singoli profili economico-patrimoniali post matrimoniali e sono frutto di scelte comuni fondate sull'autodeterminazione e sull'autoresponsabilità di entrambi i coniugi all'inizio e nella continuazione della relazione matrimoniale. Inoltre, non può trascurarsi, per la ricchezza ed univocità dei riscontri statistici al riguardo, la perdurante situazione di oggettivo squilibrio di genere nell'accesso al lavoro, tanto più se aggravata dall'età»[119].

Emerge giustamente come il principio di autoresponsabilità orienti la scelta di unirsi in matrimonio, l'individuazione dell'assetto familiare e l'individuazione dei rispettivi ruoli da attribuire a ciascuno dei coniugi, la definizione del contributo di ciascun coniuge nell'adempimento dei doveri fissati dall'art. 143 c.c.

La scelta di unirsi in matrimonio, è tuttavia reversibile e tale reversibilità è garantita dall'istituto di divorzio (fondato come il matrimonio sui principi di libertà e autoresponsabilità).

Appare peraltro indispensabile, in ossequio ai principi costituzionali di eguaglianza e di pari dignità dei coniugi, evitare il rischio che le scelte fatte dal coniuge durante il matrimonio influenzino in maniera irreversibile[120] la fase successiva allo scioglimento dello stesso[121].

Dalle considerazioni svolte, risulta chiaro che alla base della sentenza delle Sezioni Unite, si rinviene, senza dubbio una concezione dei rapporti tra i coniugi ispirata all'eguaglianza morale e giuridica degli stessi.

In una lettura costituzionalmente orientata[122], le norme del codice civile delineano una struttura dei rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi fondata su obblighi di assistenza e collaborazione[123] parametrati sulla capacità di contribuzione[124] alle esigenze della famiglia in virtù della parità del potere di attuazione dell'indirizzo concordato della vita familiare[125].

---

[118] Cass. S. U., 11 luglio 2018, n. 18287, cit., par. 9.

[119] Cass. S. U., 11 luglio 2018, n. 18287, cit., par. 9.

[120] Proprio perché «Alla reversibilità della scelta relativa al legame matrimoniale non consegue necessariamente una correlata duttilità e flessibilità in ordine alle condizioni soggettive e alla sfera economico patrimoniale dell'ex coniuge al momento della cessazione dell'unione matrimoniale» Cass. S. U., 11 luglio 2018, n. 18287, cit., par. 9.

[121] La Corte, infatti sottolinea che «lo scioglimento del vincolo incide sullo *status,* ma non cancella gli effetti e le conseguenze delle scelte e le modalità di realizzazione della vita familiare» Cass. S. U., 11 luglio 2018, n. 18287, cit., par. 12.

[122] Art. 2, 3, 4, 29, 30, 36 Cost.

[123] Art. 143 comma 2 c.c.

[124] Art. 143 comma 3 c.c.

[125] Art. 144 c.c.

In tale contesto, il dovere di contribuzione su cui si regge la famiglia, non può identificarsi come dovere di mantenimento reciproco ma come strumento di attuazione della pari dignità morale e giuridica dei coniugi in un'ottica che considera rilevante nel valutare la proporzionalità contributiva anche il lavoro casalingo e domestico[126].

Le Sezioni Unite, superata la rigida bipartizione tra criteri attributivi e criteri determinativi, delineano la struttura del processo valutativo cui sarà tenuto il giudice di merito.

Il giudizio dovrà partire dall'accertamento della sussistenza di eventuali differenze (che dovranno chiaramente essere dotate di un rilievo significativo) tra le posizioni economiche complessive dei coniugi[127], dovrà essere poi accertata, all'esito di una valutazione[128] «rigorosa», la sussistenza del nesso di causalità tra «l'eventuale rilevante disparità della situazione economico-patrimoniale degli *ex* coniugi all'atto dello scioglimento del vincolo»[129] con le «scelte di conduzione della vita familiare adottate e condivise in costanza di matrimonio, valutando il sacrificio delle aspettative professionali e reddituali di una delle parti in funzione dell'assunzione di un ruolo impegnativo nella gestione della famiglia tenuto conto della durata del vincolo»[130].

Il sacrificio delle ambizioni di carattere professionale ed economico, costituirà fattore di cruciale importanza nella valutazione del contributo di ciascun coniuge alla formazione del patrimonio comune e/o del patrimonio dell'altro coniuge, oltre che delle effettive potenzialità professionali e reddituali valutabili alla conclusione

---

126 P Perlingieri, *Profili del diritto civile*, cit., 233; Id, *Il diritto civile nella legalità costituzionale* cit., 971, S. Alagna, *Famiglia e rapporti tra i coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1983; M. Paradiso, *I rapporti personali tra i coniugi*, in *Comm. al codice civile* diretto da Schlesinger, Milano, 1990, 133; M. Sesta, *Diritto di famiglia*, cit.,132 ss.

127 «Da accertarsi anche utilizzando i poteri istruttori officiosi attribuiti espressamente al giudice della famiglia a questo specifico scopo» Cass. S. U., 11 luglio 2018, n. 18287, cit., par. 10.

128 F. Danovi, *Oneri probatori e strumenti di indagine: doveri delle parti e poteri del giudice*, in *Famiglia e dir.*, 11, 2018, 1007 ss. Si veda a tal proposito Cass., 17 aprile 2019, n. 10782, che statuisce espressamente, «La funzione dell'assegno divorzile non è quella di ricostituire il tenore di vita coniugale, ma principalmente di assistere il coniuge privo incolpevolmente di mezzi adeguati e, poi, di riequilibrare le condizioni economiche degli ex coniugi, nei casi in cui vi sia la prova - di cui è onerato il coniuge richiedente l'assegno, trattandosi di fatto costitutivo del diritto azionato - che la sperequazione reddituale in essere all'epoca del divorzio sia direttamente causata dalle scelte comuni di vita degli ex coniugi, per effetto delle quali un coniuge abbia sacrificato le proprie realistiche aspettative professionali e reddituali per dedicarsi interamente alla famiglia, in tal modo contribuendo decisivamente alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune». Si veda sul tema anche Trib. Novara, 14 giugno 2019, n. 504.

129 Cass. S. U., 11 luglio 2018, n. 18287, cit., par. 10.

130 Durata del vincolo ritenuto «fattore di cruciale importanza nella valutazione del contributo di ciascun coniuge alla formazione del patrimonio comune e/o del patrimonio dell'altro coniuge, oltre che delle effettive potenzialità professionali e reddituali valutabili alla conclusione della relazione matrimoniale, anche in relazione all'età del coniuge richiedente ed alla conformazione del mercato del lavoro». Cass. S. U., 11 luglio 2018, n. 18287, cit., par. 10. In tal senso anche Cass., 28 febbraio 2019 n. 5975, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 1 marzo.

della relazione matrimoniale, anche con riferimento all'età del coniuge richiedente ed alla situazione effettiva del mercato del lavoro.

Bisognerà quindi accertare il contributo fornito dal coniuge economicamente più debole alla conduzione della vita familiare e, conseguentemente, alla formazione del patrimonio familiare e personale dell'altro coniuge, anche in relazione alle potenzialità future. Di tale contributo, la parte richiedente l'assegno dovrà fornire la prova con ogni mezzo, anche mediante presunzioni. La parte che chiede la riduzione o la eliminazione dell'assegno posto originariamente a suo carico dovrà invece fornire la prova contraria.

Constatata la sussistenza di un rilevante squilibrio tra le posizioni economiche dei due coniugi ricollegabile causalmente alle determinazioni comuni ed ai ruoli endofamiliari, il giudice dovrà poi verificare, sulla base di un giudizio prognostico, la concreta possibilità del coniuge istante di recuperare il pregiudizio professionale ed economico.

Ritenuto esistente uno squilibrio economico rilevante tra le posizioni dei coniugi, derivante dalle scelte e dai sacrifici compiuti durante il matrimonio, accertata l'impossibilità, per il coniuge richiedente di colmare lo squilibrio predetto, il giudice dovrà riconoscere all'istante un assegno divorzile non parametrato né al tenore di vita né al criterio di autosufficienza economica, ma «adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali ed economiche eventualmente sacrificate, in considerazione della durata del matrimonio e dell'età del richiedente»[131].

Il discorso sin qui condotto ha evidenziato come la pronuncia delle Sezioni Unite costituisca il punto di approdo di un complesso iter legislativo, giurisprudenziale e dottrinario.

Alla sentenza della Corte, va riconosciuto, in primo luogo, il merito di aver superato i precedenti criteri del tenore di vita[132] e dell'autosufficienza economica forieri, come evidenziato, di profonde ingiustizie sociali[133]; attraverso la rivalutazione

[131] Cass. S. U., 11 luglio 2018, n. 18287, cit., par. 10.

[132] Cass.,14 febbraio 2019, n. 4523 in *Ilfamiliarista.it* 17 giugno 2019, con nota di C. Sansò, *Ripristinato il criterio del tenore di vita per l'assegno divorzile,* chiarisce che «Nell'ambito dei giudizi di cessazione/scioglimento degli effetti civili del matrimonio, il giudicante può tenere conto, nel riconoscere al coniuge più debole il diritto alla percezione dell'assegno di divorzio, del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, quale criterio che concorre e va poi bilanciato, caso per caso, con tutti gli altri indicati nel denunciato art. 5, l. div».

[133] Il primo, infatti, rischiava di generare «ingiustificate locupletazioni» causate anche dalla mancata applicazione dei criteri indicati dalla norma (condizioni delle parti, contributo dato alla formazione del patrimonio comune e di ciascuna delle parti, ragioni della decisione il tutto parametrato alla durata del matrimonio) spesso «marginalizzati» e relegati a fattori di ponderazione ma, in realtà mai correttamente applicati. Il criterio dell'autosufficienza, rischiava, invece, di sminuire il valore dell'istituto del matrimonio omettendo di tenere in debito conto l'irreversibilità, sotto il profilo economico, delle scelte professionali e basandosi su principi disancorati dalla realtà sociale effettiva del nostro Paese.

della funzione compensativa dell'assegno di divorzio[134], la Cassazione ha indicato criteri suscettibili di applicazione non soltanto con riferimento alla fase patologica ma anche in relazione alla fase fisiologica delle dinamiche endofamiliari.

La lettura offerta dalla Suprema Corte, induce ad enfatizzare l'importanza dei diritti e dei doveri di assistenza e collaborazione nascenti dal matrimonio nell'ottica di un indirizzo di vita comune concordato in ossequio ai principi sanciti dagli articoli 2, 3 e 29 della carta costituzionale[135].

La sentenza in esame ha inoltre sancito il definitivo superamento nei giudizi di attribuzione e determinazione dell'assegno di divorzio di automatismi ancor più pericolosi quanto aventi ad oggetto delicate e complesse dinamiche familiari.

La nuova lettura dell'art. 5 l. div. illustra le modalità di applicazione dei criteri previsti dal legislatore per il riconoscimento dell'assegno divorzile in un'ottica che si discosta sia da quanto deciso dalla Cassazione con la nota sentenza n. 11504 del maggio 2017, sia dall'orientamento tradizionale costantemente seguito giurisprudenza di merito e di legittimità ed impone al giudice il compito di formulare decisioni fondate sulla valutazione complessiva dei concreti assetti familiari e al vissuto della coppia durante la vita matrimoniale.

Ci si augura che il significativo cambio di prospettiva sia assimilato quanto prima dai giudici di merito e che gli stessi, in ossequio ai principi stabiliti dalle Sezioni Unite, riescano concretamente ad effettuare[136] una approfondita valutazione delle peculiarità del caso concreto[137], in linea con le mutate esigenze sociali e soprattutto con la molteplicità dei modelli familiari attuali.

---

[134] Cass. 17 aprile 2019, n. 10782 testualmente stabilisce: «La funzione dell'assegno divorzile non è quella di ricostituire il tenore di vita coniugale, ma principalmente di assistere il coniuge privo incolpevolmente di mezzi adeguati e, poi, di riequilibrare le condizioni economiche degli ex coniugi, nei casi in cui vi sia la prova - di cui è onerato il coniuge richiedente l'assegno, trattandosi di fatto costitutivo del diritto azionato - che la sperequazione reddituale in essere all'epoca del divorzio sia direttamente causata dalle scelte comuni di vita degli ex coniugi, per effetto delle quali un coniuge abbia sacrificato le proprie realistiche aspettative professionali e reddituali per dedicarsi interamente alla famiglia, in tal modo contribuendo decisivamente alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune». In senso analogo, Trib. Modena 8 maggio 2019, n. 661.

[135] In verità, tale interpretazione trova già un primo riscontro nella pronuncia Cass. S. U., 17 luglio 2014, n. 16379, in *Corriere giur.,* 2014, 1996, con nota di V. Carbone, *Risolto il conflitto giurisprudenziale, tre anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio*; in *Nuova giur. comm.*, 2015, I, 47, con nota di V. Quadri, *Il nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche in tema di nullità del matrimonio*; in *Corriere giur.,* 2015, 114, con nota di C. Ippoliti Martini, *Questioni attuali in tema di delibazione delle sentenze ecclesiastiche in tema di nullità del matrimonio concordatario.*

[136] M. Sesta, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare,* in *Famiglia e dir.*, 2018, 11, 983 e in particolare 986 ss.

[137] G. Servetti, *L'accidentato percorso del giudice di merito nel riconoscimento e nella determinazione dell'assegno di divorzio*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 11, 991.

In effetti, sebbene la disciplina positiva dell'assegno di divorzio, sia rimasta, a tutt'oggi sostanzialmente immutata[138], non può essere letta ed applicata in maniera avulsa dal contesto sistematico, di fatto profondamente mutato, e prescindendo dalle mutate esigenze sociali.

In tale ottica, la giurisprudenza dovrà rivolgere la propria attenzione alle differenze che caratterizzano le singole ipotesi di fatto tramite una prudente applicazione ed interpretazione dei principi, impegnandosi a non sovvertire le norme di diritto positivo e garantendo, in tal modo, un'evoluzione dell'ordinamento che non sia costretta ad attendere «che il legislatore provveda a soddisfare le nuove esigenze sociali con l'inesorabile "senilità" dell'intervento legislativo»[139].

[138] In realtà, veniva approvata, nella seduta del 14.05.2019 con 386 voti favorevoli, 19 astensioni e nessun contrario, alla Camera, la proposta di legge sull'assegno di divorzio, presentata dalla deputata p.d. Alessia Morani.
Il disegno di legge introduce due novità principali: in primo luogo il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio non avrà più alcun ruolo nella determinazione dell'assegno di divorzio che, potrà essere concesso anche soltanto per un periodo di tempo determinato. Le modifiche all'articolo 5 della legge in materia di divorzio 898/1970 prevedono che, nel valutare se concedere l'assegno dovuto al coniuge in caso di divorzio, il giudice dovrà calcolarne l'ammontare non soltanto in base al reddito del richiedente ma ai fini dell'attribuzione e della determinazione dell'ammontare del suddetto assegnodovranno essere valutati infatti la situazione patrimoniale complessiva, la durata del matrimonio, l'età e la salute del richiedente, il contributo personale ed economico dato da ciascun coniuge alla formazione del patrimonio di ognuno o di quello comune. Ulteriori parametri di riferimento saranno il patrimonio e il reddito netto di entrambi, il fatto che uno dei coniugi abbia un reddito ridotto anche in considerazione di studi interrotti o non intrapresi in ragione della necessità di dover assolvere ai doveri coniugali o alla cura dei figli comuni minori, disabili o comunque non economicamente indipendenti. L'assegno non sarà più dovuto in caso di nuovo matrimonio, di convivenza o di unione civile e il giudice potrà predeterminarne la durata, valutando ad esempio una ridotta capacità di mantenimento dovuta a ragioni contingenti o superabili.

[139] R. Carleo, *il ruolo della giurisprudenza nel diritto di famiglia,* cit. 168.

Autorità e autonomia nelle fondazioni: i controlli gestori

di Giuliano Zanchi*

Abstract. This work proposes an updated interpretation of the norms dedicated to the regulation of the foundations in the Civil Code. A specific attention is devoted to the regulation of the controls over the administration of the foundation (art. 25 Civil Code), which suffers of a dated tradition of interpretation, no more aligned to the streams of the legislative reforms of the last 10 years and the case law. The role of the statutory autonomy in designing the structure and the functioning of the foundation is the key to understand the future developments of the foundations, and to decipher the recent legislative proposal to restructure the part of the Civil Code dedicated to the non-profit organizations.

SOMMARIO: 1. L'ipotesi dell'inadeguatezza della disciplina sulle fondazioni. – 2. Verso il superamento della concezione tradizionale della fondazione. – 3. La nozione minima di controllo. – 4. La natura pubblica del controllo ed in particolare del controllo di gestione. – 5. I controlli sull'amministrazione delle fondazioni: l'art. 25 c.c., l'espansione dell'autonomia privata e la possibile convivenza di controlli interni. – 6. I controlli sulle fondazioni nel Codice del Terzo Settore. – 7. Conclusioni e prospettive di riforma.

1. La fondazione viene da tempo considerata dalla dottrina un ente inadeguato alle esigenze della nostra contemporaneità[1].

In una prospettiva di analisi storica dell'origine della disciplina legislativa, sembra a prima vista inevitabile dar credito a questa visione. In effetti, all'epoca della redazione del Codice Civile la considerazione politico-sociale riservata agli enti privati senza scopo di lucro, e alla fondazione in particolare, era di palese ostilità. La scelta di agevolare il modello corporativo a discapito di corpi intermedi di natura esclusivamente privata si aggiunse al pregiudizio storico sulle fondazioni, considerate facili strumenti di segregazione di patrimoni a discapito di creditori ed eredi del fondatore, e condusse il legislatore del 1942 a plasmare la disciplina della fondazione in modo da contenere al massimo l'autonomia privata, ridotta all'atto iniziale di impulso all'istituzione dell'ente e alla relativa dotazione patrimoniale.

Di più: la concezione della fondazione quale patrimonio destinato al raggiungimento di uno scopo di pubblica utilità ha sagomato la disciplina legale sulla fisionomia della fondazione di erogazione. Il legislatore del 1942 non è giunto ad imporre il modello unico della fondazione di erogazione, né ha vietato l'istituzione di fonda-

* Ricercatore di Diritto privato - Università Ca' Foscari di Venezia.

1 Ponzanelli, *Terzo settore. La legge delega di riforma*, in Nuova giur. civ. comm., 2017, p. 726 s.

zioni con struttura e funzioni lasciate alla creatività dei privati; ha dato per assunto questo archetipo storico senza occuparsi di dettare una disciplina dedicata agli aspetti organizzativi e funzionali, che sono stati ritenuti scontati. E così molti degli assunti dogmatici tradizionalmente riferiti alla fondazione non trovano alcun addentellato normativo diretto. Si pensi, ad esempio, al requisito della pubblica utilità dello scopo, certamente uno degli elementi connotativi della fondazione in base all'impostazione tradizionale, ma che risulta privo di un riferimento testuale nel Codice Civile[2]. Si pensi ancora alla regola dell'immodificabilità dello scopo della fondazione e quella, ad essa collegata, della necessaria estraneità del fondatore all'organizzazione e alla gestione dell'attività dell'ente successivamente alla sua costituzione. L'effettività di queste regole sarebbe assicurata dalla mancata previsione normativa di organismi rappresentativi del ceto dei fondatori, a differenza di quanto accade negli enti a base associativa, senza però che questa assenza trovi sostegno in alcuna espressa disposizione di divieto[3].

La forza del modello dogmatico presente nella mente del legislatore del Codice ha dunque inciso nella fisionomia dell'ordito normativo al punto da lasciare inespressa una buona parte dei lineamenti disciplinari della fondazione, la quale è rimasta consegnata per lungo tempo alla proposta teorico-dogmatica all'epoca dominante, ossia quella di un ente statico, a struttura immodificabile nel tempo e assoggettato ad un serrato controllo pubblico. In ciò la fondazione avrebbe dovuto assumere una connotazione soggettiva profondamente diversa da quella dell'associazione, alla cui disciplina invece il legislatore ha attribuito espressamente i caratteri di un ente a struttura flessibile, capace di ridefinire la propria organizzazione e i propri fini nella dinamica delle decisioni assembleari[4], e per di più con il beneficio di potersi sottrarre al controllo pubblico rinunciando all'attribuzione della personalità giuridica[5].

---

[2] Secondo l'impostazione tradizionale, la pubblicità dello scopo costituisce la ragione unica e sola per la quale la segregazione del patrimonio di fondazione sarebbe accettata dall'ordinamento. Al tema dell'essenzialità al tipo fondazionale della pubblicità dello scopo la dottrina ha dedicato molta attenzione, anche traendo da altre disposizioni del Codice Civile elementi a sostegno della inconfigurabilità di uno scopo egoistico della fondazione o anche altruistico ma non di pubblica utilità. Per tutti si rinvia a Galgano, *Delle persone giuridiche*, in Commentario Scialoja-Branca, II ed., Bologna–Roma, 2006, p. 225 ss.

[3] In assenza di altri indici normativi a supporto e in un contesto normativo non caratterizzato da disposizioni imperative, apparirebbe peraltro fragile un'interpretazione a contrario di indole restrittiva informata al canone ermeneutico formalisitico "*ubi lex dixit voluit, ubi non dixit noluit*".

[4] Proprio all'assemblea sono dedicate le disposizioni del Titolo II del Libro I del Codice Civile che in numero maggiore si applicano alle sole associazioni (artt. 20, 21, 22 e 23 c.c.), a testimonianza della rilevanza dell'organo assembleare nella vita dell'associazione. È opportuno ricordare, a tale ultimo proposito, che la disciplina degli enti senza scopo di lucro è caratterizzata non solo da disposizioni dedicate specificamente ora alla fondazione, ora all'associazione, ma anche di disposizioni che si applicano ad entrambi gli enti (artt. 14, comma 1, 16, 18, 19, 27, 29-32, 35 c.c.) o che contengono previsioni singolarmente dedicate all'uno e all'altro (art. 16, commi 1 e 2, e 31, comma 2), creando sovente problemi di coordinamento complessivo della disciplina applicabile al singolo ente.

[5] Fino a diversi anni dopo l'entrata in vigore del Codice Civile del 1942 la dottrina non era disponibile a considerare le associazioni non riconosciute quali soggetti di diritto, ma li concepiva come pluralità di

L'immagine della fondazione che ci restituisce l'istantanea del testo codicistico al tempo della sua formulazione rappresenta, per così dire, il culmine dello sfavore dell'ordinamento verso questo genere di enti, ma al contempo anche il suo ultimo atto. Già pochi anni dopo l'adozione del Codice Civile, la Costituzione repubblicana e la connessa abolizione del sistema corporativo hanno dato avvio ad una stagione nuova per gli enti intermedi. Essi hanno ricevuto implicito riconoscimento nell'art. 2 della Carta quale uno dei possibili contesti di sviluppo della personalità umana riconosciuta e garantita dallo Stato come "formazione sociale", e una diretta valorizzazione all'art. 18 della Costituzione che garantisce il diritto alla libertà associativa, in senso lato, per fini non vietati dalla legge[6].

La progressiva perdita di centralità dello Stato nell'organizzazione e nel perseguimento di efficaci politiche culturali, sociali e di *welfare*, ha creato poi le condizioni per una diffusione amplissima di queste formazioni sociali, non più semplicemente e solo «intermedie» tra Stato e individuo, ma anche «alternative» allo Stato medesimo, alle quali è stata attribuita in tempi più recenti la denominazione di "enti del terzo settore"[7]. Si tratta di un fenomeno sociale estremamente variegato che il legislatore ordinario ha favorito a partire dei primi anni '90 del secolo scorso con l'adozione di interventi legislativi – per lo più di natura incentivante tributaria - mirati a favorire la costituzione di enti senza scopi di lucro ulteriori rispetto ai modelli codicistici[8], ma che hanno attinto dalla loro disciplina, secondo un indirizzo di chiaro favore per l'utilizzo di queste forme organizzative private.

---

contitolari di diritti su beni. Questa era peraltro la posizione assunta da Ferrara sr., *Le persone giuridiche*, II ed., Torino, 1956, p. 32 s. e p. 413 il cui pensiero ha plasmato l'ordito normativo del Codice Civile in materia di enti senza scopo di lucro. Nella medesima direzione, Greco, *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Torino, 1959, p. 203. Tale posizione dogmatica rifletteva la convinzione del rapporto assiomatico tra personalità giuridica e soggettività di diritto, che è stata superata grazie alle riflessioni di quella dottrina che ha sostenuto la differenza teorica fondamentale tra l'attribuzione della personalità giuridica, solo eventuale, e le connotazioni del soggetto di diritto, indipendentemente dalla ricostruzione teorica della fenomenologia della persona giuridica. Cfr. in particolare Galgano, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in Commentario Scialoja-Branca, I ed.,Torino, 1976, p. 200 ss.; Id., *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, II ed., Padova, 1996, p. 88 ss.; Basile, *Gli enti «di fatto»*, in Trattato Rescigno, II ed., Torino, 1999, p. 477 ss.

6 Sul ruolo della Costituzione nel riconoscimento del pluralismo non solo dei valori e dei diritti, ma anche delle formazioni sociali in cui tali valori e diritti trovano realizzazione e nei quali richiedono tutela cfr. Rescigno, *Personalità giuridica e gruppi organizzati: considerazioni introduttive*, in Aa.Vv., *Personalità giuridica e gruppi organizzati*, Milano, 1971, p. 9 s; Id., *Le società intermedie*, in Id., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1988, p. 58 ss.; E. Rossi, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, p. 119 ss.; Ponzanelli, L*a rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, in Riv. dir. civ., 1979, I, p. 23 ss.

7 La scelta terminologica, sulla quale sono state espresse perplessità anche rispetto alla capacità di rappresentare la complessità del fenomeno, deriva dall'espressione coniata da Etzioni, *The Third Sector and Domestic Missions*, Public administration review, 1973, p. 314 ss. ed è entrata nel linguaggio normativo con la l. delega 6.6.2016, n. 106 che ha poi condotto all'adozione del Codice del Terzo Settore con il d.lg. 3.7.2017, n. 117, sul quale appresso si dirà.

8 Sul rapporto tra l'esiguità della disciplina del Codice Civile sugli enti senza scopo di lucro e la legislazione speciale che negli anni ha dato vita a nuove figure di enti non lucrativi cfr. De Giorgi, *Il nuovo diritto degli*

L'esempio più chiaro proviene proprio dall'utilizzo della fondazione in occasione di riforme strutturali di settore o di privatizzazione di enti pubblici, come nel caso delle fondazioni bancarie[9], delle fondazioni di enti lirici[10] o delle fondazioni universitarie[11]; tutte ipotesi nelle quali il legislatore ha optato per il modello-base della fondazione arricchendolo di profili organizzativi e disciplinari mutuati dalle regole proprie di enti a base associativa in senso stretto, *in primis* le società di capitali[12]. Una simile ibridazione, e la scelta in sé di attingere ad un archetipo un tempo osteggiato e caratterizzato da un apparato normativo "narrato" come rigido ed inscalfibile, testimonia la maturazione definitiva della fondazione ad un ruolo di maggior rilievo nella galassia degli enti giuridici no-profit.

Il superamento definitivo della primigenia impronta dogmatica impressa alla fondazione si è realizzato a cavallo del nuovo secolo con alcuni interventi del legislatore ordinario che ha riformato i controlli pubblici sulla costituzione e sull'attività negoziale di associazioni e fondazioni, dapprima con la liberalizzazione del regime degli acquisti[13], non più assoggettati alla previa "*autorizzazione governativa*", e poi con la riforma del procedimento per l'acquisto della personalità giuridica[14].

Il complesso di questi interventi legislativi non solo muta lo scenario normativo, ma impone di ripensare il modello teorico della fondazione e più in generale l'incidenza dell'autonomia privata nella determinazione delle forme organizzative individuali. Com'è stato detto efficacemente, l'interprete non può prescindere dalle scelte di politica legislativa nell'elaborare le sue soluzioni ermeneutiche[15]; nel nostro caso

enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali, in Riv. dir. civ., 1999, p. 293 s., e *ivi*, 303 s.

9 Cfr. l. 30.7.1990, n. 218 e d.lg. 17.5.1999, n. 153.

10 Cfr. d.lg. 29.6.1996, n. 367.

11 Cfr. l. 23.12.2000, n. 388 e d.p.r. 24.5.2001, n. 254.

12 Sul punto sia consentito il rinvio a Zanchi, *Interpretazione e ruolo della prassi nella definizione dello statuto soggettivo delle fondazioni*, in Jus Civile, 2017, 6, p. 516 s. anche per ulteriori riferimenti dottrinali.

13 L'art. 13 della l. 15.5.1997, n. 127, come modificato dall'art 1 della l. 22.6.2000, n. 192, ha abrogato l'art. 17 c.c. che richiedeva, a pena di inefficacia, che acquisti mobiliari e immobiliari anche a titolo gratuito e *mortis causa* l'autorizzazione dell'Amministrazione competente.

14 Come noto, con il d.p.r. 10.2.2000, n. 361 l'attribuzione del riconoscimento ad associazioni e fondazioni dipende dal previo controllo del mero rispetto delle norme primarie e secondarie applicabili e dal rispetto dei requisiti di possibilità, liceità dello scopo, e di adeguatezza patrimoniale. In generale, sul ruolo sistemico di questo intervento normativo, oltre ai contributi che si noteranno in prosieguo sui singolo aspetti della disciplina in esame, cfr. De Giorgi, *La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti senza scopo di lucro*, in Studium iuris, 2000, p. 499 ss.; Zoppini, *Riformato il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche*, in Corr. giur., 2001, p. 291 ss.; Ponzanelli, *La nuova disciplina sul riconoscimento della personalità giuridica degli enti del libro primo del Codice Civile*, in Foro it., 2001, V, p. 47 ss.

15 Così ammoniva proprio rispetto alla novellata disciplina dei controlli sugli enti non lucrativi del Codice Civile De Giorgi, *La scelta degli enti privati: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?*, in Nuova giur civ. comm., 2001, p. 84, nota 3.

non si può ignorare che l'attuale tessuto regolativo abbia spostato l'asse della disciplina dall'autorità all'autonomia[16].

In specie, il nuovo equilibrio tra la libera determinazione dei consociati alla creazione delle forme organizzative più consone a dar corpo alle istanze pluraliste della società contemporanea e il governo legislativo delle attribuzioni giuridiche degli enti privati, consente di riconoscere all'autonomia privata un certo grado di libertà di determinazione della fisionomia delle singole fondazioni, attingendo quindi anche al di fuori del suo archetipo tradizionale.

2. Le fisionomie organizzative che si svelano all'esame delle schede fondazionali mostrano la capacità della fondazione di adattare la propria struttura organizzativa ad esigenze lontane da quelle tradizionali. Si registrano fondazioni che si articolano in soluzioni operative eterogenee rispetto alle fondazioni di erogazione, come nel caso delle fondazioni di partecipazione e delle fondazioni di comunità[17]. Per le ragioni anzidette, l'accreditamento nella prassi di queste fondazioni non va considerato eversivo rispetto al testo legislativo, ma semmai rispetto alla sua lettura storica, sebbene il tributo concettuale all'impostazione teorica tradizionale abbia per lungo tempo ostacolato una lettura della disciplina del codice secondo parametri diversi da quelli del passato[18].

---

[16] Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 87 ss. e p. 120 ss. mette in luce i diversi livelli rispetto ai quali verificare il rapporto tra autonomia privata e forme legali di organizzazione soggettiva metaindividuale. L'Autore evidenzia che l'ordinamento non consente che l'autonomia si disponga sul piano della generazione di soggetti giuridici alternativi a quelli legali (numero chiuso delle forme soggettive), mentre ne riconosce uno spazio operativo tanto nella scelta di avvalersi di un modello giuridico o di un altro, quanto nella libertà di determinare il contenuto della forma giuridica prescelta; ciò naturalmente nella misura, più o meno marcata, che il singolo modello soggettivo prescelto volta per volta consenta.

[17] Gorgoni, *Le fondazioni di partecipazione*, in Bruscaglia, E. Rossi (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Milano, 2002, p. 523 ss.; Di Diego, *La fondazione di partecipazione: un patrimonio di destinazione a struttura aperta*, in Enti no profit, 2005, p. 99 ss.; Florian, *Le fondazioni di partecipazioni, le fondazioni tradizionali, le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi*, in I quaderni della Fondazione italiana per il notariato, 2007, p. 67 ss.; Maltoni, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in I quaderni della Fondazione italiana per il notariato, 2007, p. 25 ss; Franzoni, Prezzi, *Le fondazioni comunitarie in Italia: sviluppo e tendenze*, in Queste istituzioni, 2010, p. 136 ss.; Bandiera, *Le fondazioni di comunità: una nuova declinazione della filantropia*, in Maino, Ferrera (a cura di), *Primo Rapporto sul secondo welfare in Italia*, Torino, 2013, *passim*; De Götzen, *Le fondazioni legali tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011.

[18] In dottrina vi è anche chi spiega la diffusione di fondazioni diverse da quella tradizionale di mera erogazione sostenendo che queste diverse tipologie di fondazione non sarebbero riconducibili alla disciplina codicistica della fondazione, donde il superamento di fatto di quel modello. Sarebbe questo il caso, ad esempio, delle fondazioni culturali, sulle quali si rinvia a Angiuli, *Fondazioni culturali*, in Dig. disc. priv., sez civ., Aggiornamento 2007, I, p. 588 ss. Il presupposto di questa lettura della fenomenologia del no-profit sembra risolversi tuttavia in una petizione di principio. Non è chiaro, del resto, come si giustifichi l'ipotesi di una fondazione alternativa a quella del Codice Civile e che non risponda neppure ad una delle tipologie previste da leggi speciali. La libertà di determinazione dei consociati si esprime nella scelta di costituire enti senza scopo di lucro privi della personalità giuridica e nella possibilità, anche nel caso di enti personificati, di

È a partire da questi elementi che si propone di rimeditare l'idea dell'inattualità della fondazione, e la maturazione di questa riflessione passa per il superamento della tesi storica dell'univocità e fissità del relativo schema legale. Indubbiamente la riforma del sistema dei controlli pubblici sugli enti non lucrativi in generale ha recuperato una più marcata dimensione di autonomia di queste formazioni sociali, che esalta in particolare il modello associativo, in cui proprio l'autonomia degli associati è posta dalla disciplina del Codice Civile al centro delle vicende dell'ente. Una parte della dottrina è risultata incline a considerare, quale esito naturale della revisione del sistema di controlli, che la fondazione fosse al termine della sua parabola vitale, relegandola al ruolo di ente "storico" retaggio di un'epoca di governo pubblico delle formazioni sociali oramai definitivamente trascorsa. I presupposti teorici di questa rappresentazione non sono tuttavia condivisibili, perché implicano erroneamente l'unicità tipologica della fondazione di erogazione[19], ove per converso i dati empirici disponibili sulla diffusione delle fondazioni nella fase storica che stiamo vivendo smentiscono in concreto la tesi della decadenza della fondazione[20].

Una conseguenza della rigidità ermeneutica che ha contraddistinto buona parte degli studi storici sulle fondazioni è stata l'incapacità di scorgere tutte le potenzialità del testo normativo[21]. Per ciò che qui interessa notare, è mancata in particolare la capacità di superare il presidio teorico dell'impenetrabilità dell'autonomia negoziale nella disciplina organizzativa delle fondazioni, anche nel senso di riconsiderare la rigida alternatività tra associazione e fondazione[22]. Questa potenzialità è stata invece colta dalla prassi, che ha progressivamente introdotto modelli di fondazione con fisionomie ibride ed ha posto il tema della complementarietà tra le due discipline. Una complementarietà, peraltro, che il testo del codice favorisce, e che il legislatore ha assecondato dapprima con il d.p.r. n. 361/2000 e poi, più di recente, con la regolazione degli enti del terzo settore (d.lg. n. 117/2017). In ciascuno di questi testi

conformare autonomamente l'organizzazione e la gestione di tali enti nei limiti imposti dalla legge, non anche nella creazione di enti personificati (fondazioni) diversi da quelli previsti per legge.

19 Il fondamentale contributo dottrinale nel quale si è analizzato lo sgretolamento della fissità del tipo unico della fondazione di erogazione è Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, *op. cit.*, *passim*.

20 Si consideri che da alcuni recenti rilievi statistici risulta che l'istituzione di fondazioni sia un fenomeno in espansione, pur a fronte di una vasta pluralità di soluzioni soggettive disponibili, anche legate alle numerose ipotesi di fondazioni "speciali". In base ad una relazione ISTAT del 20 dicembre 2017, il numero di fondazioni presenti sul territorio nazionale era cresciuto tra il 2011 e il 2015 del 3,7%, sebbene si tratti di un incremento contenuto rispetto a quello di altri enti no profit (https://www.istat.it/it/files/2017/12/Nota-stampa-censimento-non-profit.pdf) e la tendenza si è fortemente accentuata nel biennio 2015-2016, come riporta una successiva relazione sempre di fonte ISTAT dell'11 ottobre 2018 (https://www.istat.it/it/files//2018/10/non-profit.pdf) in base alla quale "le istituzioni non profit aumentano pressoché in tutte le forme giuridiche ma sono le fondazioni a crescere di più (+16,4%)".

21 Si dirà oltre dei recenti progetti di riforma del Titolo II, Capo II del Libro Primo del Codice, che vanno tuttavia ad incidere un contesto normativo che già oggi, a livello ermeneutico, appare compatibile con soluzioni maggiormente liberali nella definizione dell'ente fondazionale rispetto a quelle del passato.

22 Sia consentito sul punto il rinvio a Zanchi, *Interpretazione e ruolo della prassi*, *op. cit.*, *passim* anche per ulteriori indicazioni dottrinali.

normativi, la trama disciplinare considera assieme fondazioni ed associazioni, dedicando regole specifiche e separate solo su alcuni specifici aspetti[23].

Deve esser fatta tuttavia chiarezza sull'esatta definizione del livello in cui si pone questa ibridazione e fino a quale punto possa spingersi in ragione della pluralità di forme soggettive legali. In linea generale, quando si osservano e si descrivono le loro caratteristiche, è necessario distinguere quelle irrilevanti rispetto alla natura dell'ente, ovvero che non ineriscono ad un tratto costitutivo tipico, da quelle invece decisive per la loro qualificazione giuridica. Nel primo caso, il regolamento della vita dell'ente potrà anche prevedere soluzioni differenti, o – più in particolare – soluzioni tratte da altri modelli legalmente precostituiti, senza che ciò implichi né un impedimento al riconoscimento, né una necessaria riqualificazione della forma soggettiva[24]. Ferma restando allora la differenza causale tra il modello associativo e quello fondazionale, nulla vieta che una soluzione organizzativa o amministrativa che provenga dall'ordito normativo dell'associazione possa essere utilizzato nello statuto di una fondazione.

La rigidità dogmatica che per lungo tempo ha conformato la lettura dei connotati strutturali ed organizzativi del modello fondazionale, ha condotto a qualificarli sempre come essenziali al tipo. Spazio per l'esercizio di autonomia privata era fortemente limitato dal carattere inderogabile attribuito ad ogni elemento della fattispecie. La riconsiderazione della dimensione normativa della fondazione (e, parallelamente, dell'associazione) e il ridimensionamento storico dei presidi dogmatici del tipo tradizionale, hanno contribuito a trasformare elementi un tempo considerati necessari rispettivamente alla forma fondativa o a quella associativa, in scelte organizzative libere perché irrilevanti all'identità della fattispecie soggettiva. È in questo spazio di autonomia che va collocata l'analisi e lo studio del processo di progressivo avvicinamento tra soluzioni organizzative e gestionali dell'associazione e della fondazione.

Alla luce di queste precisazioni, la disciplina sulla fondazione va esaminata assieme a quella sull'associazione, anziché in sua contrapposizione, assumendo la possibilità che soluzioni normalmente riferite all'associazione possano trovare collocazione anche negli statuti delle fondazioni, purché non si incida sull'essenza causale della forma soggettiva; e un profilo disciplinare di particolare interesse rispetto al quale verificare gli esiti concreti di un'interpretazione meno rigida del testo norma-

[23] Il legislatore del 2016 ha scelto di non intervenire nel Codice Civile ma di utilizzare la disciplina sugli enti non lucrativi come trama normativa generale e residuale. La disciplina del codice del terzo settore non si sostituisce a quella del Codice Civile, bensì la presuppone e in parte la integra per tutti i casi in cui l'ente del terzo settore (teleologicamente caratterizzato quindi da finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale) scelga quale forma soggettiva quella di un'associazione o di una fondazione. Cfr. sul tema Ponzanelli, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, op.cit., 727 s. Si tornerà *infra* sul rapporto tra disciplina generale del Codice Civile e disciplina degli enti del terzo settore.

[24] Si vedano in tal senso le precise indicazioni di Zoppini, *Le Fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, *op. cit.*, p. 103 ss.

tivo – e che certamente è causalmente irrilevante - è il regime dei controlli, che merita di essere riletto senza condizionamenti dogmatici che riflettano la sua concezione storica.

3. L'attività di controllo pubblico sugli enti non lucrativi occupa il loro intero ciclo di vita. Il nostro ordinamento prevede controlli costitutivi (art. 1 d.p.r. 361/2000), controlli gestori di vario genere (art. 2 d.p.r. 361/2000 in merito alla modifica dei patti sociali, e artt. 23, comma 4, 25 e 26 c.c.), nonché controlli nella fase di estinzione, trasformazione o fusione dell'ente (art. 6 d.p.r. 361/2000, e artt. 28, 29, 31, 32 e 42 c.c.)[25]. La riforma attuata con il d.p.r. 361/2000, oltre ad aver cancellato il *placet* governativo all'esercizio della libertà associativa in senso lato, ha in parte ridimensionato l'intensità di altri controlli assegnati all'autorità amministrativa[26], pur lasciando nel complesso inalterato il testo normativo codicistico originario nelle restanti parti. In seguito a questa riforma, il regime complessivo dell'incidenza pubblica nella vita di associazioni e fondazioni è mutato profondamente.

Per comprendere tale mutamento serve aver chiara la natura e la funzione dei controlli pubblici sugli enti non lucrativi ed in particolare sulle fondazioni. Sono i controlli gestori quelli che si intendono analizzare specificamente, ed in particolare quelli sull'amministrazione delle fondazioni, ove il cambiamento di regime innescato dalle riforme legislative e dalla prassi non sembra manifestarsi in apparenza, ma è invece anche più intenso che altrove.

Controllo è un termine polisenso. Gli usi normativi che si registrano di tale termine lo collocano nei contesti più diversi e con caratteristiche così variegate da rendere vano ogni tentativo di inquadrarli in una definizione univoca dotata di un preciso perimetro concettuale. Del resto, una mera rassegna degli usi normativi e delle relative accezioni non desterebbe alcun interesse; ma da essa si possono evincere alcuni tratti ricorrenti che definiscano una nozione minima di controllo, indipendente dagli usi normativi del termine[27].

---

[25] Come già rammentato i controlli sull'attività negoziale sono venuti meno con l'abrogazione dell'art. 17 c.c.

[26] In massima sintesi, il d.p.r. 361/2000 ha trasformato anche i controlli amministrativi sulla modifica dei patti sociali in vaglio di pura legittimità (art. 2) ed ha associato la disciplina codicistica sulla dichiarazione di estinzione e sull'apertura della fase di liquidazione, lì esclusivamente di carattere amministrativo, con una fase di competenza dell'autorità giudiziaria (art. 6).

[27] In termini generali, la riflessione sulla dimensione giuridica del controllo e del suo esercizio come potere si riconduce al lavoro di M.S. Giannini, *Controllo: nozioni e problemi*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1974, p. 1263 ss. Tra gli autori che si sono occupati del medesimo tema si ricordano Roehrssen, *I controlli nell'organizzazione amministrativa*, in Riv. amm., 1970, I, p. 353 ss.; Crosetti, *Controlli amministrativi*, Dig. disc. pubbl., IV, Torino, 1989, p. 68 s.; P. Ferro-Luzzi, *Riflessioni in tema di controllo*, in *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, p. 319 ss. La dottrina ha anche rimarcato che il controllo è un fenomeno logico e che una sua definizione in senso proprio è difficile, stante la genericità dell'applicazione potenziale di tale meccanismo logico. Cfr. Forti, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in Orlando, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1915, II, 2, p. 608 ss.

Controllo è anzitutto un termine utilizzato per descrivere una relazione che intercorre tra due entità, non necessariamente dotate di una distinta soggettività[28]. Tale attività può essere generalmente ricondotta all'esercizio da parte del controllante di un'attività di verifica della rispondenza di decisioni (si sostanzino essi in atti o comportamenti) assunte dal controllato ad uno o più canoni[29]. Il controllo consiste pertanto in un'attività secondaria, logicamente successiva e conseguente a quella primaria oggetto della verifica. L'esito del test di rispondenza conduce infine all'espressione di un giudizio, rispetto al quale l'atto o l'attività controllata viene valutata conforme o difforme al parametro di controllo[30].

L'attività e le operazioni di controllo, pur nella loro varietà, si compongono quindi di due momenti differenti. Il primo è quello di verificazione, che consiste nell'esame degli atti o delle condotte primarie nell'ottica della loro rispondenza ad un parametro, il quale solitamente è predefinito e può anche non avere natura tecnico-giuridica. Un'attività giuridica di controllo può infatti consistere anche nell'applicazione di criteri di giudizio extragiudici, come ad esempio avviene nei controlli tecnici. Altre volte, invece, gli standard di riferimento nella verificazione sono di natura strettamente giuridica, come nel caso dei controlli di legittimità formale o in quelli di regolarità contabile.

Il controllo non si arresta però alla mera attività di confronto con lo standard, bensì approda ad una valutazione di conformità o difformità ad esso della realtà posta sotto verificazione. Il suo esito sta nell'espressione di un giudizio positivo o negativo di coerenza tra l'oggetto del controllo e lo standard di valutazione[31]. Non fanno eccezione quei procedimenti di controllo che talvolta vengono qualificati come procedure di mero accertamento, segnatamente i cc.dd. controlli tecnici. È il caso dei controlli relativi a lunghezze, pesi, composizioni chimiche, e altre ipotesi di misurazione empirica. Questo genere di controlli implica l'utilizzo di parametri la cui applicazione conduce a risultati oggettivi, di mero accertamento e descrizione di un fatto, rispetto ai quali non c'è spazio per l'espressione di un giudizio ulteriore e diverso dalla verifica di conformità. In altre parole, l'indiscutibilità del parametro

[28] Si possono avere controlli tra organi o apparati del medesimo ente. Il soggetto di diritto è in tal caso unico e la relazione di controllo si esaurisce all'interno della sua articolazione organizzativa. Si pensi alla galassia dei controlli interni delle Pubbliche Amministrazioni, come il controllo contabile e di legittimità o il controllo di gestione, riordinati dal d.lg. 30.7.1999, n. 286, che ne ha dettato all'art. 1 i principi generali, oggi regolati dal d.lg. 30.3.2001, n. 165.

[29] L'altruità del controllo, anche quando riconducibile all'organizzazione interna del medesimo soggetto, costituisce la sua caratteristica basilare. Lo mette in luce opportunamente Libertini, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni con particolare riguardo ai c.d. sistemi alternativi*, in Abbadessa (a cura di), *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, Torino, 2015, p. 13 ss.

[30] Vi sono tuttavia usi normativi e del termine controllo che mostrano profili ulteriori e diversi. In questo lavoro si rivolgerà l'attenzione al controllo nel suo nucleo essenziale di significato, nella consapevolezza che il linguaggio normativo talora associ a questo termine attività funzioni e forme di tutela ulteriori e talora fortemente caratterizzanti la singola ipotesi testuale di controllo.

[31] Cfr. Crosetti, *Controlli amministrativi*, *op. cit.*, p. 69.

(l'unità di misura) e del suo metodo di applicazione richiederebbero al controllante una mera attività materiale di applicazione della misura alla realtà dei fatti al solo scopo di accertamento. Anche nel caso di questo genere di controlli, tuttavia, è implicata un'attività valutativa, non certo relativa all'applicazione in sé dello standard di valutazione, ma alla scelta del metodo di misurazione della realtà fattuale. Essa comporta un'attività cognitiva di tipo valutativo, soggettivo; l'attività di verificazione anche in questo caso non è meccanica, e ciò anche quando il metodo di applicazione dell'unità di misura sia consolidato dalla prassi o da norme tecniche. L'allineamento a queste ultime è pur sempre espressione di una scelta e l'esito che ne consegue rappresenta un'attività valutativa, in sé non diversa da quella di ogni altra ipotesi di controllo.

Se la verificazione è sempre preliminare all'espressione di un giudizio di conformità, l'effetto tecnico e pratico di maggior rilievo del procedimento di controllo consiste nell'attivazione di conseguenze giuridiche collegate all'esito del giudizio, specie nel caso in cui il giudizio sia negativo. È in ciò che consiste più genuinamente il contenuto del controllo giuridico: l'approvazione o disapprovazione dell'oggetto della verificazione dal punto di vista dell'applicazione del parametro di giudizio, il quale ultimo pertanto definisce la dimensione del controllo.

Criteri diversi possono condurre ad esiti diversi, sicché il criterio di verificazione non è mai indifferente al giudizio, donde l'importanza – quando si analizza una fattispecie di controllo – di porre l'accento sulla natura e sulla conformazione del criterio, che definisce necessariamente natura e conformazione anche del giudizio e quindi del controllo *tout court*[32]. Si avranno così, ad esempio, controlli di legittimità o controlli di merito a seconda che il criterio in base al quale viene svolta l'attività di controllo consista nella conformità ad una regola o si estenda alla convenienza e all'opportunità di una scelta del controllato.

Criteri diversi, inoltre, orientano alla realizzazione di funzioni diverse, ossia sono espressive di una pluralità di *rationes* alla base dell'attribuzione del potere di controllo. Si pensi ad esempio ai controlli sostitutivi o ai controlli repressivi, assai diffusi un tempo in seno all'organizzazione dei pubblici poteri[33]. I primi hanno la funzione di verificare le condizioni di un eventuale sostituzione di un organo o dei suoi componenti, mentre i secondi sono volti a sopprimere o sciogliere un organo. Evidentemente funzioni diverse vengono perseguite tramite attività di controllo che possono avere anche il medesimo oggetto (ad esempio, l'attività di un organo amministrativo) ma sulla base di criteri di verificazione e giudizio diversi.

[32] A questo modello relazionale possono essere ricondotte ipotesi diverse a seconda che la fonte istitutiva del potere di controllo sia l'autonomia privata o la legge, o che l'esercizio del potere di controllo sia obbligatorio o discrezionale, permanente o occasionale, preventivo o successivo all'adozione dell'atto o del comportamento, e a seconda di quale sia l'oggetto della verifica, la natura dei criteri di valutazione, il grado di autonomia di cui dispone il controllante nell'applicazione di tali criteri, ed infine le conseguenze giuridiche associate all'esito del controllo, specie quando esso sia negativo.

[33] Sull'evoluzione storica dei controlli pubblici si discorrerà più approfonditamente *infra*.

Così configurate, si rinvengono fattispecie normative di controllo tanto nel diritto privato quanto nel diritto pubblico[34].

Se si concentra l'attenzione sui controlli relativi all'operato degli organi gestori di enti giuridici, il diritto privato conosce numerose ipotesi normative di controlli, interni ed esterni. Si possono menzionare *in primis* quelli inerenti i rapporti organici infra-societari, come nel caso dei controlli dei soci non amministratori sull'operato degli amministratori (artt. 2261, 2320, 2422 e 2476 c.c.), o dei controlli gestori e contabili da parte di soggetti terzi nelle società di capitali (artt. 2403 e 2477 c.c.); si pensi inoltre ai controlli nei consorzi (art. 2605 c.c.) o nelle associazioni in partecipazione (art. 2552 c.c.)[35].

Tra questo genere di controlli rientrano anche quelli che sono implicati nella disciplina sulla responsabilità degli amministratori dell'associazione regolata dall'art. 22 c.c.: in tanto l'assemblea dispone del potere di promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, in quanto alla prima spetta un potere di controllo diffuso sull'operato di questi ultimi, secondo un principio comune a tutti gli enti a base associativa e che si inscrive nel quadro generale dei rapporti tra organo assembleare ed organo gestorio[36].

---

[34] È interessante notare che tra i cultori del diritto amministrativo si stata posta la questione dell'autonomia concettuale della funzione di controllo in esercizio di poteri di amministrazione rispetto all'esercizio del controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi. Ci si è interrogati in particolare sulla natura del controllo come atto di autotutela amministrativa che come tale mostrerebbe sostanziali affinità con i controlli che il Giudice Amministrativo effettua sugli atti amministrativi, ipotizzando così una macrocategoria di controllo affidato a funzioni pubbliche. Per una sintesi dei termini della questione cfr. Pastori, *Amministrazione locale e controlli*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Vittorio Bachelet, I Amministrazione e organizzazione*, Milano, 1987, p. 473 ss.

[35] La letteratura in materia di controlli societari è vastissima e una rassegna completa sarebbe impensabile. Tra i lavori che più da vicino si occupano del tema dei controlli gestori cfr. Ambrosini, *I poteri dei sindaci*, in Alessi, Abriani, Morera (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, p. 223 ss.; Bosticco, *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2009; De Nicola, *Il diritto dei controlli societari*, Milano, 2010; Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il Codice Civile Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2010, 2, p. 1141 ss.; Benazzo, *Il collegio sindacale,* in Aa.Vv., *Commentario della s.r.l.,* Milano, 2011, p. 728 ss.; Libertini, *Artt. 2397-2409*, in D'Alessandro (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, II ed., t. II, Padova, 2011, p. 195 ss.; Bertolotti, *I sistemi di amministrazione e controllo,* in Cagnasso, Panzani (a cura di), *Le nuove s.p.a.,* Bologna, 2012, p. 4 ss.; Sottoriva, *La riforma del sistema dei controlli nelle s.r.l.*, in *Società*, 2012, p. 1180 ss.; Stella Richter jr., *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni,* in *Riv. soc.*, 2012, p. 663 ss.; Cagnasso, *I controlli nelle s.r.l.*, in Giur.it., 2013, p. 2439 ss.; Abriani, *Il ruolo del collegio sindacale nella* governance *del nuovo millennio*, in Vietti (diretto da), *La governance nelle società di capitali*, Milano, 2013, p. 329 ss.; Montalenti, *Il sistema dei controlli: profili generali*, in Aa.Vv., *Le società per azioni*, in Trattato di diritto commerciale diretto da G. Cottino, IV, Padova, 2010, p. 691 ss.; Id., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in Riv. soc., 2013, p. 42 ss.; Abriani, *L'organo di controllo* (*collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione*), in Tombari (a cura di), *Corporate governance e 'sistema dei controlli' nella s.p.a.,* Torino, 2013, p. 95 ss.; Squarotti, *Le funzioni del collegio sindacale*, in Giur.it., 2013, p. 2181 ss.; S. Rossi, *Art. 2409,* in *Comm. c.c. Gabrielli*, *Artt. 2452-2510*, II, Milano, 2015, p. 565 ss.

[36] Si noti che la dottrina citata nella nota precedente ammette generalmente l'estensione alle associazioni delle più dettagliate disposizioni in materia di poteri di controllo dell'assemblea sugli atti degli amministratori

Le ipotesi anzidette definiscono casi in cui il controllo viene esercitato a protezione di interessi privati ed è preordinato principalmente alla responsabilizzazione dell'ente o dei suoi organi nei confronti dei portatori degli interessi protetti dalla funzione di controllo o alla rimozione degli effetti giuridici degli atti non conformi. I controlli interni agli enti a base associativa individuano un vero e proprio diritto soggettivo al controllo, una prerogativa assegnata dalla legge al socio-associato che connota il ruolo e lo stesso modello organizzativo di tutti gli enti a base associativa, e che costituisce un presidio minimo, suppletivo rispetto all'eventuale istituzione per via statutaria di meccanismi ulteriori di controllo[37].

Nel diritto pubblico, ove la funzione di controllo ha avuto la sua origine storica, il controllo ha rappresentato lo strumento primario di verifica della legittimità o dell'opportunità dell'esercizio di un potere amministrativo in ragione del rispetto delle regole e dei principi che disciplinano tale attività e alla capacità di perseguire gli interessi pubblici a cui tale attività risulta preordinata[38]. Anche il diritto pubblico conosce ipotesi di controllo interno ed esterno e la varietà di fattispecie è qui particolarmente accentuata[39]. L'estensione della funzione di controllo (pubblico) travali-

nelle società, come ad esempio per il caso dell'attribuzione all'assemblea delle associazioni del potere di nomina degli amministratori, in analogia a quanto previsto agli artt. 2364 e 2283 c.c. nelle società per azioni.

37 Definiscono lo statuto legale del diritto individuale al controllo interno del socio stabilito per legge in termini di diritto suppletivo Capelli, *Il controllo individuale del socio di S.r.l. Il modello legale*, Milano, 2017, p. 2 ss.; Zanarone, *Delle società a responsabilità limitata*, *op. cit.*, 59 ss. Si tratta di un diritto che la dottrina sostanzialmente unanime definisce coessenziale al modello associativo, anche nel senso che esso non viene meno nel caso in cui sia previsto per legge un organo di controllo interno o un soggetto terzo che svolga analoga funzione. Cfr. *ex multis* Abriani, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in Giur. comm., 2005, I, p. 157; Buta, *I diritti di controllo del socio di S.r.l.*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, III, p. 590; Cagnasso, *Art. 2476*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, II, 2004, p. 1883; Fregonara, *I nuovi poteri di controllo del socio di società a responsabilità limitata*, in Giur. comm., 2005, I, p. 789.

38 G. Berti, Tumiati, *Controlli amministrativi*, in Enc. dir., X, Milano, 1962, p. 299 ss.; Casulli, *Controllo*, Nov. dig. it., IV, Torino, 1957, p. 729 ss..; M.S. Giannini, *Controllo: nozioni e problemi*, op cit., p. 1263 ss.; Crosetti, *Controlli amministrativi*, *op. cit.*, p. 67; De Giorgi, Cezzi, *I controlli nell'amministrazione moderna*, Bari 1990; S. Cassese (a cura di), *I controlli della pubblica amministrazione*, Bologna, 1993; Lombardi, *Contributo allo studio della funzione di controllo. Controlli interni e attività amministrativa*, Milano, 2003; G. D'Auria, *I controlli*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2003, p. 1343; Tanda, *Controlli amministrativi e modelli di governance della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2012.

39 Il diritto amministrativo conosce organismi aventi specifiche attribuzioni di poteri di controllo nei confronti di altri enti (il caso emblematico è la Corte dei Conti, organismo a cui spetta per attribuzione costituzionale l'esercizio del controllo preventivo di legittimità sugli atti del governo e quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato e degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria) ma anche ipotesi in cui la funzione di controllo è ancillare all'esercizio delle attribuzioni di organismi che non svolgono istituzionalmente funzioni di controllo, come nel caso dei controlli interni degli enti con articolazioni funzionali o territoriali complesse, oppure nel caso di controlli tra enti diversi in relazione alla sovraordinazione del controllore sul controllato. Il controllo è quindi una funzione diffusa all'interno dell'organizzazione

ca anche i confini soggettivi della pubblica amministrazione estendendosi in alcune ipotesi ad atti o attività di soggetti privati, come accade proprio nel caso dei controlli sulle associazioni e fondazioni.

La concezione totalizzante dello Stato, la tradizionale prospettiva geometrica dell'amministrazione pubblica ad impronta gerarchica governata dal principio di statualità dell'interesse pubblico e la conseguente tendenziale esclusività dell'atto amministrativo quale strumento di esplicazione dei poteri (e di perseguimento degli interessi) pubblici, ha sviluppato una concezione della funzione di controllo come strumento che consentiva di mantenere saldo questo impianto organizzativo di stampo verticale. Il controllo consentiva "*un momento di «riesame» circa la rispondenza del singolo atto a determinate norme, destinato a concludersi, a propria volta, con un altro provvedimento incidente […] sull'atto controllato*"[40]. L'inerenza dei controlli al riesame di atti, più che dell'attività del controllato complessivamente intesa, e la loro funzione ultima di conservazione dell'unità dell'ordinamento pubblico e di garanzia del perseguimento dell'interesse pubblico, spiegano la costruzione storica del sistema dei controlli amministrativi prevalentemente come controlli preventivi, di legittimità o di merito.

Con la trasformazione del modello di Stato, e quindi di amministrazione, e la rimodulazione dei rapporti tra poteri amministrativi che ha condotto a partire dagli anni '70 del secolo scorso alla disgregazione del sistema monistico statuale, la funzione di controllo ha adeguato la sua configurazione a queste mutazioni profonde dell'apparto amministrativo[41]. In particolare, la progressiva importanza del principio di effettività dell'azione amministrativa ha mostrato l'insufficienza di un sistema di controlli avente ad oggetto la mera legittimità formale di atti[42], in favore di controlli più penetranti sull'attività della Pubblica Amministrazione. Serviva in altre parole un meccanismo di controllo che consentisse una più accurata verifica di conformità dell'agire amministrativo ai principi generali che governano l'attività ammi-

amministrativa, non solo un'attribuzione istituzionale di specifici enti o organismi. Nel senso di una diffusione generalizzata del potere di controllo cfr. G. D'Auria, *I controlli*, *op. cit.*, p. 545 s.

40 D'Orsogna, *I controlli di efficienza*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, V ed., Milano, 2017, p. 534. Dello stesso avviso Casulli, *Controllo*, *op. cit.*, 729 il quale calibra la nozione generale di controllo sulla funzione di riesame dell'oggetto del controllo stesso.

41 Tra i primi contributi a trattare dell'insufficienza del modello tradizionale del controllo come verifica meramente formale Roehrssen, *I controlli nella organizzazione amministrativa*, *op. cit.*, p. 353; F. Benvenuti, *I controlli amministrativi dello Stato sulla Regione*, in Id., *Scritti giuridici*, IV, 1972, p. 2999 ss.; A.M. Sandulli, *I controlli sugli enti territoriali nella Costituzione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1972, p. 575 ss.; Bennati, *Pluralità dei controlli ed efficienza della pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *L'organizzazione burocratica nella pubblica amministrazione e nelle amministrazioni private*, Milano, 1974, p. 116 ss. Per una recente ricostruzione del percorso di migrazione storica che ha condotto all'avvento dei controlli di efficienza cfr. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 182 s.

42 *Ex multis,* M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 274.

nistrativa[43], più che un controllo utile a conservare l'impianto gerarchico dell'ordinamento pubblico. Si tratta infatti per lo più di controlli di legittimità, ossia di rispondenza a criteri tecnico-giuridici, anziché di merito, ossia improntati ad un riesame dell'opportunità e convenienza delle scelte dell'ente o dell'organo interno. Quest'ultimo genere di controlli risponde ad una logica paternalistica correlata all'ormai inattuale concezione della subordinazione gerarchica come forma di tutela che si esprime nei confronti di enti pubblici minori o articolazioni organiche in posizione subordinata, e che ha condotto alcuni autori a richiamare per certi versi la tutela civilistica in favore degli incapaci[44]. È palese che questa concezione non sia coerente con gli sviluppi attuali del regime dei controlli amministrativi.

4. Il confronto tra le diverse tipologie di controlli nel diritto privato e nel diritto pubblico conduce ad una duplice riflessione. In primo luogo, tanto il diritto privato quanto il diritto pubblico contemplano previsioni normative di controllo (esterno) esercitato su enti di diritto privato. La natura privata del soggetto controllato non rappresenta quindi un elemento di per sé stesso rilevante ai fini della definizione del contenuto dell'attività di controllo. È semmai la natura del controllante che fa la differenza: il controllo pubblico, quand'anche rivolto all'attività di soggetti privati, è posto a tutela di interessi pubblici, mentre quello privato è tendenzialmente funzionale alla tutela di interessi privati e all'esercizio di diritti soggettivi.

Questa duplice riflessione aiuta ad analizzare correttamente la disciplina sui controlli in materia di fondazioni e sui controlli gestori in particolare[45].

---

[43] La logica del controllo sugli atti determina solitamente un controllo preventivo, che impedisce l'esplicazione degli affetti dell'atto prima della verificazione e del giudizio di conformità. I controlli sull'attività sono controlli tendenzialmente sui risultati o sulla gestione, quindi sono controlli successivi, che possono anche coinvolgere la verifica di legittimità di singoli atti, ma non nella considerazione atomistica della loro conformità giuridica, bensì quali indici di giudizio complessivo sulla sequenza procedimentale. Su questi temi, che investono da vicino la varietà delle fattispecie di controllo sulle fondazioni, cfr. in generale G. D'Auria, *I controlli*, *op. cit.*, 550 s.

[44] In tal senso Crosetti, *Controlli amministrativi*, *op. cit.*, 70 il quale mette in evidenza che il termine "tutela" è proprio quello utilizzato nella dogmatica amministrativistica per definire questo genere di controlli di merito. Si pensi ad esempio agli atti di approvazione delle decisioni assunte da enti minori, che costituiva vera e propria condizione legale all'esplicazione di effetti giuridici dell'atto controllato, espressa nella forma di un controllo preventivo di merito sulla rispondenza ai criteri di convenienza ed opportunità (cfr. F. Benvenuti, *Il controllo di merito mediante richiesta di riesame*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1954, p. 377). Per una disamina della funzione di controllo di merito nell'impostazione storica dei rapporti istituzionali tra gli enti amministrativi cfr. Amorth, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, p. 93 ss.; Zanobini, *Osservazioni sulle norme costituzionali relative ai controlli sugli enti locali*, Nuova rass., 1951, p. 3 ss.; Ottaviano, *Merito*, in Noviss. dig. it., X, Torino, 1964, p. 575 ss.; F. Rocco, *Discrezionalità e controllo sul suo esercizio*, Foro it., 1954, IV, col. 5.

[45] L'espressione «controllo di gestione» assume in particolari contesti normativi uno specifico significato, che non deve qui essere confuso con quello che si ricava dalla disciplina in materia di controlli sulle fondazioni. Nel diritto amministrativo, con «controllo di gestione» si fa solitamente riferimento a quel genere di controlli, anche interni, che hanno la specifica funzione di valutare la performance e gli standard qualitativi di uffici o di funzionari pubblici, ossia valutare "la rispondenza dei risultati della gestione amministrativa

Non vi è dubbio che i controlli a cui si riferiscono testualmente le norme in materia di fondazioni siano controlli pubblici, affidati all'autorità competente al fine di valutare il rispetto degli interessi (appunto pubblici) sottesi alla costituzione e alla sopravvivenza nel tempo delle fondazioni[46]. Gli studiosi di diritto pubblico si sono occupati solo marginalmente e in epoche più lontane dell'esercizio dei poteri della Pubblica Amministrazione nelle relazioni di diritto privato, ivi compresi i controlli pubblici sulle fondazioni[47], tema sul quale comprensibilmente si è invece soffermata di più la dottrina civilistica, sebbene in quest'ultimo caso l'attenzione sia stata prevalentemente catalizzata dallo studio dei controlli costitutivi, attributivi della personalità giuridica (oggi disciplinati dall'art. 1, comma 3, d.p.r. 361/2000). Minore attenzione è stata riservata ai controlli successivi sulla gestione dell'ente, in specie quelli disciplinati dall'art. 25 c.c.[48] Il disinteresse per questo segmento disciplinare può in parte essere ricondotto alla scarsità di pronunce giurisdizionali in materia,

alle direttive generali impartite" (art. 4 d.lg. 30.7.1999, n. 286, oggi sostituiti dal d.lg. 30.3.2001, n. 165: cfr. *supra* nota 28). Nel diritto privato vi sono settori disciplinari in cui il controllo di gestione acquista a sua volta specifiche connotazioni: si pensi al giudizio di approvazione del rendiconto finale del curatore fallimentare, che la giurisprudenza qualifica controllo di gestione (cfr. Cass., ord., 5.3.2019, n. 6377, in Fall., 2019, 6, p. 831 ss.). I controlli gestori descritti dall'art. 25 c.c. hanno a loro volta una specificità disciplinare che non consente di attingere agevolmente al di fuori delle previsioni contenute nella disposizione in commento.

46 Per altri esempi di questo genere di controlli su enti privati, si pensi ai controlli della Consob sulle società quotate in borsa, o ai controlli della Banca d'Italia sugli istituti di credito.

47 Della c.d. amministrazione pubblica del diritto privato si era occupato agli inizi del XX secolo Zanobini, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in Riv. dir. pubbl., 1918, I, p. 169 ss. sulla scorta delle riflessioni della dottrina tedesca riconducibili all'opera di Hänel, *Die Verwaltung des Privatrechts in deutschen Staatsrecht*, I, Leipzig, 1892, p. 161 ss. che aveva impiegato l'espressione "Die Verwaltung des Privatrechts" estendendola in generale ad ogni forma di intervento di poteri pubblici nei rapporti di diritto privato, ivi compresa l'attività giurisdizionale, *in primis* quella di volontaria giurisdizione. Cfr. anche M.S. Giannini, *Attività amministrativa*, in Enc. dir., III, Milano, 1958, p. 994. Anche i processualisti tradizionalmente considerano la volontaria giurisdizione vera e propria attività amministrativa che esplica effetti nelle relazioni di diritto privato (Cfr. Mortara, *Commentario al codice di procedura civile*, V, Milano, 1923, p. 28; Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1936, p. 315; Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1942, p. 74; Redenti, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, p. 348; Pajardi, *La giurisdizione volontaria*, Milano, 1963, p. 29 ss.; Zanzucchi, *Il nuovo diritto processuale civile*, Milano, 1964, p. 47; Fazzalari, *Giurisdizione volontaria*, in Enc. Dir., XIX, Milano, 1970, p. 330 ss.; Jannuzzi, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1990, p. 25 ss.; Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 2009, p. 22). Sebbene ricorra nella manualistica di diritto amministrativo la menzione dell'esistenza di poteri della Pubblica Amministrazione di adottare atti destinati a produrre effetti in relazioni di diritto privato, come appunto tipicamente nel caso dell'art. 25 c.c. (cfr. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, *op cit.*, p. 274), il tema tuttavia non è più stato trattato approfonditamente dai cultori del diritto amministrativo. Tra i pochi lavori organici si ricorda Della Ratta Rinaldi, *Amministrazione pubblica del diritto privato e classificazione delle manifestazioni dell'azione amministrativa*, Napoli, 1980 e soprattutto Capozzi, *I controlli amministrativi sulle persone giuridiche private*, Napoli, 1991.

48 Tra i contributi della letteratura privatistica in materia di controlli gestori sulle fondazioni Galgano, *Delle persone giuridiche*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna, 1976; C.M. Bianca, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, rist. agg., Milano, 1990, p. 321 ss.; De Giorgi, *Il controllo sull'amministrazione*

interpretato come sintomo di una marginale rilevanza pratica di questi meccanismi. Tuttavia il ruolo sistematico dell'art. 25 c.c. è tutt'altro che secondario, specie nel confronto con le nuove tipologie di fondazioni a carattere associativo. L'adozione di alcune recenti pronunce giurisprudenziali in materia di controlli gestori nelle fondazioni - pur nell'infrequenza giurisprudenziale complessiva in materia di controlli sulle fondazioni - dimostrano la rilevanza di questo tema nella definizione complessiva di un "nuovo" statuto della fondazione.

La disciplina sui controlli gestori nelle associazioni e nelle fondazioni è significativamente differente. Solo nel caso delle fondazioni il Codice Civile prevede una disposizione espressa (il già richiamato art. 25 c.c.)[49], che assegna all'autorità amministrativa tale compito, mentre la valutazione della conformità alla legge e ai patti statutari degli amministratori delle associazioni è assorbito nel più ampio rapporto tra assemblea degli associati ed organo amministrativo. Si è detto in dottrina, a proposito della previsione legislativa di un controllo esterno dell'amministrazione delle fondazioni, che la scelta si spiegherebbe proprio in ragione dell'assenza di un dispositivo interno di controllo analogo a quello delle associazioni[50] che consenta anche di tutelare le ragioni dei creditori dell'ente[51]. Rispetto all'esigenza di "*assicurare che il patrimonio di fondazione sia effettivamente destinato allo scopo voluto dal fondatore*"[52], non disponendo di organismi interni a cui affidare tale funzione, il legislatore del 1942 ha scelto di coinvolgere anche in tal caso l'Amministrazione Pubblica, in coerenza con l'attribuzione pubblica di ogni altra forma di controllo. Donde la *ratio* della previsione di controlli esterni e pubblici sull'amministrazione delle fondazioni a fronte di controlli interni e, quindi, con carattere di controlli privati per l'amministrazione delle associazioni[53].

delle fondazioni, in Nuova giur civ. comm., 1999, I, 786; Basile, *Le persone giuridiche*, in Trattato Iudica Zatti, Milano, 2003, *passim*.

[49] Una risalente opzione interpretativa riteneva applicabile anche alle associazioni (riconosciute) l'art. 25 c.c. Cfr. Ferrara sr., *Le persone giuridiche*, *op. cit.*, p. 353. Si vedano contra le puntuali annotazioni di Galgano, *Delle persone giuridiche*, *op. ult. cit*., 394.

[50] Ferrara sr, *Le persone giuridiche*, *op. ult. cit., ibidem*; Costi, *Fondazione e impresa*, in Riv. dir. comm., 1968, p. 14; Bonilini, Confortini, Granelli, *Codice civile commentato - Art. 25*, Torino, 2012, p. 96; Barba, Pagliantini, *Art. 25*, in *Commentario del Codice Civile diretto da E. Gabrielli*, Torino, 2014, p. 247 s. Anche in giurisprudenza viene data analoga lettura alla previsione testuale di un controllo esterno per l'amministrazione delle fondazioni. Cfr. T.A.R. Lombardia, 23.6.2000, n. 4598, in Giust. civ., 2001, I, p. 279 con nota di Berlucchi.

[51] G. Napolitano, *I controlli amministrativi sulle fondazioni*, in Banca borsa, 2005, I, p. 288.

[52] Galgano, *Delle persone giuridiche*, *op. ult. cit*., p. 341.

[53] L'art. 23, comma 4, c.c. prevede l'attribuzione anche all'Amministrazione competente del potere di sospensione dell'esecuzione delle deliberazioni dell'amministrazione delle associazioni nel caso di contrarietà a norme imperative, buon costume e ordine pubblico (cfr. anche l'art. 9 disp. att. c.c. che detta la disciplina di dettaglio). Esiste quindi una previsione normativa espressa di controllo pubblico (di tipo preventivo) sull'operato delle associazioni, ma non è rivolta all'organo gestorio, bensì a quello assembleare. La norma è stata ritenuta applicabile da una giurisprudenza risalente anche alle fondazioni (cfr. Cass., 19.10.1964, n. 2622 in Foro it., 1965, I, p. 666 ss.) ma la dottrina è unanimemente contraria (cfr. Capozzi, *I controlli*

L'assetto legislativo dei controlli gestori delle fondazioni non può tuttavia essere spiegato solamente per via della mancanza di un organismo assembleare. Così impostata la lettura delle due opzioni normative, le soluzioni del controllo affidato ad un soggetto terzo e di quello esercitato dall'assemblea sembrerebbero porsi sullo stesso livello, quasi fossero opzioni alternative, tecnicamente diverse ma idonee a svolgere la medesima funzione. Le due forme di controllo hanno invece natura e funzione diversa, anche e soprattutto alla luce della trasformazione del sistema di controllo pubblico sugli enti non lucrativi.

Come già evidenziato, gli interessi coinvolti nei controlli interni affidati all'assemblea sono inerenti alla tutela di interessi privati non alla protezione di interessi pubblici. La funzione di verifica è orientata ad un esito che ha significati diversi: l'attivazione di meccanismi di tutela dei diritti degli associati, da un lato, e la piena realizzazione dell'interesse pubblico dall'altro, declinato specificamente nello scopo di pubblica utilità scelto dal fondatore[54]. Per di più, sebbene il controllo pubblico delle fondazioni sia di mera legittimità, anche rispetto all'attività gestoria, l'attivazione del meccanismo di controllo è doveroso per la Pubblica Amministrazione, mentre in presenza di un organo assembleare è rimesso alla scelta individuale degli associati, ai quali solamente spetta valutare se e quando esercitare ciò che per loro è un diritto soggettivo.

5. Serve a questo punto confrontarsi più da vicino con il testo normativo. L'art. 25 si compone di due parti. Il primo comma, dopo aver assegnato il potere di controllo e di vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni alla "autorità governativa"[55], declina l'esercizio di tale potere in tre direzioni: la nomina e sostituzione "*degli amministratori o dei rappresentanti*" della fondazione in caso di inattuazione delle disposizioni statutarie, l'annullamento "*con provvedimento definitivo*" delle deliberazioni illegittime assunte dall'organo amministrativo e il suo scioglimento[56], con eventuale nomina di un commissario straordinario, in caso di violazione delle regole statutarie o di iniziative incoerenti con lo scopo della fondazione. I successivi due commi contengono invece disposizioni conseguenziali, rispettivamente, al potere di annullamento degli atti di amministrazione della fondazione (il secondo comma assicura la salvezza dei diritti acquistati dai terzi dall'esecuzione della deliberazione

amministrativi sulle persone giuridiche private, *op. cit.*, p. 126 s.; Galgano, *Delle persone giuridiche*, *op. ult. cit.*, p. 240, nota 3).

54 Costi, *Fondazione e impresa*, *op. cit.*, p. 14; Tamburrino, *Persone giuridiche. Associazioni non riconosciute, comitati*, Torino, 1997, p. 261; Vittoria, *Gli enti del primo libro del Codice Civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in Rescigno (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, p. 69 ss.

55 Nell'evoluzione delle competenze amministrative in materia di controlli sulle fondazioni, l'art. 5 del d.p.r. 361/2000 prevede che i relativi poteri siano esercitati "dalle prefetture ovvero dalle regioni o dalle province autonome competenti" per gli enti che operano nei settori attribuiti alla competenza regionale e le cui finalità statutarie si esauriscano all'interno del territorio di una sola regione.

56 Cagnasso, *I controlli sugli atti di straordinaria amministrazione delle persone giuridiche private*, in Supplemento a Vita notarile, 1982, p. 98.

poi annullata) e all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (il terzo comma precisa che l'azione possa essere esercitata "*dal commissario straordinario, dai liquidatori o dai nuovi amministratori*" previa autorizzazione dall'autorità competente).

Una prima riflessione va dedicata al riferimento testuale, accanto al controllo, all'attività di vigilanza. A prima lettura, il riferimento a queste due attività inclina a considerare che il contenuto dell'attività descritta dalla disposizione in esame sia duplice, e che oltre all'attività di controllo, l'Amministrazione Pubblica sia tenuta ad una seconda ed ulteriore attività di vigilanza. Considerazioni testuali e di sistema conducono invece a ritenere che la funzione di controllo e vigilanza sia riassumibile in ciò che sopra è stata individuata come nozione minima di controllo, e che pertanto il riferimento alla vigilanza non ampli il contenuto dell'attività descritta già con l'assegnazione del potere di controllo.

L'incapacità di ricavare dal sistema normativo una precisa definizione dell'istituto del controllo richiede all'interprete una certa dose di elasticità nel comporre, di volta in volta, il suo contenuto, non potendo confidare nell'univocità delle indicazioni testuali. Questa indicazione ermeneutica vale non solo nel senso di contestualizzare l'uso normativo partendo dal contenuto minimo della nozione di controllo, ma anche a considerare che il perimetro concettuale del controllo non è disegnato con nettezza. Quest'ultima considerazione torna utile proprio quando il testo normativo ponga a confronto concetti dotati di una certa dose di indeterminazione semantica, come accade proprio nel caso del controllo e della vigilanza, che tendono ad identificare rapporti giuridici, attività e funzioni assai simili. La dottrina che si è specificamente occupata dell'attività di vigilanza, con particolare riferimento a quella assegnata ad Amministrazioni Pubbliche, definisce la relativa attività in termini analoghi a quelli del controllo. Anche la vigilanza identifica una relazione tra due entità ove l'una è assoggettata all'attività di verifica di rispondenza a canoni da parte dell'altra, con la possibile adozione di iniziative conseguenti all'esito del giudizio di conformità; e anche in relazione ad essa viene registrato un uso normativo estremamente variegato, tale da rendere difficile l'assegnazione di un valore dogmatico all'istituto[57]. L'affinità con il controllo ha indotto la dottrina maggioritaria a ricondurre la vigilanza ai controlli, in specie quelli di legittimità[58], accettando una contiguità di senso tra

[57] Si veda in particolare Valentini, *Vigilanza (dir. amm.)*, in Enc. Dir., XLVI, Milano, 1993, p. 702 ss.; Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 201. In generale sulla vigilanza attribuita ad enti pubblici cfr. Arcidiacono, *La vigilanza nel diritto pubblico. Aspetti problematici e profili ricostruttivi*, Padova, 1984; Stipo, *Vigilanza e tutela (dir. amm.)*, in Enc. Giur. Treccani, XXXII, Roma, 1994, p. 6 ss.. Segnala l'insufficiente sforzo ricostruttivo dell'istituto della vigilanza Amorosino, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in Bani, Giusti (a cura di), *Vigilanze economiche. Le regole e gli effetti*, Padova, 2004, p. 41, anche in Riv. trim. dir. amm., 2004, p. 723 ss.

[58] Stipo, *Vigilanza e tutela (dir. amm.)*, *op. cit*., 2; Valentini, *Vigilanza (dir. amm.)*, *op. cit.,* p. 705 e p. 708 s., ove in particolare si critica il tentativo (Arcidiacono, *La vigilanza nel diritto pubblico. Aspetti problematici e profili ricostruttivi*, *op. cit.*, *passim* e specialmente p. 108 ss.) di ritagliare un significato autonomo all'attività di vigilanza, riconducendo quest'ultima al controllo, sebbene non al mero controllo di legittimità. Con

controllo e vigilanza che si ritrova nelle oscillanti adozioni testuali delle rispettive disposizioni normative.

La vigilanza, come il controllo, individua un certo tipo di relazione caratterizzata da un certo grado di supremazia non identificabile in una fattispecie tipica, bensì in una connotazione asimmetrica tra controllate/vigilante e controllato/vigilato, a cui è associata una funzione di verifica e un potere di intervento che nel contesto che si tinge di pubblico interesse quando l'incaricato della funzione di controllo/vigilanza sia un ente pubblico[59].

La sostanziale contiguità giuridica tra vigilanza e controllo, quanto alla definizione della relazione descritta da questi due termini, non toglie che la radice semantica della vigilanza[60] spieghi il suo utilizzo normativo prevalentemente laddove serva enfatizzare una più generale funzione di sorveglianza che il vigilante eserciti nei confronti del vigilato, ossia quando la relazione sottostante si contraddistingua per una particolare intensità degli effetti giuridici del giudizio di conformità.

Quest'ultima considerazione ci riporta al contenuto e al senso dell'art. 25 c.c. Nello scenario storico in cui questa norma è stata redatta, la sottomissione delle fondazioni ad un potere pubblico invasivo ed esteso anche all'attività gestoria spiega la scelta dell'affiancamento testuale al controllo della vigilanza, la cui ricorrenza testuale non accresce tuttavia il significato complessivo dell'attività assegnata alle Amministrazioni competenti da questa previsione, come già rilevato. Del resto la rubrica dell'art. 25 fa riferimento al solo controllo, e non anche alla vigilanza, né nel testo della disposizione si rinvengono distinte attività riconducibili ora al controllo, ora alla vigilanza. In assenza quindi anche di una concreta utilità nel distinguere un'ipotetica attività di controllo da una di vigilanza, si rafforza l'idea che la disposizione in commento definisca un'attività unitaria descritta dall'endiadi "controllo-vigilanza", che al più testimonia l'idea del rapporto di sottomissione quasi gerarchica della fondazione all'Amministrazione statuale nella precomprensione della relazione di controllo da parte del legislatore storico.

Tanto precisato, si può tornare all'esegesi del testo normativo. Il primo comma è quello che desta maggiore interesse nell'analisi della natura del controllo sull'amministrazione delle fondazioni. L'articolazione del testo non segue un'esposizione lineare: all'iniziale attribuzione del potere di controllo e vigilanza all'Autorità amministrativa, segue *de plano* l'articolazione di tre specifici poteri di intervento dell'autorità

riferimento ai controlli sulle attività economiche e sul mercato, nella stessa direzione Berti, Marzona, *Controlli amministrativi*, in Enc. Dir., III, Milano, 1999, p. 459.

59 Non condivide l'identificazione del vigilanza nel controllo con riferimento particolare alla vigilanza sul mercato finanziario Monaci, *La struttura della vigilanza sul mercato finanziario*, Milano, 2007, p. 2 secondo il quale la vigilanza tende ad investire il complesso dell'attività del vigilato, a differenza del controllo che opera con riferimento ad atti o attività definite in modo puntuale. Tale differenziazione viene però ricondotta alla concezione del controllo di legittimità, ossia ad una ben precisa forma di controllo, in cui non si esaurisce ogni forma di controllo. Mantenendo una nozione più rarefatta di controllo, neutrale rispetto al suo oggetto e ai criteri di valutazione, anche questo Autore giunge a ricondurre la vigilanza al controllo.

60 La *somni parcitas* come ricorda Valentini, *Vigilanza (dir. amm.)*, *op. cit.*, p. 703.

amministrativa, senza una facile chiave di lettura del coordinamento tra la previsione attributiva d'esordio e i tre poteri che seguono. Questi ultimi potrebbero essere teoricamente intesi come poteri ulteriori e diversi da quello di controllo e vigilanza in virtù dell'interpunzione che separa le due proposizioni normative. Sembra tuttavia più coerente con il significato complessivo del testo ritenere che l'attribuzione della competenza pubblica sul controllo e sulla vigilanza degli atti di amministrazione delle fondazioni venga declinato nei successivi specifici poteri di nomina, sostituzione, annullamento e scioglimento dell'organo amministrativo, i quali pertanto definiscono le tre ipotesi di controllo sull'amministrazione delle fondazioni in caso di esito negativo dello stesso intervento e i relativi conseguenti effetti[61].

Ciò significa che la funzione di controllo ex art. 25 c.c. ha un perimetro ben definito, sia in termini di oggetto dell'attività di controllo sia rispetto alle sue conseguenze. Non si tratta dunque di una competenza di carattere generale, né di un potere connotato da significativa discrezionalità.

Poiché il testo normativo non definisce il contenuto del potere di controllo, limitandosi ad individuare il titolare pubblico di tale potere, la disposizione normativa lascia aperta la questione dell'individuazione dei parametri della verificazione.

Vigente il regime originario di riconoscimento per gli enti senza scopo di lucro, la dottrina tendenzialmente considerava i controlli previsti all'art. 25 c.c. come controlli di merito[62]; una ricaduta sull'amministrazione del patrimonio della fondazione dell'originaria scelta di politica legislativa di assoggettamento dell'esistenza (e quindi anche della persistenza) della fondazione al conseguimento di un interesse pubblico, consacrato nella formula dello scopo di pubblica utilità. Il d.p.r. n. 361/2000, nel riformare il regime dei controlli, ha modificato i parametri del solo controllo costitutivo, ridisegnando la dimensione e l'incidenza di quest'ultimo rispetto all'autonomia privata, che ha conquistato a sé il territorio prima presidiato dalla connotazione pubblica dello scopo[63]. Nel far ciò, il d.p.r. n. 361/2000 ha abrogato fra gli altri l'art. 12 c.c., ma non anche l'art. 25 c.c., che è rimasto nella trama legislativa vigente pur es-

[61] Capozzi, *I controlli amministrativi sulle persone giuridiche private*, *op. cit.*, p. 127 ss. propone una distinzione di queste forme di controllo in due categorie: poteri repressivi con riferimento all'annullamento delle delibere dell'organo amministrativo (cui si collega anche la previsione del comma 3 riferita all'esercizio dell'azione di responsabilità) e di scioglimento e nomina di un commissario straordinario, e potere sostitutivo quando l'autorità competente intervenga a nominare o sostituire rappresentanti ed amministratori.

[62] Ferrara sr., *Le persone giuridiche*, *op. cit.*, 239; Capozzi, *I controlli sulle persone giuridiche private*, *op. cit.*, p. 129. Contra però Galgano, *Delle persone giuridiche*, *op. ult. cit.*, p. 343.

[63] A proposito del dibattito sulla natura pubblica dello scopo delle fondazioni cfr. Preite, *Lo scopo negli enti del primo libro del Codice Civile: nuovi sviluppi in dottrina e giurisprudenza,* in Ponzanelli (a cura di), *Gli enti «non profit» in Italia*, Padova, 1994, p. 285 s.; Scalisi, *Lo scopo della fondazione. Le fondazioni di famiglia. Impresa di fondazione e fondazioni d'impresa*, in Casi e questioni di diritto privato, diretto da Bessone, Milano, I, 1993, p. 462 ss.; Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, *op. cit.*, p. 45 ss.; Vittoria, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione: evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in Riv. dir. comm., 1975, p. 301 ss. A prescindere dalla natura pubblica o privata dello scopo, evidenzia l'essenzialità causale al tipo fondazionale della definizione di uno scopo eterodestinato cfr. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, *op. cit.*, p. 101 ss.

sendo mutata significativamente l'originaria impronta disciplinare. Orfani del sistema concessorio di origine, funzione e "senso" della disciplina dei controlli amministrativi nelle fondazioni debbono essere pertanto ricalibrati.

Si riesce a cogliere appieno la necessità di un ripensamento riprendendo il confronto tra i sistemi di controllo gestorio (interno e privato) delle associazioni e (esterno e pubblico) delle fondazioni. I controlli dell'assemblea di un ente a base associativa sono tesi alla tutela degli interessi espressi dalla collettività dell'organismo rappresentativo degli associati; sono a pieno titolo controlli di diritto privato. Diversamente, i controlli effettuati dalle Prefetture o dalle Regioni sull'attività delle fondazioni sono volti alla verifica della sua omogeneità con gli interessi (pubblici) che questi organi sono chiamati a tutelare e che sono diversi dagli interessi (privati) del ceto degli associati. Si tratta quindi di controlli pubblici.

La diversità dei due sistemi si riflette nell'eterogeneità del loro oggetto e delle conseguenze giuridiche ad esso connesse. L'assemblea, nell'esercitare il controllo sull'organo amministrativo dell'associazione, può giungere a fissare direttive di carattere generale o particolare a cui l'organo amministrativo deve attenersi e può condurre alla revoca o sostituzione di alcuni o tutti gli amministratori qualora le decisioni di questi ultimi si disallineino dalle previsioni statutarie o dalle stesse direttive dell'assemblea. Ciò non può accadere oggi nel caso dei controlli gestori nelle fondazioni, non solo – e non tanto - perché un simile esito del controllo non è previsto testualmente, ma soprattutto perché non è coerente con la natura dei controlli di legittimità introdotti dalla riforma del 2000[64]. Anche il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni può condurre alla revoca o sostituzione degli amministratori, ma le ragioni sono riferite all'inattuazione delle "*disposizioni contenute nell'atto di fondazione*" e solo a quelle[65]. L'intensità del controllo è quindi maggiore nel caso dei controlli interni dell'assemblea rispetto a quelli attribuiti alla Pub-

[64] In tal senso si leggano le osservazioni di C.M. Bianca, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, rist. agg., Milano, 1990, p. 321 ancor più pregnanti dopo la riforma del sistema dei controlli. Nella medesima direzione in giurisprudenza cfr. T.A.R. Calabria, 29.3.2011, n. 416 in banca dati online DeJure ove si afferma che "il controllo esercitato dall'Amministrazione sulle fondazioni non conferisce all'Autorità vigilante poteri d'indirizzo, oppure poteri che consentano l'imposizione all'ente di modalità organizzative diverse da quelle prescelte, ma può soltanto consentire di riportare le circostanze concrete entro le previsioni di legge, qualora si verifichi una delle situazioni previste dall'art. 25"

[65] Per altro verso, all'esito del controllo ex art. 25 c.c. l'autorità competente può provvedere direttamente all'annullamento degli atti dell'amministrazione della fondazione qualora siano contrari "a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico e al buon costume", e quindi nell'esercizio di un potere che nel caso delle associazioni (come per le società) è riservato all'autorità giudiziaria e solo in caso di conflitto tra "parti" in contrasto, ossia tra l'assemblea e l'organo amministrativo Significativo in tal senso Cons. St., 19.4.1974, n. 291 in banca dati online DeJure ove si legge "L'intervento dell'autorità governativa nella gestione dell'amministrazione di una fondazione ha finalità e portata diverse, più estese e penetranti rispetto ai provvedimenti adottati dall'autorità giudiziaria ordinaria, essendo preordinato a normalizzare compiutamente, con i poteri che la legge attribuisce all'autorità amministrativa, la situazione dell'ente, al di fuori delle contrapposizioni di parti in contrasto". In senso sostanzialmente conforme T.A.R. Lombardia, Milano, 23.6.2000, n. 4598 in banca dati online DeJure.

blica Amministrazione dall'art. 25 c.c. Il mutamento sostanziale del sistema di controlli sulle fondazioni ha infatti relegato il controllo-vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni alle sole ipotesi di illegittimità formale ed ha accentuato l'eterogeneità dei due sistemi di controllo.

Viene allora da chiedersi se questa eterogeneità implichi la reciproca incompatibilità dei due sistemi di controllo, o invece ne consenta la coesistenza in ragione della loro collocazione su piani non collidenti. Quest'ultima ipotesi è quella che si sta facendo largo nella prassi, anche in ragione dell'inesistenza di divieti espressi per le fondazioni di dotarsi di un sistema di controllo interno di natura privata, ulteriore e diverso da quello che l'art. 25 c.c. assegna alla Pubblica Amministrazione.

L'istituzione di fondazioni in cui è statutariamente previsto un organo rappresentativo degli interessi dei fondatori o "promotori" assimilabile in un certo senso all'assemblea degli associati, segnala l'effettiva possibilità di una convivenza tra sistema privato e pubblico di controllo gestorio. Non vi è dubbio che l'art. 25 c.c. si applichi anche a queste fondazioni, poiché il suo ambito soggettivo di applicazione non conosce limitazioni "tipologiche", prescinde dalla specifica struttura organizzativa che il fondatore abbia conferito all'ente. Al controllo pubblico di legittimità, allora, si può affiancare un controllo interno esercitato in seno all'organo rappresentativo. E non serve ipotizzare un'applicazione estensiva o analogica della disciplina contenuta negli artt. 20-23 c.c.[66]; il fondamento della creazione di un sistema interno di controllo nelle fondazioni sta nell'autonomia statuaria del fondatore, in assenza per l'appunto di un limite legale[67].

Sciogliendo il dubbio posto poc'anzi, allora, la diversità di natura e di funzione tra i due controlli e la forza irriducibile dell'autonomia statutaria rende gli stessi compatibili purché naturalmente diretti ad assicurare funzioni diverse e a proteggere interessi eterogenei[68].

---

[66] Non vi è dubbio, però, che il ridimensionamento della discrasia tra associazione e fondazione aiuti a maturare la consapevolezza di una possibile convivenza tra un modello di controllo pubblico definito *ex lege* e un controllo privato istituito per libera iniziativa del fondatore. La letteratura civilistica non è stata pronta ad acquisire sino in fondo le trasformazioni normative e di contesto istituzionale a livello di definizione delle possibili configurazioni dei controlli gestori delle fondazioni. Il potere suggestivo dell'alternativa radicale tra associazioni e fondazioni ha alimentato l'immagine della fondazione quale strumento di segregazione patrimoniale necessariamente bilanciato da un controllo pubblico, sopravvissuta in dottrina anche dopo l'abrogazione del sistema dei controlli di merito. Alcuni autori, tuttavia, avevano proposto sin dalla fine degli anni '80 del secolo scorso una radicale riconsiderazione dei presupposti concettuali su cui si basava la rappresentazione tradizionale della natura della fondazione, enfatizzando – pur con diversi accenti - la rottura del nesso tra controlli pubblici e ingerenza nelle vicende fondazionali. Il riferimento va principalmente al già citato lavoro di Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, *op. cit.*, *passim*.

[67] Come già notato, il potere di controllo è insito nel rapporto tra organo rappresentativo degli interessi degli «associati» in senso lato e organo amministrativo del medesimo ente, e quindi sembra una naturale conseguenza di strutture organizzative come quelle delle fondazioni di partecipazione o di comunità l'affiancamento di un controllo interno (privato) al controllo pubblico dell'art. 25 c.c.

[68] Sarebbe arduo ipotizzare in via ermeneutica che la *ratio* dell'art. 25 c.c. debba essere intesa nel senso che la verifica di compatibilità in essa prevista è esclusa in presenza di un organismo equiparabile all'assemblea

La direttrice del cambiamento di prospettiva è dunque l'apertura all'autonomia privata, che ridefinisce l'equilibrio tra interesse privato e interesse pubblico nella regolazione delle vicende della fondazione. Venuto meno il controllo pubblico di tipo conformativo, è corrispondentemente mutato il rapporto tra autonomia privata e controllo pubblico a vantaggio della prima, affievolendo l'immagine della fondazione come ente para-pubblico o a legittimità vigilata[69].

Può forse tornare attuale la critica mossa già tempo addietro al vigente sistema dei controlli gestori delle fondazioni[70]. La critica coglie nel segno non tanto rispetto alla scelta in sé di affidare la funzione di controllo ad un soggetto esterno, che non può essere evitata qualora non vi fosse un'alternativa organica interna, ma per aver lasciato immutata la scelta di un controllo pubblico (diverso da quello giudiziario). Il perdurare di un controllo affidato alla Pubblica Amministrazione protrae l'idea della pubblica utilità dello scopo della fondazione che non rappresenta più il contenuto necessario degli statuti di fondazione.

6. Un segnale di consapevolezza da parte del legislatore della necessità di superare definitivamente il sistema pubblico dei controlli gestori sulle fondazioni proviene dal Codice del Terzo Settore. Nelle disposizioni dedicate ad associazioni e fondazioni quali Enti del Terzo Settore (ETS)[71], il potere di controllo è attribuito ad un organo privato, non ad una Pubblica Amministrazione. L'art. 30 prevede, infatti, che il controllo sulle fondazioni ETS sia affidato ad un organo di controllo privato,

associativa, così come lo sarebbe ipotizzare – all'inverso – che un organo rappresentativo degli interessi privati dei fondatori o promotori non possa essere destinatario di una funzione statutaria di controllo gestorio. Ipotizzava l'istituzione di un organismo simile all'assemblea delle associazioni nelle schede fondazionali Rescigno, *Fondazione (dir. civ.)*, in Enc. del dir., XVII, Milano, 1968, p. 790 ss., anche in Id., *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, 37 ss.

69 In generale sull'evoluzione giurisprudenziale cfr. Domenichini, Pratelli, *Rassegna di giurisprudenza. Fusioni, scissioni e trasformazioni*, in Giur comm., 2018, p. 559 ss. a cui si rinvia per la rassegna giurisprudenziale.

70 Predieri, *Proposte per una nuova disciplina legislativa delle fondazioni e degli istituti privati di cultura in Italia*, in Aa.Vv., *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali*, Roma, 1967, p. 154.

71 Il Codice del Terzo Settore ha mantenuto le distinzioni tra le forme organizzative preesistenti degli enti non lucrativi, ciò che rappresenterebbe secondo alcuni uno dei suoi limiti principali, cfr. Borzaga, *Opportunità e limiti della riforma del terzo settore*, in Fici (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale: una introduzione*, Napoli, 2018, p. 63. Il Titolo IV del Codice del Terzo Settore, che si occupa di enti del terzo settore con forma di associazioni e fondazioni, ha di fatto esteso la disciplina prevista per gli enti societari alle associazioni e fondazioni enti del terzo settore. Ciò che non sorprende per le associazioni, perché è un'estensione già ammessa tradizionalmente trattandosi di modelli di enti associativi, ma è un inedito per le fondazioni (così, Sama, *Dalla legge di riforma al "Codice del terzo settore": alcuni profili introduttivi*, in Resp. civ. prev., 2018, p. 2083 ss.). Su questi temi cfr. anche Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in Riv. not., 2018, p. 29 ss.; E. Quadri, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in Nuova giur. civ. comm., 5, 2018, p. 708 ss. Per una considerazione sul posizionamento di associazioni e fondazioni su un medesimo livello rispetto alla scelta individuale della forma soggettiva dell'ente del terzo settore vedi anche Lipari, *Il ruolo del terzo settore nella crisi dello Stato*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2018, p. 637.

esplicitamente sagomato sul modello del collegio sindacale delle società per azioni[72] e al quale è assegnata una competenza ampia. I commi 6 e 7 assegnano infatti all'organo di controllo sia compiti di carattere generale (vigilanza sul rispetto della legge, dello statuto e del rispetto dei principi di corretta amministrazione), sia altri più specifici, come nel caso della verifica di "*adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile*" nonché del "*concreto funzionamento*" dell'ente (comma 6), o del "*monitoraggio dell'osservanza delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale*" (comma 7).

Il legislatore del 2017 ha così ritenuto coerente con la natura della fondazione la creazione di un organo di controllo interno, non pubblico, a presidio del rispetto non solo della legittimità delle decisioni dell'organo amministrativo, ma anche più in generale della correttezza dell'operato dell'ente. La molteplicità dei profili del potere di controllo affidati all'organo entrano così nel merito della conduzione dell'attività dell'ente, ma senza replicare la configurazione storica del controllo gestorio affidato ad un ante pubblico.

La lettura sinottica dell'art. 30, commi 6 e 7, del Codice del Terzo Settore e dell'art. 25 c.c., nella prospettiva di quanto rilevato in merito alla natura dei controlli sull'amministrazione delle fondazioni, evidenzia la significativa differenza di approccio. Da un lato, il controllo descritto all'art. 25 c.c. deve restare confinato nei termini di una verifica di stretta legittimità, senza scendere – neppure indirettamente – in una valutazione di merito. La giurisprudenza amministrativa ha sostenuto con un certa nettezza questa connotazione funzionale dei controlli gestori delle fondazioni descritta dal Codice Civile[73]. I controlli sulle fondazioni del terzo settore, invece, si estendono alla "*adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile*" e al "*suo corretto funzionamento*", ciò che comporta inevitabilmente per l'organo di controllo di non arrestarsi alla verificazione del rispetto delle regole legali e statutarie, ma di spingersi a valutare l'amministrazione dell'ente secondo criteri di buona amministrazione, opportunità e convenienza. L'adeguatezza degli assetti gestori e il loro corretto funzionamento sono apprezzabili sul piano di una valutazione

[72] Il comma 5 richiama espressamente gli artt. 2397 e 2399 c.c. quanto alle caratteristiche soggettive dei componenti dell'organo di controllo.

[73] Cfr. la già citata decisione del T.A.R. Calabria, 29.3.2011, n. 416 e nello stesso senso più di recente Trib. Napoli, 5.2.2018, in Giur. comm., 2018, 6, II, p. 1049. Ammette una valutazione di merito sull'operato degli amministratori della fondazione, ma per approdare ad un controllo di legittimità sulle loro scelte gestorie Galgano, *Delle persone giuridiche*, *op. ult. cit.*, 394. la giurisprudenza ordinaria registra recenti orientamenti di merito che aprono espressamente alla possibilità di un controllo dell'autorità giudiziaria ordinaria qualora si verifichi la lesione di un diritto soggettivo. Così espressamente la sentenza del Tribunale di Napoli citata nella nota precedente in distonia con quanto deciso in passato da altre corti di merito, in particolare da Trib. Salerno, 27.1.1999 da cui è originato il contributo di De Giorgi, *Il controllo sull'amministrazione delle fondazioni*, *op. cit.*, p. 786 ss. Ha preso espressamente posizione in tal senso Basile, *Le persone giuridiche*, *op. cit.*, p. 209.

in concreto dell'esercizio dell'attività amministrativa rispetto a parametri di sostanziale convenienza[74].

Il cambiamento di direzione del legislatore del 2017, che ha optato per un controllo interno e di merito anche per le fondazioni ETS, è sintomatico del percorso di allontanamento dal modello storico dei controlli gestori delle fondazioni nel Codice Civile. Proprio laddove il legislatore ha percepito l'importanza di un controllo pervasivo sull'operato della fondazione che ambisca ad essere iscritta come ETS, ha scelto di non accontentarsi del controllo di legittimità dell'art. 25 c.c. ed ha istituito un controllo interno, ritenuto adeguato e compatibile con l'esercizio di un controllo sull'amministrazione di fondazioni certamente non individualistiche quanto allo scopo e all'attività. Proprio la connotazione pubblicistica dei caratteri che tutti gli ETS debbono possedere ex art. 4 del Codice del Terzo Settore quanto a finalità istituzionali ("*civiche, solidaristiche e di utilità sociale*") ed attività ("*di interesse generale*") che devono essere svolte, non ha condotto ad un ritorno al passato e quindi all'attribuzione di nuovi e più intensi poteri di controllo alla Pubblica Amministrazione, ma ha richiesto la specifica previsione statutaria di un organismo di controllo assimilabile al collegio sindacale nelle società di capitali. L'art. 30 del Codice del Terzo Settore conferma quindi la compatibilità di una previsione statutaria di un meccanismo interno di controllo sull'operato dell'organo amministrativo con la previsione dei controlli (pubblici e di legittimità) dell'art. 25 c.c.

7. Le indicazioni che giungono dalla fenomenologia pratica e dalle più recenti iniziative legislative muovono ad una riconsiderazione complessiva della disciplina dei controlli gestori e, più in generale, della natura delle fondazioni.

Dall'originaria concezione di "*figura, formalmente, di diritto privato, e, sostanzialmente, di diritto pubblico*"[75], la fondazione ha visto allargare progressivamente l'incidenza dell'autonomia privata nella definizione della sua struttura organizzativa. Il ridimensionamento dell'intensità dei controlli pubblici ancora presenti nell'articolato normativo, esorta a rileggere la disciplina sulle fondazioni enfatizzando la semplicità dell'articolato normativo non in termini di povertà, ma come una risorsa per consentire all'autonomia privata di andare al di là dell'icona della fondazione di erogazione.

Lo spostamento del crinale tra autonomia privata e governo pubblico in favore della prima non è rallentato dalla permanenza dell'art. 25 c.c. una volta compresa appieno la metamorfosi dei controlli pubblici a seguito della riforma del 2000, anche alla luce della previsione testuale per le fondazioni ETS di un organo interno con funzioni di più intenso e pervasivo controllo, che non ha sostituito quello pubblico, ma ha trovato *oltre* ad esso lo spazio per la sua collocazione. Uno spazio che

[74] Del resto, proprio per assecondare l'effettività di controlli di questa natura che il comma 8 dell'art. 30 del Codice del Terzo Settore attribuisce poteri di ispezione e diritti di informazione che sono sconosciuti al sistema pubblico del controllo delle fondazioni ai sensi dell'art. 25 c.c. e del d.p.r. n. 361/2000.

[75] Ponzanelli, *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, *op. cit.*, p. 420.

ben può essere trovato, anche al di là delle fondazioni ETS e delle loro specificità disciplinari, proprio per il tramite dell'autonomia statutaria.

Indubbiamente, in una prospettiva *de iure condendo*, è facile transitare dall'osservazione della compatibilità dell'art. 25 c.c. con sistemi di controllo interni affidati alla creatività dell'autonomia privata ad una valutazione di inattualità teorica e pratica del meccanismo normativo. Si è detto che la nozione minima di controllo consiste nel procedimento bifasico di verificazione e giudizio di conformità orientato all'attivazione di conseguenze giuridiche in caso di rispondenza negativa allo standard di riferimento, e che così configurato il controllo si attaglia sia alle ipotesi normative di controllo pubblico sia a quelle di controllo privato. Non esiste una differenza genetica tra le due forme di controllo (pubblico e privato) tale da ritenere che le funzioni di controllo oggi assegnate dall'art. 25 c.c. alla competenza di un ente pubblico non possano essere legislativamente riassegnate ad un organo interno alla fondazione medesima; l'art. 30 del Codice del Terzo Settore lo dimostra chiaramente.

Le sollecitazioni ad un ripensamento in tale direzione del sistema normativo dei controlli gestori delle fondazioni sono plurime. In primo luogo, la soluzione vigente affatica inutilmente la macchina amministrativa pubblica assegnando compiti officiosi di monitoraggio dell'attività degli amministratori che ben potrebbero essere svolti da organismi interni allo stesso ente. Se i controlli pubblici in sede di riconoscimento si giustificano rispetto all'attribuzione della personalità giuridica e del beneficio dell'autonomia patrimoniale perfetta, non si scorgono ragioni altrettanto rilevanti per mantenere un controllo pubblico sull'amministrazione delle fondazioni, anche considerando che l'evoluzione normativa del sistema dei controlli ha progressivamente svuotato di contenuto (e di significato) i controlli previsti dall'art. 25 c.c.

Inoltre, la rigidità delle fattispecie descritte dall'art. 25 c.c. e il loro ridimensionamento dopo la riforma del 2000, ha reso il sistema vigente inadeguato a svolgere un'efficace funzione di controllo. L'autonomia statutaria può invece predisporre sistemi di controllo più efficaci e, soprattutto, costruiti su misura per definire i livelli di tutela più adeguati agli interessi che di volta in volta il fondatore intende perseguire con l'istituzione dell'ente.

Una recente iniziativa legislativa merita di essere considerata proprio in questa prospettiva. Il Governo, nell'elaborare un disegno di legge per l'ammodernamento del Codice Civile, ha focalizzato la sua attenzione anche sull'attuale disciplina degli enti non lucrativi[76]. Scopo dichiarato nella relazione di accompagnamento al disegno di legge è l'inserimento di previsioni riguardanti profili disciplinari che non

[76] Disegno di legge n. 1151 presentato al Senato con comunicato alla Presidenza in data 19 marzo 2019. L'articolo unico del disegno di legge, alla lettera a), prevede testualmente che il Governo sia delegato, per mezzo di decretazione legislativa, a "integrare la disciplina delle associazioni e fondazioni, ad esclusione delle fondazioni di origine bancaria, con i necessari coordinamenti con la disciplina del terzo settore e nel rispetto della libertà associativa, con particolare riferimento alle procedure per il riconoscimento, ai limiti allo svolgimento di attività lucrative e alle procedure di liquidazione degli enti". Tra i primi commenti al disegno

sono più, o non sono mai stati, disciplinati nel Codice, quali le procedure di riconoscimento, la definizione dei confini entro i quali è consentito lo svolgimento di attività lucrative e la disciplina sulla liquidazione del patrimonio degli enti. Di particolare interesse è l'esplicito invito a definire questi interventi nel rispetto di due direttrici: il coordinamento con la disciplina del terzo settore, definito testualmente "*necessario*", e il rispetto della libertà associativa. Questa duplice indicazione, se letta con riferimento specifico alle fondazioni, individua un potenziale cambio di registro significativo del legislatore nella definizione del trattamento normativo riservato a questo ente, in sintonia con gli indici evolutivi sin qui considerati.

Due osservazioni preliminari sono utili per comprendere appieno la proposta legislativa in commento. Una prima notazione va alla scelta di formulare il disegno di legge con riferimento indistinto alle associazioni e fondazioni (con la sola espressa esclusione delle fondazioni bancarie). Pur non potendo escludersi che in concreto il legislatore delegato possa decidere di elaborare regole diverse per associazioni e fondazioni, è indicativo che l'individuazione delle aree di riforma avvenga con riferimento ad ambo le tipologie di enti, assieme considerate. Fondazioni e associazioni paiono disporsi nel testo di riforma come formazioni soggettive generali di riferimento per l'universo del non profit; per entrambi gli enti viene chiesto lo stesso genere di interventi riformatori, accentuando in tal modo la convergenza tra i rispettivi modelli, che evidentemente esprimono agli occhi del legislatore le medesime esigenze di ammodernamento.

Quest'ultima considerazione acquista particolare interesse con riferimento alla libertà associativa. Essa non viene ricondotta e riservata alla sola riforma delle associazioni, bensì indifferentemente ad associazioni e fondazioni. La libertà associativa assume qui il ruolo di principio generale della regolazione degli enti non lucrativi del Codice Civile e come tale, pur trovando sua naturale collocazione nella disciplina dell'associazione, ne implica l'operatività anche nei confronti delle fondazioni. Diversamente opinando, e riferendo cioè alle sole associazioni il richiamo alla libertà associativa, se ne svuoterebbe il significato. La libertà associativa è infatti un connotato pacifico del modello associativo, è un portato essenziale della sua disciplina, e quindi non avrebbe senso ribadire in sede riformatrice l'operatività di questo principio in relazione alle (sole) associazioni. Invece il riferimento al rispetto di questa libertà in sede di riforma complessiva della disciplina di associazioni e fondazioni ne

di legge cfr. Balestra, Cuffaro, Scognamiglio, Villa, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in Corr. giur., 2019, p. 589 ss.

Giova ricordare che già la l. delega 6.6.2016, n. 106 (Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale) prevedeva all'art. 3 la "Revisione del titolo II del libro primo del Codice Civile", con un oggetto in parte sovrapposto ed in parte eccedente quello del d.d.l. 1151-2019. Sul contenuto dell'art. 3 citato e sulle relative prospettive di revisione del Codice Civile, poi rimaste inattuate, cfr. De Giorgi, *Terzo settore. Verso la riforma*, in Studium iuris, 2016, p. 1448 s.

amplia la portata, conducendo anche sul piano normativo il processo di affrancamento delle fondazioni dall'irriducibile alternatività con le associazioni[77].

E così il riconoscimento dell'operatività della libertà associativa a prescindere dall'archetipo soggettivo manifesta la presa di coscienza della compatibilità tra schema fondazionale e predisposizione di meccanismi rappresentativi di interessi privati nella sua organizzazione. Il diritto di associarsi liberamente assicurato dall'art. 18 della Costituzione trova così applicazione anche in quella formazione sociale chiamata fondazione, garantendo che la revisione legislativa contempli la possibilità anche per le fondazioni di prevedere un momento associativo nella loro organizzazione; ciò che appare – per le ragione anzidette – del tutto coerente già con l'attuale assetto normativo[78].

Il riferimento della libertà associativa anche alla fondazione, indica inoltre possibili percorsi interessanti al legislatore quanto all'oggetto dell'intervento e alla concreta declinazione della revisione legislativa. Si apre invero la possibilità che nella disciplina dei controlli costitutivi della fondazione, così come nella definizione dei confini di svolgimento dell'attività economica dell'ente e nella definizione delle sorti del patrimonio della fondazione dopo la sua estinzione, possa essere concesso spazio all'autonomia privata. Un'occasione, quindi, per legittimare sul piano normativo quanto già oggi appare ammissibile sul piano dell'applicazione dei principi in tema di autonomia privata e che la prassi sta assecondando.

È appunto "integrazione" ciò che il disegno di legge indica con riferimento all'attività che il legislatore delegato sarà chiamato a svolgere. Non viene auspicata una modifica delle regole esistenti nel Codice Civile nelle materia oggetto di riforma, ma si chiede di arricchire il testo normativo nella duplice direzione del coordinamento con il Codice del Terzo Settore, in parziale risposta alle critiche di opacità sistemica mosse a quest'ultimo proprio con riferimento alla disciplina degli enti non lucrativi del libro primo del Codice, e – appunto - del rispetto della libertà associativa[79].

La riforma delineata potrà ricondurre il Codice Civile a quella sua originaria centralità nella regolazione delle vicende degli enti non lucrativi per eccellenza, spogliata dapprima con la collocazione nel d.p.r. n. 361/2000 della disciplina dei rapporti con l'autorità di controllo, e poi incisa anche dalla riforma del terzo settore che ha generato un codice a sé stante dedicato agli enti no profit, a cui ha dedicato una disciplina autonoma. La ricalibratura del baricentro disciplinare degli enti no profit nel Codice Civile si prospetta però in un'ottica completamente nuova rispetto al

[77] Per la stessa ragione non sembra potersi ridurre il significato del richiamo alla libertà associativa alla libertà di scelta del tipo soggettivo da parte dei fondatori. Anche in tal senso la menzione della libertà associativa non avrebbe un significato rilevante, essendo già ben acquisito questo profilo di libertà nel testo normativo vigente.

[78] Non sembra di secondaria importanza notare che la prospettata revisione costituisce, nella scelta del testo del disegno di legge, un'integrazione della disciplina vigente ("…*integrare la disciplina delle associazioni e fondazioni*…"), non una sua revisione.

[79] Sul punto, ai contributi già sopra citati, cfr. Alpa, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2017, p. 418 ss.

disegno normativo del 1942. Non più due enti contrapposti di cui uno, la fondazione, avvinto ad un modello legale fisso ed insuperabile, asservito ad un penetrante sistema di controlli pubblici, e l'altro, l'associazione, più duttile e favorito da una disciplina che contempla ampi margini di operatività dell'autonomia statutaria; bensì due articolazioni soggettive di ente non lucrativo, che conservano beninteso tratti distintivi, ma senza antinomie e reciproche esclusioni sul piano delle soluzioni operative, regolamentari e gestionali. L'auspicabile arricchimento normativo con espressa previsione di spazi di autonomia anche per la fondazione potrà agevolare il superamento del sistema pubblico dei controlli gestori, o quantomeno dissipare ogni dubbio sulla possibilità per le schede fondazionali di contemplare forme di controllo interno che si affianchino, senza contrapporvisi, ai controlli pubblici sull'amministrazione delle fondazioni.

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA

COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)

INDIRIZZO N. CIVICO

CAP LOCALITÀ PROV.

P.IVA (SE NECESSITA FATTURA) CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)

TEL. FAX

INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)

COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)

INDIRIZZO N. CIVICO

CAP LOCALITÀ PROV.

ABBONAMENTI

ITALIA		ESTERO	
❑ abbonamento annuale 2020	❑ abbonamento in versione PDF	❑ abbonamento annuale 2020	❑ abbonamento in versione PDF
€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/5214220, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA FIRMA

CACUCCI
EDITORE
BARI
Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione
Via D. Nicolai 39
70122 Bari
Tel. 080 5214220
Fax 080 5234777
info@cacucci.it

www.cacuccieditore.it

Librerie
Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari
Tel. 080 5212550
Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari
Tel. 080 5617175

ISBN 978-88-6611-897-8

€ 38,00